

Faculté de droit et de criminologie

**Le Code des sociétés et des associations est-il
conforme aux nouvelles évolutions
européennes en matière de mobilité
transfrontalière des sociétés ?**

Auteur : **Bastin Jordan**

Promoteur : **Navez Édouard-Jean**

Année académique 2019-2020

Master en droit

Finalité État et Europe

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

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

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

Je tiens à remercier dans un premier temps mon promoteur, Monsieur Edouard-Jean Navez, notaire et chargé de cours invité à l'UCLouvain, de m'avoir encadré, orienté, aidé et conseillé tout au long de la rédaction du mémoire

Je témoigne également ma reconnaissance à Mademoiselle Mélanie Bastin, clerk de notaire, pour avoir relu et corrigé mon mémoire. Ses conseils m'ont été précieux.

Je remercie pour finir mes parents pour leur soutien constant et leurs encouragements.

Table des matières

Introduction.....	8
Chapitre 1. Évolution de la mobilité transfrontalière des sociétés en droit européen.....	9
Section 1. Une jurisprudence abondante.....	9
Sous-section 1. Introduction.....	9
Sous-section 2. La liberté d'établissement et ses enjeux.....	10
Sous-section 3. Les arrêts fondateurs de cette liberté d'établissement.....	11
I. Le volet sortie.....	12
II. Le volet entrée.....	13
Sous-section 4. Dernier enseignement de la CJUE en la matière : l'arrêt <i>Polbud</i>	14
Sous-section 5. Conclusion de cette saga jurisprudentielle : un véritable droit à la mobilité transfrontalière ?.....	17
Sous-section 6. Jurisprudence libérale de la CJUE : possibilité d'un arbitrage règlementaire par les sociétés ?.....	19
I. <i>Statut quo</i> des doctrines du siège réel et du siège statutaire.....	19
II. <i>Lex societatis</i> vs <i>lex concursus</i>	21
III. Les obligations non contractuelles : application du règlement Rome II.....	22
IV. Conclusion.....	23
Section 2. Aspect fiscal de la mobilité transfrontalière des sociétés.....	24
Section 3. La directive 2005/56 sur les fusions transfrontalières.....	27
Sous-section 1. La nécessité du législateur d'agir en matière de fusions transfrontalières.....	27
Sous-section 2. Les lignes de forces de la directive.....	28
Section 4. Les impulsions pour une intervention du législateur européen.....	30
Chapitre 2. La proposition de la Commission pour modifier la directive 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières.....	34

Section 1. La consultation publique de 2017.....	34
Sous-section 1. Deux obstacles principaux.....	35
I. Le manque d’harmonisation des procédures.....	35
I.a. Concernant les transformations transfrontalières.....	35
I.b. Concernant les scissions transfrontalières.....	37
II. Des divergences et des incompatibilités entre les législations nationales.....	37
II.a. Concernant les transformations transfrontalières.....	37
II.b. Concernant les scissions transfrontalières.....	40
Sous-section 2. Les effets de ces obstacles.....	41
Section 2. La directive 2005/56 sur les fusions transfrontalières : un exemple ?.....	45
Sous-section 1. Les aspects positifs.....	46
Sous-section 2. Des lacunes à corriger.....	47
Section 3. Les modifications proposées par la Commission.....	51
Sous-section 1. Les transformations et scissions transfrontalières.....	53
Sous-section 2. Les fusions transfrontalières.....	58
Section 4. La proposition de la Commission répond-elle aux attentes des acteurs du droit des sociétés ?.....	59
Section 5. Adoption de la directive 2019/2121.....	66
Chapitre 3. Le nouveau cadre réglementaire belge.....	69
Section 1. Le droit belge avant le CSA.....	69
Sous-section 1. Application de la doctrine du siège réel.....	69
Sous-section 2. L’absence de procédures spécifiques.....	70
Section 2. Le Code des sociétés et des associations.....	72
Sous-section 1. Consécration de la doctrine du siège statutaire.....	72
Sous-section 2. Les nouvelles procédures.....	75
I. La procédure de scission transfrontalière.....	75
II. La procédure de transformation transfrontalière.....	77
II.a. Procédure d’émigration.....	78
II.b. Procédure d’immigration.....	81
Section 3. Approche libérale de la mobilité des sociétés : est-ce la porte ouverte aux	

sociétés boites aux lettres en Belgique ?.....	82
Conclusion.....	87
Bibliographie.....	91

INTRODUCTION

Le 25 avril 2018, La Commission européenne a introduit une proposition pour modifier les règles en matière de mobilité transfrontalière des sociétés. Un an plus tard, le 18 avril dernier, le législateur européen adopte une résolution législative à ce sujet. Au même moment, le législateur belge adopte lui aussi de nouvelles règles pour les sociétés. Le Code des sociétés et des associations (CSA) est effectivement entré en vigueur le premier mai 2019. L'objet du présent travail sera d'analyser si le législateur belge s'est conformé aux nouvelles évolutions européennes en la matière et si le CSA respecte les normes européennes relatives aux opérations de transformation, fusion et scission transfrontalière et la jurisprudence de la CJUE s'y rapportant.

Le premier chapitre sera consacré à l'évolution de la mobilité transfrontalière des sociétés en droit européen. Depuis plus de vingt ans la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît un droit à la mobilité transfrontalière des sociétés via les articles 49 et 54 du TFUE qui consacrent la liberté d'établissement. Par ailleurs, nous verrons que les fusions transfrontalières ont fait l'objet d'une directive européenne en 2005.

Nous analyserons la proposition de la Commission pour modifier la directive 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières dans le chapitre 2. Un élément clé qui a permis à la Commission de faire sa proposition est une consultation publique en 2017. Nous analyserons cette dernière afin de comprendre les problèmes pointés du doigt par les répondants, qui sont les praticiens du droit de l'entreprise. Nous verrons également les critiques émises à l'égard de cette proposition.

Le troisième et dernier chapitre se penchera, quant à lui, sur une analyse du nouveau cadre réglementaire belge. Les livres XII et XIV du CSA traitent des opérations de restructurations. Nous verrons que ce nouveau code instaure deux innovations majeures en droit belge des sociétés : l'adoption du critère du siège statutaire comme lien de rattachement à la *lex societatis* et des procédures de transformations et scissions transfrontalières.

Chapitre 1. Évolution de la mobilité transfrontalière des sociétés en droit européen

Section 1. Une jurisprudence abondante

Sous-section 1. Introduction

La mobilité transfrontalière des sociétés a connu ses premières applications au travers la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Trois obstacles s'opposaient à une telle mobilité¹. Premièrement, l'imprécision des traités européens. L'on ignorait, en effet, si la liberté d'établissement s'appliquait également aux entreprises. Deuxièmement, le manque d'harmonisation des règles entre États membres. Ces derniers sont effectivement partagés entre la théorie du siège réel et celle du siège statutaire. La première requiert une concordance entre la localisation du siège social et celle du centre de direction de la société. La deuxième retient les lieux où la société est enregistrée². Ce manque d'harmonisation fait courir le risque aux entreprises d'être gouvernées par des législations différentes³. Elles sont parfois également dans le doute quant au droit qui leur est applicable, ce qui peut avoir des répercussions négatives sur certains acteurs économiques essentiels pour les sociétés comme les actionnaires par exemple. Troisièmement, les problèmes liés aux migrations d'entreprises sans raisons légitimes et le préjudice que cela peut causer aux parties liées à l'entreprise. La CJUE a progressivement reconnu un droit à la mobilité transfrontalière des sociétés via les articles 49 et 54 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Elle a donc joué un rôle crucial en précisant le champ d'application et la portée de ces articles. Le premier arrêt en la matière fut l'arrêt *Daily Mail*. La Cour refusa, dans un premier temps, d'assimiler entièrement les personnes morales aux personnes physiques car elles n'ont d'existence qu'à travers les différentes législations

¹S. 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.

²G. 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.

³Commission 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.

nationales qui en déterminent la constitution et le fonctionnement⁴. Nous verrons dans la sous-section 3, qu'au fur et à mesure des différents cas qui seront portés devant elle, la CJUE va reconnaître un droit à la mobilité transfrontalière pour les entreprises. Une convention entre les six États fondateurs de l'Union européenne reconnaissant les sociétés établies dans un État membre et décidant de se réincorporer dans un autre État membre devait voir le jour. Ce projet fut cependant abandonné suite à la décision finale des Pays-Bas d'adopter le critère de l'incorporation⁵.

Sous-section 2. La liberté d'établissement et ses enjeux

Un des objectifs de l'Union européenne était de mettre en place un marché intérieur⁶. Pour ce faire, le législateur européen a consacré, au titre IV du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, des libertés fondamentales de circulation au sein de l'UE. Celles-ci concernent les personnes, les services et les capitaux. Dans ces libertés de circulation, on y trouve également le droit d'établissement des sociétés, consacré aux articles 49 et 54 du TFUE. L'article 49 interdit les restrictions à la liberté d'établissement, ce qui permet donc 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 conformément à la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union⁷.

C'est à partir de ces articles, et de cette liberté d'établissement, que la CJUE va développer une jurisprudence permettant aux sociétés établies dans les différents États membres de développer des activités transfrontalières. Initialement prévue aux articles 43 et 48 du traité instituant la Communauté européenne, 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

⁴C.J.C.E., 27 septembre 1988, (*The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*), 81/87, Rec. C.J.C.E., p. 5505, point 11.

⁵M. JOHNSON, « Does Europa still need a fourteenth company law directive ? », *Hertfordshire Law Journal*, Vol. 3, p. 25.

⁶Article 3 TUE.

⁷J. 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>, p. 3.

salariées »⁸. 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 dans des États tiers à leur État d'origine.

Il convient également de souligner qu'une distinction est à faire entre l'établissement primaire et l'établissement secondaire. L'établissement primaire, contenu au paragraphe 2 de l'article 49 TFUE, permet l'incorporation d'une nouvelle société ou le transfert de siège d'une société dans un autre État membre que celui de sa constitution. L'établissement secondaire, quant à lui, vise le droit permettant à une société existante de créer une filiale dans un autre État membre⁹.

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 modifié les relations économiques entre les États et les sociétés. D'autre part, la globalisation de ces dernières années a eu un impact sur les stratégies des sociétés en terme de localisation de leur établissement¹⁰. Ces évolutions ont poussé les sociétés à exercer des activités au sein de l'Union européenne 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 »¹¹. Cette augmentation de l'utilisation de la liberté d'établissement, consacrée aux articles 49 et 54 du TFUE, a généré beaucoup de contentieux et a permis à la CJUE de clarifier l'applicabilité de ces articles, l'étendue de ce droit vis-à-vis des sociétés mais aussi ses limites. Nous verrons dans les lignes suivantes les arrêts majeurs qui ont permis de construire le contour de cette mobilité des sociétés au sein de l'Union européenne.

Sous-section 3. Les arrêts fondateurs de cette liberté d'établissement

La mobilité des sociétés au sein de l'Union européenne s'est donc, dans un premier temps, construite grâce à la jurisprudence de la CJUE. Comme souligné plus haut, un contentieux opposant les sociétés, réclamant leur droit à la liberté d'établissement, et les États membres,

⁸G. SANTORO, *op. cit.*, p. 352.

⁹A. BAERT, « Crossing Borders : Exploring the need for a Fourteenth EU Company Law Directive on transfers of Registered Office », 26 *EBLR* 581-612, 2015, p. 584 et 585.

¹⁰M. MENJUCQ, « Mondialisation et rattachement juridique des sociétés », *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 831 à 843.

¹¹G. SANTORO, *op. cit.*, p. 353.

soucieux d'assurer l'intégrité de leur ordre juridique interne, a vu le jour. Les États disposent de deux moments possibles pour essayer de restreindre cette liberté. D'une part, ils peuvent décider, lorsqu'une société souhaite quitter l'État d'origine pour aller s'incorporer dans un État de destination, de priver celle-ci de sa personnalité juridique. D'autre part, l'État d'entrée dispose, lui aussi, du pouvoir de faire obstacle à l'opération transfrontalière. C'est ainsi qu'il revient d'analyser le volet sortie et le volet entrée des opérations de transformations transfrontalières.

I : Le volet sortie

La CJUE va tout d'abord octroyer, en 1988 au travers l'arrêt *Daily mail*, aux États membres la liberté de déterminer à quelles conditions une société pourra se voir reconnaître la personnalité juridique¹². 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 de l'État de sortie qu'il accepte sa volonté de se réincorporer dans un autre ordre juridique national¹³. Par la suite, la Cour va étendre explicitement le champ d'application de la liberté d'établissement. En effet, dans l'arrêt *Cartesio*, la juridiction européenne reconnaît aux sociétés un droit au transfert transfrontalier de siège sans perte de la personnalité juridique¹⁴. Ce droit ne peut être restreint par les États membres bien que la Cour rappelle que ces mêmes États restent maîtres de choisir le critère de rattachement des personnes morales à leur ordre juridique¹⁵. Signalons, pour terminer, l'arrêt *National Grids Indus*, dans lequel la Cour y précise que la législation qui imposerait les plus-values latentes sur les actifs d'une société qui transfère son siège de direction effective dans un autre État membre et qui exigerait son recouvrement immédiat, est incompatible avec le principe de la liberté d'établissement¹⁶. Dans cette affaire, la société néerlandaise *National Grids Indus* a 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

¹²C.J.C.E., 27 septembre 1988, (*The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*), 81/87, Rec. C.J.C.E., pp. 5505 et sv.

¹³C.J.C.E., 27 septembre 1988, *Daily mail*, précité, points 24 et 25.

¹⁴C.J.U.E. (Gr. Ch.), 16 décembre 2008, (*CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.*), C-210/06, R.C.J.U.E., 2008, I-09641.

¹⁵J. ARDOUIN et F. SICARD, *op. cit.*, p. 4.

¹⁶S. BAERT, « CJUE : imposition sur les plus-values latentes lors du transfert de siège social entre Etats membres », *Legal News*, 2 décembre 2011.

considéré que la société avait cessé de relever de sa compétence fiscale et que ce gain de change latent devait par conséquent être imposé¹⁷. Le droit de l'Union européenne ne s'oppose donc pas à une telle imposition, pour autant que son recouvrement ne soit pas exigé immédiatement.

II. Le volet entrée

Concernant le volet entrée, la Cour a d'abord reconnu un droit à la constitution déconnecté de l'activité réelle¹⁸. Elle affirme effectivement, dans l'arrêt *Centros* de 1999, 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 abus¹⁹. Cet acte ne saurait donc également faire échec à l'application de la liberté d'établissement²⁰. L'arrêt *Überseering*, sera ensuite l'occasion pour la Cour d'indiquer qu'une société valablement constituée dans un État membre de siège statutaire peut déplacer son siège réel dans un autre État membre où elle doit y être acceptée tant dans sa capacité juridique que dans sa possibilité d'ester en justice²¹. Ensuite, arrêtons-nous quelques instants sur l'arrêt *Inspire Art*²². Une loi hollandaise imposait à toutes sociétés immatriculées dans un autre État mais ayant son siège effectif ou son activité au Pays-Bas, un certain nombre d'obligations dont des exigences minimales concernant le montant du capital social et des fonds propres. A défaut de respecter ces exigences, les administrateurs se retrouvaient tenus responsables solidairement avec la société vis-à-vis de tout acte juridique liant la société pris durant leur administration. La CJUE a estimé que de telles mesures constituaient une entrave à la liberté d'établissement²³. La juridiction européenne n'a, par ailleurs, retenu aucune des raisons impérieuses d'intérêt général qu'invoquait le gouvernement hollandais parmi lesquelles la lutte contre la fraude fiscale, la protection des créanciers ou encore l'efficacité des contrôles fiscaux²⁴. Enfin, signalons l'arrêt *Vale*²⁵. Tout comme dans

¹⁷C.J.U.E. (Gr. Ch.), 29 novembre 2011, (*National Grids Indus BV contre inspecteur van de Belastingdienst rijnmond kantoor Rotterdam*), C371/10, I-12313, points 12 et sv.

¹⁸J. ARDOUIN et F. SICARD, *op. cit.*, p. 4.

¹⁹C.J.C.E., 9 mars 1999, (*Centros Ltd contre Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*), C-212/97, R.C.J.C.E., 1999, I-01459.

²⁰*Ibid.*

²¹C.J.C.E., 5 novembre 2002, (*Überseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*), C-208/00, R.C.J.C.E., 2002, I-09919.

²²C.J.C.E., 30 septembre 2003, (*Inspire Art*), aff. C-167/01.

²³C.J.C.E., 30 septembre 2003, (*Inspire Art*), point 104.

²⁴C.J.C.E., 30 septembre 2003, (*Inspire Art*), points 109 à 117.

²⁵C.J.U.E., 12 juillet 2012, (*VALE Építési kft.*), C-378/10, R.C.J.U.E., 2012, EU:C:2012:440.

l'arrêt *Cartesio* vu plus haut, la cour va y consacrer un droit à la transformation transfrontalière, à la différence que les restrictions étaient ici mises en place par l'État d'accueil et non par l'État d'origine. La juridiction européenne consacre donc un droit à la transformation transfrontalière par transfert de siège et changement corrélatif du droit applicable²⁶. Ainsi, lorsqu'une législation nationale prévoit une possibilité de transformation en droit interne, cette possibilité doit s'étendre aux sociétés étrangères. D'autre part, et bien que l'organisation des transformations transfrontalières reste de la compétence des États membres, cela n'échappe toutefois pas au contrôle du juge européen qui vérifiera le respect des principes d'équivalence et d'effectivité²⁷.

Sous-section 4. Dernier enseignement de la CJUE en la matière : l'arrêt *Polbud*

La société polonaise *Polbud* décide de transférer son siège social au Luxembourg, tout en continuant d'exercer son activité économique sur le territoire polonais. Elle procède alors à une ré-immatriculation sous la forme d'une société de droit luxembourgeois. Mais, le registre des sociétés polonaises va refuser de radier la société au motif qu'elle ne justifie pas avoir dûment suivi la procédure de liquidation requise par le droit polonais en cas de transfert de siège social à l'étranger²⁸. L'objectif poursuivi par la société *Polbud* était de transférer son siège social au Luxembourg sans pour autant mettre un terme à sa personnalité juridique ni même constituer une nouvelle personne morale. Or, c'est ce qu'une liquidation suppose²⁹.

C'est ainsi que la CJUE est amenée à se prononcer sur trois questions préjudicielles posées par la cour suprême de Pologne. La haute juridiction européenne va d'abord se prononcer sur la troisième question qui tend à se demander si les articles 49 et 54 du TFUE s'appliquent à une société constituée en vertu du droit d'un État membre, qui transfère son siège statutaire vers un

²⁶I. CORBISIER, « Arrêt *Polbud* : la consécration de la possibilité d'un principe inconditionnel de libre mobilité », *J.T.-dr. eur.*, 2018, p. 136.

²⁷T. BIERMEYER, « Shapping the space of cross-border conversion in the EU. Between right and autonomy : *Vale* », *Common Market Law Review*, 2013, p. 577.

²⁸A. ROMAIN-HUTTIN, F. BERNAUER et P. FARTARIA, « 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 Wiliam France*, avril 2018, disponible sur <https://www.hfw.com/La-Cour-de-Justice-de-lUnion-europeenne-facilite-la-mobilite-internationale-des-societes-Avril-2018>.

²⁹*Ibid.*

autre État membre sans pour autant déplacer vers cet autre État membre ses activités économiques et le centre de direction de ses affaires³⁰. La Cour rappelle alors la double condition exigée pour qu'une société jouisse de la liberté d'établissement à savoir que la société doit être constituée en conformité avec la législation d'un État membre et qu'elle doit avoir son siège statutaire, son administration centrale ou son principal établissement à l'intérieur de l'Union européenne³¹. La Cour rappelle par la suite sa jurisprudence antérieure en ce qu'un État ne saurait imposer pour une transformation transfrontalière, des conditions plus restrictives que celles qui gouvernent la transformation d'une société au sein de ce même État. Elle finit en concluant que les deux articles en question du TFUE « doivent être interprétés en ce sens que la liberté d'établissement est applicable au transfert du siège statutaire d'une société constituée en vertu du droit d'un État membre vers le territoire d'un autre État membre, aux fins de sa transformation, en conformité avec les conditions imposées par la législation de cet autre État membre, en une société relevant du droit de ce dernier, sans déplacement du siège réel de ladite société »³².

La juridiction européenne va ensuite se prononcer sur les deuxième et troisième questions préjudicielles. Ces dernières permettront de déterminer si les dispositions de droit polonais en cause doivent être considérées comme des restrictions à la liberté d'établissement et, dans l'affirmative, si elles sont justifiées par un motif d'intérêt général. Premièrement, la Cour se questionne quant à l'existence d'une restriction à la liberté d'établissement. Constituent de telles restrictions « toutes les mesures qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de cette liberté d'établissement »³³. En vertu de l'article 562 du code polonais des sociétés commerciales une telle liquidation entraîne la dissolution de la société, l'exécution de ses engagements et la réalisation de ses actifs, le désintéressement de ses créanciers ou la constitution de sûretés en leur faveur, la présentation de ses comptes financiers résultant de ces opérations ainsi que la désignation d'un dépositaire des livres et des documents de la société en liquidation³⁴. La Cour considère en l'espèce que cette obligation de liquidation fait de la réglementation nationale polonaise une restriction à la liberté d'établissement au motif qu'elle

³⁰M. ASUNCION CEBRIAN SALVAT, « Liberté et pain cuit. Commentaire de l'arrêt *Polbud*. », le 15 janvier 2018, disponible sur <https://blogdroiteuropeen.com>.

³¹C.J.U.E. (Gr.Ch), 25 octobre 2017, (*Polbud-Wykonawstwosp. Z O.O.*), C-106/16, EU:C:2017:204, point 32.

³²C.J.U.E., 25 octobre 2017, *Polbud-Wykonawstwosp.*, C-106/16, point 44.

³³C.J.U.E., 25 octobre 2017, *Polbud-Wykonawstwosp.*, C-106/16, point 46.

³⁴C.J.U.E., 25 octobre 2017, *Polbud-Wykonawstwosp.*, C-106/16, points 48 et 50.

est de nature à gêner, voire à empêcher une société de procéder à une transformation transfrontalière. Deuxièmement, il revient à la juridiction européenne d'analyser si cette restriction est justifiée. Après avoir rappelé sa jurisprudence constante en ce qu'une telle restriction à la liberté d'établissement ne saurait être admise que si elle se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général. Encore faut-il qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif en cause et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif³⁵. La CJUE va alors se pencher sur les deux arguments du gouvernement polonais. D'une part, ce dernier estime que la restriction se justifie par un objectif de protection des créanciers, des associés minoritaires et des salariés de la société transformée. Bien que la Cour considère que ce genre de justification constitue bel et bien des raisons impérieuses d'intérêt général, encore faut-il que ces mesures soient de nature à garantir la réalisation de cet objectif. Or, la Cour constate que cette réglementation impose de manière générale cette liquidation. Il n'est nullement pris en compte le risque réel d'atteinte aux intérêts des créanciers, des associés minoritaires et des salariés. Il n'est pas d'avantage possible d'opter pour des mesures moins restrictives et susceptibles de sauvegarder ces intérêts protégés. La Cour conclut donc que cette obligation préalable de liquidation va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif³⁶. D'autre part, le gouvernement polonais invoque un objectif de lutte contre les pratiques abusives. A cet égard, la Cour rappelle « que n'est pas constitutif en soi d'abus le fait d'établir le siège, statutaire ou réel, d'une société en conformité avec la législation d'un État membre dans le seul but de bénéficier d'une législation plus avantageuse »³⁷. Par le fait que cette obligation de liquidation est une obligation générale, elle témoigne d'une présomption générale de fraude et partant, cette réglementation polonaise est disproportionnée.

La Cour rappelle donc que des règles impératives protégeant les créanciers, actionnaires et travailleurs peuvent constituer des entraves à la liberté d'établissement, qui seront acceptées par la CJUE pour autant qu'elles soient justifiées par un objectif d'intérêt général. Cela donne donc la possibilité pour l'État d'origine de veiller à ce que ces intérêts, tels que cités ci-dessus, ne soient pas affectés à l'issue d'une transformation transfrontalière du seul siège statutaire d'une société. La haute juridiction européenne instaure donc une limite au libre choix absolu de la loi applicable en permettant aux États, indépendamment de leur choix de la doctrine du

³⁵C.J.U.E., 25 octobre 2017, *Polbud-Wykonawstwowsp*, C-106/16, point 52.

³⁶C.J.U.E., 25 octobre 2017, *Polbud-Wykonawstwowsp*, C-106/16, point 59.

³⁷C.J.U.E., 25 octobre 2017, *Polbud-Wykonawstwowsp*, C-106/16, point 62.

siège réel ou du siège statutaire, d'assurer l'applicabilité de leurs règles impératives qui reposent sur un critère d'effectivité³⁸.

Sous-section 5. Conclusion de cette saga jurisprudentielle : un véritable droit à la mobilité transfrontalière ?

La Cour de Justice de l'Union européenne a donc développé plusieurs principes, fondés sur la liberté d'établissement, pour permettre les transformations transfrontalières et pour reconnaître des sociétés incorporées dans les États membres³⁹. Elle institue un principe de neutralité en affirmant que le TFUE place sur pied d'égalité les critères de rattachement du siège statutaire et ceux du siège réel⁴⁰. Certains auteurs ont remis cette position en cause au motif que la théorie du siège réel serait contraire au droit européen⁴¹.

La jurisprudence de la CJUE offre ainsi la possibilité pour les sociétés d'effectuer une opération de transformation par changement de loi applicable en respectant un principe de soumission successive au droit des sociétés de l'État d'origine et de celui de l'État d'accueil. Lors de ce type d'opération, un État ne peut imposer une obligation de liquidation à la société, ce qui assure à cette dernière de conserver sa personnalité juridique tout au long de l'opération⁴².

Il sera tout de même toujours possible, pour l'État membre dans lequel la société continue d'exercer des activités après le transfert de son siège statutaire, d'appliquer ses lois de police⁴³.

Rappelons également la jurisprudence *Vale* qui donne la possibilité aux sociétés de déplacer simultanément leur siège réel et leur siège statutaire. La CJUE admet, par ailleurs, qu'une législation qui accepte les transformations internes doit également accepter les transformations transfrontalières.

³⁸M. FALLON, « L'attractivité internationale comme moteur des projets de loi sur le BIBC et sur le futur Code des sociétés et des associations au regard du droit international privé », *Revue de Droit Commerciale Belge*, n°1, 2019, p. 40.

³⁹Commission staff working document, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁰I. CORBISIER, « Arrêt *Polbud* : la consécration de la possibilité d'un principe inconditionnel de libre mobilité », *op. cit.*, p. 136.

⁴¹N. THIRION et al., *Droit international et européen des sociétés*, Editions Larcier, Bruxelles, 2009, p. 272.

⁴²M. FALLON, « L'attractivité internationale comme moteur des projets de loi sur le BIBC et sur le futur Code des sociétés et des associations au regard du droit international privé », *op. cit.*, p. 41.

⁴³*Ibid*, p. 42.

Avec l'arrêt *Polbud*, la Cour a eu l'occasion de se prononcer pour la première fois sur un transfert du seul siège statutaire sans transfert du siège réel. Il ressort de cet arrêt qu'une société basée dans un État membre de l'Union européenne peut choisir la *lex societatis* de l'État membre qu'elle désire se voir appliquer sans pour autant installer le centre de ses activités dans cet État⁴⁴. Isabelle Corbisier affirme même que « les sociétés sont devenues de véritables sujets de droit en ayant la possibilité de choisir le droit qui leur sera applicable »⁴⁵. C'était déjà le cas lors de la constitution de ces sociétés depuis l'arrêt *Centros*, c'est désormais également vrai lors de leur vie sociale⁴⁶.

Deux conséquences de cet arrêt *Polbud* sont cependant à craindre et sont pointées du doigt par plusieurs auteurs. D'une part, le risque de compétition entre les différents droits nationaux⁴⁷. Il convient toutefois de nuancer cette concurrence réglementaire entre États membres en rappelant sa limite : un État peut choisir d'appliquer la théorie du siège réel⁴⁸. Dorénavant, ce sont les pays d'accueil qui ont le loisir de déterminer la faisabilité de l'opération transfrontalière⁴⁹. Cela permet aux législations nationales les plus souples d'être les plus attractives⁵⁰. En revanche, les pays d'origine sont quant à eux démunis face à cette possibilité de *law shopping* de la *lex societatis*⁵¹. Cependant, il est à souligner que les sociétés ayant déplacé leur siège statutaire dans un autre État membre tout en conservant leurs activités dans l'État d'origine seront toujours soumises aux règles nationales de ce pays d'origine relatives à cette activité. D'autre part, il y a un risque de multiplication des opérations transfrontalières artificielles⁵². Pour se prémunir face à ce risque, les États peuvent instaurer des restrictions à la liberté d'établissement. Celles-ci doivent cependant être justifiées et proportionnelles. A nouveau, il n'y a toutefois pas de règles uniformes pour cerner ce phénomène d'opérations transfrontalières artificielles, il revient

⁴⁴S. BINARD et L. SCHUMMER, « The case for further flexibility in matters of cross-border corporate mobility », *European company law journal*, 2019, p. 32.

⁴⁵I. CORBISIER, « Arrêt *Polbud* : la consécration de la possibilité d'un principe inconditionnel de libre mobilité », *op. cit.*, p. 136.

⁴⁶*Ibid.*

⁴⁷S. BINARD et L. SCHUMMER, *op. cit.*, p. 32.

⁴⁸I. CORBISIER, « Arrêt *Polbud* : la consécration de la possibilité d'un principe inconditionnel de libre mobilité », *op. cit.*, p. 137.

⁴⁹J. ARDOUIN et F. SICARD, *op. cit.*, p. 6.

⁵⁰A. ROMAIN-HUTTIN, F. BERNAUER et P. FARTARIA, *op. cit.*

⁵¹J. ARDOUIN et F. SICARD, *op. cit.*, p. 6.

⁵²S. BINARD et L. SCHUMMER, *op. cit.*, p. 32

donc à chaque État d'analyser la situation au cas par cas. Il est également possible pour les autorités nationales d'invoquer les théories de fraude à la loi et d'abus de droit pour se prémunir contre ce phénomène⁵³.

Pour conclure, il est à déplorer qu'en l'absence d'un cadre de règles harmonisées du droit des sociétés au niveau européen, une planification de la *lex societatis* restera toujours possible⁵⁴. La jurisprudence de la CJUE a permis de répondre partiellement à des problèmes identifiés précédemment: l'absence de législation en la matière et les conflits de lois. Cette jurisprudence parcellaire et parfois même contradictoire ne saurait satisfaire à la création d'un droit uniforme à la mobilité des sociétés. Et quand bien même cela serait satisfaisant, ce n'est pas le rôle des juges européens. C'est en effet au législateur européen que revient le rôle de créer des procédures encadrant ces opérations⁵⁵. Une intervention de ce dernier était donc souhaitable.

Sous-section 6. Jurisprudence libérale de la CJUE : possibilité d'un arbitrage réglementaire pour les sociétés ?

I. Statut quo des doctrines du siège réel et du siège statutaire

La Cour de justice de l'Union européenne a développé, ces vingt dernières années, une jurisprudence libérale en faveur d'une mobilité des sociétés au sein de l'UE. Ces sociétés bénéficient, en effet, d'un libre de choix de la loi applicable ainsi que d'une faculté de se réincorporer dans un autre État membre avec maintien de leur personnalité juridique⁵⁶. C'est ainsi que depuis l'arrêt *Centros*, un phénomène de *forum shopping* a été observé en Europe. On remarque notamment une nette augmentation des sociétés étrangères qui se sont réincorporées au Royaume-Uni. La législation britannique offre une forme attrayante de société facile à constituer et avec un capital minimum de départ peu élevé ; la société privée à responsabilité limitée par actions⁵⁷.

⁵³M. FALLON et E-J. NAVEZ, « La transformation transfrontalière d'une société par transfert du siège statutaire après l'arrêt *Polbud* », *Revue du droit des sociétés*, 2018, p. 362 et sv.

⁵⁴M. FALLON et E-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 384.

⁵⁵Commission staff working document, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁶S. LOMBARDO, « Regulatory Competition in European Company Law. Where we stand twenty years after *Centros* ? », *European Corporate Governance Institute*, working paper n°452/2019, mai 2019, p. 17.

⁵⁷A. BAERT, *op. cit.*, p. 608.

Malgré cela, ni la jurisprudence de la CJUE, ni les articles 49 et 54 du TFUE ne condamnent une des théories. Les États membres demeurent seuls compétents pour choisir le facteur de rattachement à leur *lex societatis*⁵⁸.

Certains États décideront ainsi de choisir la théorie du siège réel, qui requiert un lien sérieux entre la société et le territoire. L'idée derrière cette théorie repose sur le fait que l'État dans lequel les activités réelles ont lieu et qui est par conséquent le plus affecté par la société doit avoir le pouvoir de régir ses affaires intérieures⁵⁹. Les États désireux de préserver leur environnement économique et leurs intérêts nationaux se tourneront vers cette théorie. Le critère du siège réel comme lien de rattachement à la loi des sociétés entrave cependant la migration économique des sociétés en restreignant le choix des actionnaires⁶⁰.

D'autres États se tourneront plutôt vers la théorie du siège statutaire qui signifie que l'existence, la dissolution et les affaires internes d'une société dépendent de la juridiction de l'État d'enregistrement, indépendamment de savoir où les activités réelles de la société ont lieu. Cette théorie favorise la mobilité des sociétés en leur offrant plus de sécurité juridique et de prévisibilité⁶¹. Soulignons qu'une forme « pure » de siège statutaire, dans laquelle un État ne pourrait imposer aucune règle de son droit interne à une société étrangère, n'existe pas⁶². L'aspect négatif de cette théorie est qu'elle ne tient pas compte du fait que la constitution et les activités d'une société affectent également les intérêts des tiers et de l'État dans lequel la société a son siège, surtout si toutes les activités ont lieu dans un autre État que celui de sa constitution⁶³.

Il convient tout de même de mettre en évidence une limite qui existe à l'application de la théorie du siège statutaire. Cette dernière ne sera pas pertinente si la question ne relève pas de la *lex societatis* au sens du droit international privé⁶⁴. En conséquence, les règles ne relevant pas de

⁵⁸*Ibid*, p. 586.

⁵⁹*Ibid*.

⁶⁰*Ibid*.

⁶¹*Ibid*, p. 587.

⁶²C. GERNER-BEUERLE, F.M. MUCCIARELLI, E. SCHUSTER et M. SIEMS, « The Illusion of Motion : Corporate (Im-)mobility and the Failed Promise of *Centros* », *European Corporate Governance Institute*, working paper n°458/2019, juin 2019, p. 4.

⁶³A. BAERT, *op. cit.*, p. 587.

⁶⁴C. GERNER-BEUERLE, F.M. MUCCIARELLI, E. SCHUSTER et M. SIEMS, *op. cit.*, p. 8.

la *lex societatis*, peuvent freiner la mobilité transfrontalière des sociétés. D'autant plus que ces règles se rapportent le plus souvent à un facteur de rattachement fondé sur la réalité de la situation. Nous analyserons ci-dessous les relations qu'il peut y avoir entre la *lex societatis* et la *lex concursus* et la loi régissant la responsabilité des administrateurs, ainsi que leur lien avec la liberté d'établissement.

II. Lex societatis vs lex concursus

La *lex concursus* est la loi qui régit les procédures relatives à insolvabilité des entreprises. Cette matière a fait l'objet d'une réglementation européenne qui prône un critère effectif comme lien de rattachement à la loi applicable⁶⁵. Les règles sur l'insolvabilité peuvent donc avoir un impact sur les sociétés et la frontière entre les deux domaines n'est pas toujours aisée à déterminer. La CJUE a apporté des éclaircissements sur le contenu de la *lex concursus*.

Le règlement européen sur les procédures d'insolvabilité retient un critère de siège réel comme lien de rattachement à la compétence juridictionnelle des États membres en la matière. L'article 3 du règlement définit le siège réel comme « le lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est vérifiable par les tiers »⁶⁶. L'article 6, quant à lui, détermine les matières qui entrent dans cette compétence juridictionnelle en faisant référence « aux actions qui découlent directement de la procédure d'insolvabilité et qui y sont étroitement liées »⁶⁷. La CJUE a alors dû interpréter ce terme de « étroitement liées » afin de déterminer ce qui entre dans le champ d'application du règlement. Les juges de Luxembourg ont alors dégagé trois critères à cet effet. Sont soumises au règlement sur l'insolvabilité, les actions répondant cumulativement aux trois conditions suivantes. *Primo*, il doit s'agir d'actions portant sur des créances qui découlent de dérogations aux règles communes du droit civil et commerciale. *Secundo*, ces créances doivent profiter à tous les créanciers. *Tertio*, il faut que la créance soit effectivement exécutée dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité⁶⁸.

⁶⁵Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, JO L 141, du 5 juin 2015.

⁶⁶*Ibid*, art. 3.

⁶⁷*Ibid*, art. 6.

⁶⁸C. GERNER-BEUELE, F.M. MUCCIARELLI, E. SCHUSTER et M. SIEMS, *op. cit.*, p. 12.

Puis l'affaire *Kornhaas* a été l'occasion pour la CJUE d'affiner sa jurisprudence en la matière⁶⁹. Elle a affirmé que les trois critères dégagés pour déterminer l'étendue de la compétence internationale du tribunal de l'insolvabilité peuvent aussi servir à déterminer la portée de la *lex concursus* telle que prévue à l'article 7 du règlement⁷⁰. S. Lombardo analyse cet arrêt en y distinguant une phase qu'il appelle pathologique et une phase physiologique⁷¹. La première se rapporte aux règles d'insolvabilité pour laquelle les règles de l'État membre d'accueil s'appliquent. La deuxième fait référence à la constitution de la société auquel cas les règles de l'État membre d'origine, choisies librement par les actionnaires s'appliqueront.

Malgré les trois critères dégagés par la Cour, il subsiste des interrogations sur des matières à la frontière entre la *lex societatis* et la *lex concursus* et qui n'ont pas encore été porté devant la CJUE, par exemple concernant l'obligation de recapitaliser une société, les opérations fautives ou encore la responsabilité pour défaut d'une procédure d'ouverture d'insolvabilité⁷².

III. Les obligations non contractuelles : application du règlement Rome II

Le droit des sociétés peut se chevaucher avec des obligations non contractuelles comme le droit de la responsabilité civile par exemple. Le règlement Rome II définit son champ d'application de manière négative en y excluant les obligations non contractuelles découlant du droit des sociétés⁷³. Par cette affirmation, il admet également que certaines questions du droit fondamental des sociétés, y compris la responsabilité en cas de manquement aux obligations des administrateurs, soit régies par la *lex societatis*⁷⁴. Concernant la responsabilité civile des administrateurs, Rome II retient comme critère de rattachement la loi du pays où résident les actionnaires, créanciers ou toutes autres parties prenantes qui auraient subi un préjudice du fait de la société⁷⁵. Avec la conséquence, regrettable pour ces parties, que s'ils résident dans un

⁶⁹C.J.U.E. (6^e Ch.), 10 décembre 2015, (*Simona Kornhaas contre Thomas Dithmar*), C-594/14, EU:C:2015:806, §14 à 21.

⁷⁰C. GERNER-BEUERLE, F.M. MUCCIARELLI, E. SCHUSTER et M. SIEMS, *op. cit.*, p. 13.

⁷¹S. LOMBARDO, *op. cit.*, p. 28.

⁷²C. GERNER-BEUERLE, F.M. MUCCIARELLI, E. SCHUSTER et M. SIEMS, *op. cit.*, p. 17.

⁷³Règlement (CE) n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), JO L199, 31 juillet 2007, art. 1, 2., d).

⁷⁴C. GERNER-BEUERLE, F.M. MUCCIARELLI, E. SCHUSTER et M. SIEMS, *op. cit.*, p. 20.

⁷⁵*Ibid*, p. 21.

autre pays que le pays de la constitution de la société, ils seront alors soumis à des régimes de sanctions différents.

Un acte commis par un administrateur pourra donc entraîner une responsabilité en vertu du droit des sociétés, ou une responsabilité en vertu des régimes applicables aux obligations non contractuelles. Pour départager les deux, la Cour favorise une distinction fondée sur l'aspect matériel en affirmant que « une action relève de la matière délictuelle lorsque le comportement reproché ne peut pas être considéré comme un manquement aux obligations incombant au gérant en droit des sociétés »⁷⁶. Ainsi, les questions de responsabilité qui découlent d'un manquement aux obligations des administrateurs, aux statuts, ou plus généralement à une violation du droit des sociétés sont considérées comme relevant du droit des sociétés.

IV. Conclusion

Bien que la Cour accorde une faculté pour les actionnaires et fondateurs de sociétés de choisir la *lex societatis* qui leur sera applicable, tant lors de la constitution de la société que lors d'une éventuelle réincorporation, les règles régissant les activités extérieures de la société, et ne rentrant pas dans la *lex societatis*, ont largement écarté l'effet d'un arbitrage réglementaire. L'avantage initial de pouvoir choisir la loi des sociétés qui leur est applicable est finalement atténué par l'application à ces sociétés de toute une autre panoplie de règles qu'ils n'ont pas la faculté de choisir⁷⁷. Certains nuancent tout de même cette dernière affirmation en soutenant que même si l'État d'accueil promeut une application territoriale de ces lois voisines à la *lex societatis*, tel que vu ci-dessus, il s'agit d'un choix politique du législateur de l'État en question connu dès le départ par les actionnaires et fondateurs désirant s'y installer⁷⁸.

L'on note aussi, face à cette possibilité d'arbitrage réglementaire laissée aux sociétés, que les États membres ne se sont pas prémunis de réglementations visant à instaurer une concurrence agressive envers les autres États. Ils se sont contentés d'instaurer une concurrence réglementaire défensive. L'avantage d'une telle concurrence est l'apparition, en Europe, de législations pour le monde des entreprises avec beaucoup moins de charges⁷⁹. L'Allemagne a, par exemple,

⁷⁶C.J.U.E. (3^e Ch.), 10 septembre 2015, (*Holterman Ferho Exploitatie BV and Others V. F.F.F. Spies Van Büllesheim*), C-47/14, EU:C:2015:574, §79.

⁷⁷C. GERNER-BEUERLE, F.M. MUCCIARELLI, E. SCHUSTER et M. SIEMS, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁸*Ibid*, p. 10.

⁷⁹A. BAERT, *op. cit.*, p. 27.

entrepris une vaste réforme législative pour favoriser l'établissement des sociétés dans son pays. Nous verrons que la Belgique a également suivi cette voie-là.

Une dernière question peut être soulevée à l'égard de ces mesures nationales ne relevant pas de la *lex societatis*. Peuvent-elles constituer des entraves à la liberté d'établissement ? Dans l'affirmative, elles devraient alors respecter les enseignements de la jurisprudence de la CJUE en la matière, c'est à dire être justifiées par des exigences impératives d'intérêt général et satisfaire au test de proportionnalité. Différents points de vue peuvent être soutenus afin de répondre à cette question⁸⁰. Pour certains, la liberté d'établissement ne couvre que les questions relatives aux entreprises, comme les règles sur la structure de gouvernance et l'exigence de capital. Selon cette première théorie, les États membres pourraient imposer aux sociétés étrangères leurs dispositions ne rentrant pas dans le droit des sociétés sans entrer en conflit avec la liberté d'établissement. D'autres affirment que l'arrêt *kornhaas* introduit une différence entre les règles relatives à la constitution des affaires d'une société qui ne relèvent pas de la liberté d'établissement, et les règles qui affectant le processus de création de l'établissement lui-même qui constituent une restriction devant être justifiée⁸¹.

En l'état actuel du droit européen et de sa jurisprudence, il est à penser que ces deux conceptions de la liberté d'établissement sont trop restrictives. Premièrement, la CJUE a déjà affirmé que l'article 49 du TFUE ne protège pas uniquement l'acte de constitution d'une société⁸². Deuxièmement, nous avons vu que la CJUE s'est prononcée à propos de la restriction à la liberté d'établissement concernant les *exit taxes*⁸³. Cette liberté d'établissement ne se rapporterait ainsi pas uniquement aux règles du droit des sociétés.

Section 2. Aspect fiscal de la mobilité transfrontalière des sociétés

Nous avons déjà évoqué ci-dessus le problème des *exit taxes* qui surviennent lorsqu'une société décide de transférer son siège social dans un autre État membre. Ces *exit taxes* peuvent représenter un moyen pour les États de décourager leurs sociétés nationales de transférer leur

⁸⁰C. GERNER-BEURLER, F.M. MUCCIARELLI, E. SCHUSTER et M. SIEMS, *op. cit.*, p. 30 et sv.

⁸¹*Ibid.*

⁸²*Ibid.*, p. 30.

⁸³Voy. *supra*, p. 12 et 13.

siège dans un autre État membre. C'est pourquoi ils procèdent alors à cette imposition des plus-values non réalisées sur des biens, avant que les sociétés ne sortent de leur compétence fiscale⁸⁴.

La fiscalité fait l'objet d'un mode original de gouvernance au sein de l'Union européenne⁸⁵. Bien qu'il n'y ait pas d'impôt européen direct et que la compétence fiscale reste entre les mains des États membres, les autorités européennes sont tout de même intervenues dans certains domaines de la fiscalité afin de la coordonner⁸⁶. La nouvelle directive sur la mobilité transfrontalière des sociétés, quant à elle, ne contient aucun aspect fiscal, elle se réfère uniquement aux « avantages fiscaux indus » comme motifs pour les États membres de stopper l'opération transfrontalière, nous le verrons plus tard.

Cette souveraineté fiscale des États membres relative à l'impôt des sociétés va entraîner des difficultés lorsque la société va se restructurer à l'internationale⁸⁷. En effet, ces législations nationales peuvent entrer en contradiction avec le droit primaire de l'Union européenne, ou provoquer des situations de double imposition pour les sociétés. Il se peut également que le droit primaire européen soit contredit par du droit européen dérivé.

Premièrement, les sociétés peuvent donc faire face à des problèmes de double taxation. Ce sera le cas si l'État membre d'accueil est lui aussi autorisé à taxer les gains réalisés sur les avoirs situés dans sa juridiction⁸⁸. Signalons qu'une réponse à ce problème a été apportée par la directive ATAD visant à établir des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur⁸⁹. L'article 5 de cette directive est intéressant en la matière car il instaure une règle spécifique sur la taxation du

⁸⁴F-G. CASPAR, *La mobilité transfrontalière du siège social au sein du marché intérieur : une intervention européenne est-elle nécessaire et souhaitable ?*, Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, M. FALLON (prom.), 2016, disponible sur <http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:7553>, p. 63.

⁸⁵F. PEZET, « Au nom du marché : une gouvernance fiscale européenne partagée ? », *Revue européenne et internationale de droit fiscal*, n°4, 2019, p. 438.

⁸⁶*Ibid.*

⁸⁷E-J. NAVEZ, « Le traitement fiscal du transfert de résidence face à la liberté d'établissement des sociétés en droit de l'UE – de *Daily Mail* à *National Grid Indus* : évolution, révolution et au-delà ? », *Cah. dr. europ.*, 2011, n°3, p. 615.

⁸⁸F-G. CASPAR, *op. cit.*, p. 63.

⁸⁹Directive (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.

transfert de siège au sein de l'Union européenne⁹⁰. L'État membre de départ est autorisé à taxer les plus-values latentes sur les éléments d'actifs au moment du transfert. L'État membre d'accueil devra, quant à lui, tenir compte de la valeur ayant servi à cette taxation pour déterminer la valeur fiscale de ces mêmes éléments⁹¹.

Deuxièmement, les législations fiscales des États membres peuvent aller à l'encontre des principes du marché intérieur, tel que celui de la liberté d'établissement. Nous avons cité ci-dessus l'arrêt *National Grid Indus* dans lequel la CJUE admet que le transfert du siège de direction effectif d'un État membre vers un autre est un fait générateur, qui permet de fixer définitivement le montant de l'imposition due sur les plus-values latentes afférentes aux éléments d'actifs transférés. Néanmoins, la juridiction européenne poursuit en disant qu'un recouvrement immédiat de cette imposition est contraire à la liberté d'établissement⁹².

Troisièmement, la CJUE est également intervenue pour constater que le droit européen secondaire ne respectait pas le principe de la liberté d'établissement. Ce fut par exemple le cas, à propos de la directive 2009/133 CE établissant un régime fiscal commun applicable aux scissions et à d'autres opérations de restructuration. Cette directive vise notamment à établir un principe de neutralité fiscale lors de ces opérations de restructuration⁹³. Or, l'article 3b de la directive exclut de son champ d'application les sociétés européennes ayant un lieu d'établissement effectif hors de l'Union européenne, cette situation rendait difficile l'exercice de la liberté d'établissement pour ces sociétés. La CJUE a jugé que cette exclusion était contraire à la liberté d'établissement et que la transposition de cette législation secondaire dans les ordres juridiques internes des États membres devait être faite en prenant en compte le

⁹⁰J. PILOTIN et B. HAMDI, « L'émergence de l'*exit tax* dans l'ordre juridique européen », *Revue européenne et internationale de droit fiscal*, n°2, 2019, p. 249.

⁹¹N. DELVIGNE, M. POSSOZ et L. VANDENAMEELE, « Immigration de sociétés en Belgique : avis de la CNC et nouvelles dispositions fiscales », *Revue Pratique des Sociétés*, 18/7, novembre 2018, p. 687.

⁹²Voy. *supra*, note n°17.

⁹³Directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre, *J.O.U.E.*, L 310, 25 novembre 2009, article 3b.

principe de la liberté d'établissement⁹⁴. Ce principe protège ainsi une fusion transfrontalière neutre sur le plan fiscal, dès lors les États membres doivent veiller à ce que leur législation fiscale en matière de réorganisations de sociétés soit en conformité avec le droit primaire⁹⁵. Terminons par souligner que cet enseignement peut être transposé vis-à-vis d'autres directives européennes ayant un champ d'application semblable, citons à titre d'exemple la directive concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents⁹⁶.

Section 3. La directive 2005/56 sur les fusions transfrontalières

Sous-section 1. La nécessité du législateur d'agir en matière de fusions transfrontalières

Pour mener à bien son activité, une société peut être amenée à devoir fusionner avec une ou plusieurs autres. Réorganisations de groupes, répartitions des coûts internationaux, orientation du business vers le meilleur rendement, maximisation des profits, adaptation au marché, favorisation des innovations ou tout simplement s'agrandissement, voici autant de raisons qui peuvent pousser une société à procéder à une fusion transfrontalière⁹⁷. Le Parlement européen et le Conseil, prenant mesure de cette nécessité, ont adopté une directive sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux le 26 octobre 2005.

Avant l'entrée en vigueur de cette directive, les entreprises utilisaient certaines techniques ou procédures voisines pour arriver *in fine* à une fusion transfrontalière, non sans peine⁹⁸. Le premier moyen était le recours à la Société européenne (SE). Cependant, deux gros désavantages sont à pointer du doigt : d'une part, c'est une forme de société qui est uniquement

⁹⁴C.J.U.E. (4^e Ch.), 6 septembre 2012, (*The commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs contre Philips Electronics UK Ltd*), C-18/11, EU:C:2012:532 ; C.J.U.E. (1^e Ch.), 21 juin 2007, (*Office national des pensions contre Emilienne Jonkman*), C-23/06, EU:C:2007:373.

⁹⁵T. KOLLRUSS, « Does the Merger Directive violate UE primary law by excluding EU companies having their place of effective management in a third country ? », *Intertax*, vol 43, issue 8/9, 2015, p. 505.

⁹⁶*Ibid*, p. 507.

⁹⁷S. REYNOLDS, A. SCHERRER et E. TRULI, « Ex-post analysis of the UE framework in the area of cross-border mergers and divisions », *European Parliamentary Research Service (EPRS)*, décembre 2016, p. 8.

⁹⁸*Ibid*, p. 22 et sv.

accessible pour les sociétés anonymes et d'autre part, les conditions de formation d'une SE sont assez encombrantes. Le second moyen est de faire un transfert de siège. La société transférait d'abord son siège dans un État membre puis elle procédait à une fusion sous le droit national de cet État avec une société déjà établie sur son territoire. Non seulement cette option est complexe étant donné qu'il y a au moins deux opérations distinctes à effectuer mais n'est en outre possible que dans les États membres qui permettent le transfert transfrontalier du siège. Le troisième moyen consistait en l'application de la jurisprudence de la CJUE, consacrée notamment par l'arrêt *Sevic*. La CJUE affirme, dans cet arrêt, que la liberté d'établissement couvre tout ce qui permet ou facilite l'exercice d'une activité économique dans un État membre autre que l'État d'origine. Les opérations de fusions transfrontalières sont donc couvertes par la liberté d'établissement⁹⁹. Elle affirme ensuite que la différence de traitement opérée par la loi allemande selon que l'opération se réalise de manière transfrontalière ou de manière purement interne est contraire au droit européen¹⁰⁰. Ce moyen est peu pratiqué car ce n'est que de la jurisprudence. Avant cette directive, les procédures étaient donc coûteuses et potentiellement impossibles à être mises en œuvre, à l'exception des rares cas où les sociétés passaient par la SE, avec toutes les complexifications vues plus haut que cela implique. Par ailleurs, seuls quelques États tels que la France, l'Italie ou encore la Grèce autorisaient les transferts transfrontaliers de siège. Toutefois, même quand la fusion était possible en droit national, en pratique elle était souvent impossible¹⁰¹.

Sous-section 2. Les lignes de force de la directive¹⁰²

Le champ d'application de la directive est énoncé à l'article premier. Il concerne les sociétés de capitaux constituées en conformité avec la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union européenne et si deux d'entre elles au moins relèvent de la législation d'États membres différents. Un projet de fusion doit être établi un respectant les exigences de l'article 5. Une publication de ce projet est prévue, au moins un mois avant la tenue de l'assemblée générale qui se prononcera à ce sujet. L'organe d'administration établit, par après, un rapport à

⁹⁹C.J.U.E., (Gr. Ch.), 13 décembre 2005, (*Sevic System AG*), C-411/03), point 18.

¹⁰⁰C.J.U.E., (Gr. Ch.), 13 décembre 2005, (*Sevic System AG*), points 22 et 23.

¹⁰¹S. REYNOLDS, A. SCHERRER et E. TRULI, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰²Directive n°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.*, L310/1, du 25 novembre 2005.

l'intention des associés qui explique et justifie les aspects économiques et juridiques de la fusion transfrontalière et les conséquences de cette dernière pour les associés, les créanciers et les salariés. Ce rapport est également mis à disposition des employés ou de leurs représentants. Ce sera ensuite au tour de l'expert indépendant de faire un rapport adressé aux associés. Cependant, l'article 8 *in fine* indique que ce rapport n'est pas nécessaire si tous les associés de chacune des sociétés participent à la fusion transfrontalière le décident. Il reviendra ensuite à l'assemblée générale d'approuver ou non le projet. Il y aura par la suite un certificat préalable à la fusion délivré par une autorité compétente qui aura été désignée par chacun des États membres. Ce certificat atteste du correct accomplissement des actes et des formalités préalables à la fusion. S'en suit un contrôle de la légalité de l'opération opérée par l'autorité compétente de l'État membre de la nouvelle société issue de la fusion. Enfin, il revient à chaque État membre de déterminer la date à laquelle la fusion prendra effet. La seule exigence en la matière est que cette date doit venir après le contrôle de légalité.

Il est également possible de suivre des formalités simplifiées lorsqu'il s'agit d'une fusion transfrontalière par absorption dans laquelle une société détient toutes les parts et tous les titres conférant un droit de vote dans la société absorbée. L'article 16 énonce, quant à lui, le principe de base pour la protection des travailleurs dans ce genre d'opération : la société issue de la fusion transfrontalière sera soumise aux règles, si elles existent, relatives à la participation des travailleurs qui sont en vigueur dans l'État membre où le siège statutaire est établi. Cependant, le paragraphe deux de ce même article instaure une exception. En effet, le principe ne s'applique pas si au moins une des sociétés qui fusionnent emploie, pendant la période de 6 mois précédant la publication du projet de fusion, un nombre moyen de travailleurs supérieur à 500 et est gérée selon un régime de participation des travailleurs tel que prévu à l'article 2 k de la directive 2001/86 ou si la législation nationale applicable à la société issue de la fusion : *primo*, ne prévoit pas le même niveau de participation des travailleurs que celui qui s'applique aux sociétés concernées dans le cadre de la fusion et *secondo*, ne prévoit pas que les travailleurs des établissements de la société issue de la fusion situés dans d'autres États membres peuvent exercer les mêmes droits de participation que ceux dont bénéficient les travailleurs employés dans l'État membre où le siège statutaire de la société issue de la fusion transfrontalière est établi.

Enfin, la directive en son article 19 instaure l'obligation pour les États membres de transposer ces règles pour le 15 décembre 2007 au plus tard. La Belgique, comme d'autres pays européens,

n'a pas respecté ce délai. En effet, c'est par une loi du 8 juin 2008 que la Belgique a transposé cette directive 2005/56. S'en sont alors suivies quatre autres dispositions internes pour compléter cette transposition. Ces règles sur les fusions figuraient au titre 5*bis* du livre XI relatif aux restructurations des sociétés. Désormais, les règles relatives aux fusions transfrontalières se trouvent au titre VI du livre XII du nouveau Code des sociétés et associations.

Nous ferons une critique de cette directive dans le chapitre suivant. Bien qu'elle ait permis de faciliter les fusions transfrontalières en réduisant la complexité, le coût et le délai qui étaient auparavant nécessaires pour réaliser de telles opérations, nous verrons que trois obstacles majeurs subsistent : son champ d'application n'est pas assez large, une meilleure protection des parties prenantes serait nécessaire et il subsiste encore des obstacles procéduraux et pratiques.

Section 4. Les impulsions pour une intervention du législateur européen

Déjà en 2009, lors du programme de Stockholm, le Conseil européen appelait à une initiative pour uniformiser les règles de conflit de lois en droit des sociétés¹⁰³. Il y a ensuite, en 2012, le « plan d'action sur le droit européen des sociétés et la gouvernance d'entreprise ; un cadre juridique moderne pour une plus grande implication des actionnaires et une meilleure viabilité des entreprises ». Le titre de ce plan en dit long sur les objectifs poursuivis par la Commission. Ils sont au nombre de trois : améliorer la transparence, l'implication des actionnaires et la compétitivité. Il est ainsi nécessaire d'améliorer le droit des sociétés, pierre angulaire du marché intérieur¹⁰⁴. Par après, le troisième volet du plan d'investissement pour 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

¹⁰³Le 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.

¹⁰⁴Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Plan d'action : droit européen des sociétés et la gouvernance d'entreprise ; un cadre juridique moderne pour une plus grande implication des actionnaires et une meilleure viabilité des entreprises », COM(2012)740 final, 12 décembre 2012, p. 4 et 5.

faire, il faut un cadre réglementaire européen plus simple, clair, prévisible et stable¹⁰⁵. La stratégie pour le marché unique de 2015 révèle, quant à elle, que le flou autour de la législation encadrant les sociétés et le surplus de mesures contraignantes sont des obstacles dont se plaignent les PME¹⁰⁶. Toujours en 2015, la stratégie pour un marché unique digital souligne qu'il faut rendre plus facile le lancement d'entreprises, avec des possibilités de le faire en ligne et au-delà des frontières¹⁰⁷. Il sera également souligné, en 2016, que les barrières doivent être levées pour que les *start-up* puissent développer leurs activités au sein de l'Union européenne. Parmi ces barrières, un cadre réglementaire trop fragmenté et de trop lourdes formalités réglementaires et administratives¹⁰⁸. Dernièrement, le Parlement européen a appelé la Commission à agir pour la mise en place d'un cadre législatif régissant les scissions transfrontalières et éventuellement la révision de la directive sur les fusions transfrontalières. Il soutient qu'il faut 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 intérieur¹⁰⁹.

Le législateur européen va adopter, en 2017, une directive réglant certains aspects du droit des sociétés. Cette directive, dont le champ d'application est limité aux sociétés à responsabilité limitée, se compose de deux grandes parties. D'une part, des règles générales sur le fonctionnement des sociétés à responsabilité limitée. D'autre part, des règles régissant les fusions et scissions de ces mêmes sociétés¹¹⁰. Elle assure donc une équivalence minimale dans la protection des actionnaires et des créanciers de ces sociétés en coordonnant les dispositions

¹⁰⁵Communication 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.

¹⁰⁶Communication 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.

¹⁰⁷Commission staff working document, *op. cit.*, p. 7.

¹⁰⁸Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « les grands acteurs européens de demain : l'initiative en faveur des *start-up* et des *scale-up* », COM(2016)733 final, 22 novembre 2016, p. 3 et 4.

¹⁰⁹Résolution 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.

¹¹⁰F. 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.

nationales concernant la constitution de ces sociétés, ainsi que le maintien, l'augmentation et la réduction de leur capital¹¹¹. Elle reprend également les règles sur les fusions transfrontalières. Les règles nationales des États membres restent cependant d'application pour les matières qui ne sont pas réglées par la directive¹¹². Cette directive est en réalité une compilation d'anciennes directives, dont celle sur la fusion transfrontalière étudiée à la section précédente. Elle reprend par ailleurs les règles sur la publication d'informations sur les sociétés dans le registre des entreprises, sur le maintien du capital et sur les scissions¹¹³. L'objectif de cette directive est de garantir une plus grande implication de toutes les parties prenantes, en particulier les salariés, dans la gouvernance d'entreprise étant donné qu'il s'agit d'un facteur important pour garantir l'adoption par les sociétés d'une vision à plus long terme. L'impact de cette directive est tout de même à nuancer car elle reprend d'anciennes règles qui étaient déjà transposées et d'application au sein de l'UE. Elle a tout de même le mérite d'apporter une clarification importante en regroupant dans un seul et même instrument les règles applicables aux sociétés. Cela donne également un meilleur accès au droit européen¹¹⁴. En revanche, concernant la mobilité transfrontalière des sociétés, elle n'apporte pas de nouveautés se contentant comme souligné plus haut de reprendre les règles présentes dans la directive 2005/54.

Tous ces appels à agir ne sont pas restés lettres mortes. Le 25 avril 2018, la Commission européenne introduit une proposition pour modifier les règles en matière de mobilité

¹¹¹Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, JO L169, 30 juin 2017, point 3.

¹¹²*Ibid*, point 55.

¹¹³Ces six directives sont : la directive 82/891/CEE du 17 décembre 1982 sur les scissions des sociétés anonymes, la directive 89/666/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 concernant la publication des succursales créées dans un État membre par certaines formes de sociétés relevant du droit d'un autre État, la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, la directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 septembre 2009 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, dernier alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, la directive 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant les fusions des sociétés anonymes, la directive 2012/30/UE tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital.

¹¹⁴F. BERNAUER et P. FARTARIA, *op. cit.*, p. 2.

transfrontalière et d'utilisation des processus électroniques pour les sociétés¹¹⁵. Un an plus tard, le 18 avril dernier, le législateur européen adopte une résolution législative en la matière¹¹⁶. Nous analyserons, dans le chapitre suivant, la proposition de la Commission précitée.

¹¹⁵Proposition 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*.

¹¹⁶Résolution législative du Parlement européen du 18 avril 2019 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 (*COM(18)0241-C80167-2018/0114(COD)*).

Chapitre 2. La proposition de la Commission pour modifier la directive 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières

La Commission a pris cette initiative de modifier la directive 2017/1132 pour favoriser la mobilité des sociétés au sein de l'Union européenne. Nous avons vu au chapitre précédent que depuis 2009, plusieurs initiatives ont été prises en la matière sans jamais aboutir. Bien que les arrêts de la CJUE aient permis une certaine mobilité des sociétés, cette jurisprudence laisse encore planer beaucoup de zones d'ombres. Pour mener à bien cette proposition, la Commission a lancé une enquête publique en 2017. L'objectif de celle-ci était d'identifier les problèmes que les entreprises rencontraient lors de ce type d'opérations, les conséquences liées à ces problèmes mais également des solutions pour les résoudre.

Nous analyserons les résultats de cette enquête sous l'angle des transformations et scissions transfrontalières. Dans un second temps, nous étudierons les premiers résultats de l'application de la Directive 2005/56 sur les fusions transfrontalières. Nous exposerons ensuite les procédures que la Commission prône au sein de sa proposition. Nous terminerons par un aperçu de la manière dont cette proposition a été reçue par les praticants du droit des sociétés.

Section 1. La consultation publique de 2017¹¹⁷

Cette période de consultation a duré 12 semaines et elle s'est terminée le 6 août 2017. Les praticiens du droit des sociétés tels que les entreprises elles-mêmes, les représentants des travailleurs et les investisseurs ont été invités à donner leur avis à ce sujet. Les remarques des autorités publiques, des consommateurs et des chercheurs ont également été prises en compte. Comme souligné plus haut, l'objet de cette consultation est triple. Il s'agissait premièrement d'identifier les problèmes rencontrés lors de ces procédures, leurs conséquences sur la vie des

¹¹⁷EUROPEAN COMMISSION, « EU company law upgraded : rules on digital solutions and efficient cross-border operations », Bruxelles, disponible sur https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=58190.

sociétés et de proposer des solutions pour y remédier. Nous nous pencherons dans cette section sur les problèmes liés aux transferts et scissions transfrontalières et leurs conséquences.

Sous-section 1. Deux obstacles principaux

I. Le manque d'harmonisation des procédures

Ia. Concernant les transformations transfrontalières

Les répondants à la consultation ont déploré l'absence d'instruments communautaires traitant directement des transformations transfrontalières¹¹⁸. Les sociétés n'ont alors comme possibilité que des procédures indirectes. Premièrement, elles peuvent le faire en passant par le statut d'une Société Européenne (SE)¹¹⁹. L'article 8 de ce statut permet à une société de faire une conversion grâce à la création d'une société holding européenne et par l'établissement d'une filiale européenne¹²⁰. La SE permet donc à une société de se réincorporer dans un autre État membre, mais elle présente aussi d'autres avantages¹²¹. Elle offre par la même occasion la possibilité de simplifier la structure du groupe et elle permet également, comme nous le verrons dans la section suivante, de procéder à des fusions transfrontalières. Elle présente néanmoins des inconvénients qui font qu'elle ne peut être une alternative durable pour réaliser des transformations transfrontalières¹²². D'une part, l'article 7 du statut de la SE stipule que le siège statutaire de la SE doit toujours être situé dans l'Union européenne, et dans le même État membre que l'établissement principal¹²³. Cette obligation explique en partie la raison pour laquelle la SE n'a pas été un élément déclencheur pour la mobilité des sociétés au sein de l'UE¹²⁴. D'autre part, l'utilisation d'une SE est en effet coûteuse, complexe, et il persiste des

¹¹⁸Ernst 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, p. 33.

¹¹⁹Commission staff working document, *op. cit.*, p. 30.

¹²⁰Règlement (CE), n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), *JO L 294*, 10 octobre 2001, article 8.

¹²¹Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 34.

¹²²A. BAERT, *op. cit.*, p. 22.

¹²³Règlement (CE) n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001, précité, art. 7.

¹²⁴J. MEEUSEN, « Freedom of establishment, conflicts of laws and the transfer of a company's registered office : towards full cross-border corporate mobility in the internal market ? », *Journal of Private International Law*, vol. 13, n°2, 2017, p. 298.

incertitudes quant à son statut. Deuxièmement, elles peuvent transférer indirectement leur siège en utilisant la procédure applicable aux fusions transfrontalières¹²⁵. Elles procèdent alors en deux étapes. Elles créent d'abord une nouvelle société dans un État tiers puis elles fusionnent les deux. Elles réalisent donc une fusion par absorption. C'est une option qui, elle aussi, est difficilement envisageable du fait que deux procédures simultanées doivent être effectuées. Cela représente donc trop de coût et le délai pour y procéder est plus long également. Le coût estimé pour ce type de transfert transfrontalier indirect via une fusion est entre 80.000 et 100.000 euros¹²⁶. Il est difficile à estimer car, pour ce faire, plusieurs facteurs entrent en ligne de compte notamment le fait que la société soit ou non sur un marché financier réglementé, la structure de l'actionnariat, l'ampleur de la participation des travailleurs au processus ou encore les coûts de notaire qui varient d'un pays à l'autre. En plus du coût conséquent que cela représente, l'exécution de deux procédures consécutives représente un surplus de charges et formalités administratives pour les sociétés¹²⁷.

Il résulte également de ce manque d'harmonisation une application inégale de la jurisprudence de la CJUE dans les différents États membres¹²⁸. Bien qu'elles aient permis de clarifier la reconnaissance des opérations transfrontalières, les règles qu'elle dégage ne sont nullement codifiées dans un instrument européen. Cette absence de législation conduit à un manque de clarté et à des ambiguïtés quant à l'application de cette jurisprudence dans les différents États membres. Pour cause, des réactions différentes des autorités nationales ont vu le jour face à cette jurisprudence.

En définitive, la création d'un marché intérieur en Europe nécessite au moins une harmonisation de certaines matières impactant ce marché, comme le droit bancaire, le droit financier, mais aussi le droit des sociétés¹²⁹.

Enfin, une harmonisation des règles de conflit de lois est également souhaitée. Il est, en effet, regrettable qu'il n'y ait pas une seule théorie des conflits de lois pour déterminer le droit des sociétés qui s'applique. Une entreprise doit bien souvent se dissoudre avant de transférer son

¹²⁵Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 35 et 36.

¹²⁶Commission staff working document, *op. cit.*, p. 30.

¹²⁷J. MEEUSEN, *op. cit.*, p. 299.

¹²⁸Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 37.

¹²⁹K. J. HOPT, « Comparative company law 2018 », *European Corporate Governance Institute*, working paper n°460/2019, juillet 2019, p. 31.

siège, ce qui augmente encore davantage les coûts de l'opération et le danger pour les parties prenantes.

Ib. Concernant les scissions transfrontalières

Ce même constat d'absence de cadre européen en la matière a été souligné concernant les scissions transfrontalières¹³⁰. La législation en la matière est partielle et ne concerne que certaines opérations spécifiques. Nous avons vu que la CJUE a également permis de telles opérations sur base de la liberté d'établissement¹³¹. En effet, selon l'enseignement de l'arrêt *Vale*, une société doit pouvoir effectuer une scission transfrontalière si le droit national auquel elle se rapporte permet de telles scissions dans son ordre interne. Une directive en la matière existe d'ailleurs. Il s'agit de la directive 82/891 sur les scissions des sociétés anonymes¹³². Cependant, elle ne vise évidemment que les scissions nationales et n'est applicable que pour les sociétés à responsabilité limitée. Elle ne permet par ailleurs que les scissions par division dans lesquelles la société initiale cesse d'exister. Seulement trois pays au sein de l'Union européenne possèdent une procédure complète de scissions transfrontalières. Il s'agit de la République Tchèque, du Danemark et de la Finlande¹³³.

II. Des divergences et des incompatibilités entre les législations nationales

Ila. Concernant les transformations transfrontalières

Le deuxième problème identifié via la consultation publique de 2017 consiste en une divergence entre les législations nationales qui mène à des incompatibilités dans la mise en œuvre de ces législations. Chaque État se positionne différemment face à ces transformations transfrontalières. Il y a la catégorie d'États qui disposent explicitement d'une procédure réglementant les transformations transfrontalières dans leur droit national. Malheureusement, cette catégorie ne réunit que 5 pays ; Chypre, la République Tchèque, le Danemark, Malte et l'Espagne¹³⁴. A l'opposé, il y a la catégorie de pays qui n'autorisent pas ce type d'opérations.

¹³⁰F. BERNARD, « L'avènement des scissions transfrontalières », *Revue internationale du droit des affaires*, n°127, 2018, p. 48.

¹³¹Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 71.

¹³²Directive 82/891/CEE du Conseil, du 17 décembre 1982, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 point g du traité et concernant les scissions des sociétés anonymes, *JO L 378*, 31 décembre 1982.

¹³³Commission staff working document, *op. cit.*, p. 22.

¹³⁴Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 40.

C'est le cas, par exemple, de la Croatie, de la Finlande ou encore du Royaume-Uni¹³⁵. Puis, il y a une catégorie intermédiaire qui autorise les transformations transfrontalières mais sans prévoir de procédure. C'est le cas de la Belgique, de l'Allemagne, de la France ou encore du Luxembourg pour ne citer qu'eux¹³⁶. Signalons aussi les pays qui, bien qu'appartenant à cette dernière catégorie, autorisent uniquement les transformations transfrontalières entrantes, c'est-à-dire celles de sociétés étrangères désirant se réincorporer dans un de ces pays. Il s'agit de la Hongrie, de la Pologne et de la Suède¹³⁷.

Ces différences entre les législations nationales des États membres amènent plusieurs conséquences négatives. Les exigences procédurales diffèrent et deviennent incompatibles. C'est le cas par, exemple, des obligations d'informations¹³⁸. Cela représente également des coûts et des charges administratives beaucoup plus conséquents¹³⁹. Des différences de taille relatives au coût de procédure entre les pays disposant de règles sur les transformations transfrontalières et les autres sont en effet à déplorer. Le coût estimé d'une procédure de transformation transfrontalière à Chypre, pays ayant une telle procédure dans sa législation nationale, est de 10.000 euros¹⁴⁰. En revanche, dans les pays où de telles procédures ne sont pas prévues, le coût augmente. C'est par exemple le cas en Autriche. Les transformations transfrontalières y sont autorisées mais il n'y a pas de procédure prévue. Les sociétés passent alors par la SE pour procéder à une telle opération avec un coût estimé à 30.000 euros¹⁴¹. Ce montant s'élève encore dans des pays où cette procédure n'est ni autorisée ni réglementée. Les entreprises sont alors obligées de passer par des procédures indirectes avec un coût aux alentours de 100.000, comme c'est le cas, par exemple, au Royaume-Uni¹⁴². Les délais pour réaliser l'opération et ses formalités légales diffèrent également d'un pays à l'autre tout comme le système de publication de la procédure. Il existe également des différences quant aux

¹³⁵Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 42.

¹³⁶*Ibid*, p. 41.

¹³⁷*Ibid*, p. 41.

¹³⁸*Ibid*, p. 45.

¹³⁹Commission staff working document, *op. cit.*, p. 29.

¹⁴⁰Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 66.

¹⁴¹*Ibid*, p. 66.

¹⁴²*Ibid*.

autorités chargées de contrôler l'opération. Tantôt, il s'agira d'une juridiction commerciale, tantôt d'un notaire ou encore du registre commercial national¹⁴³.

Enfin, les créanciers, les travailleurs et les actionnaires minoritaires peuvent également subir des conséquences négatives résultant de ces divergences de législation. Leurs droits peuvent en effet être modifiés s'ils sont soumis à la législation de l'État d'accueil. Concernant les travailleurs, ils ne sont bien souvent pas assez informés de l'opération de réincorporation en cours. Ils craignent également de subir le phénomène de sociétés boîtes aux lettres¹⁴⁴. La Commission définit ce phénomène comme étant « des entreprises qui ont été créées dans le but de profiter des failles du système législatif et qui n'offrent aucun service aux clients mais servent plutôt d'écran pour les services fournis par leurs propriétaires. Ces entreprises, généralement de très petite taille, ne gèrent souvent qu'une boîte aux lettres, d'où leur nom »¹⁴⁵. Deux caractéristiques se retrouvent dans ce genre de sociétés¹⁴⁶. *Primo*, il y a un montage artificiel, c'est à dire une différence entre la réalité juridique et la situation réelle de l'entreprise. *Secundo*, des cabinets de conseils juridiques jouent un rôle central dans ce genre d'opérations de manière à ce que la réglementation en vigueur soit respectée. Les entreprises se servent depuis longtemps de ces failles législatives pour échapper aux impôts des sociétés. Mais de manière plus récente, elles s'en servent également pour contourner le droit du travail et les cotisations sociales¹⁴⁷. Ces pratiques vont d'ailleurs encore s'accroître avec le récent arrêt *Polbud* de la CJUE qui, rappelons-le, affirme que la liberté d'établissement est également applicable lorsque seul le siège statutaire est transféré¹⁴⁸. Pour les créanciers, certaines législations nationales prévoient des garanties telles que le droit de demander des sécurités adéquates ou le droit d'objecter l'opération. Cette protection est de mise, par exemple, en République Tchèque, au Danemark ou encore en Espagne¹⁴⁹. Mais dans d'autres pays, comme la France ou le Luxembourg, cette question n'est pas réglée par les législations nationales.

¹⁴³*Ibid*, p. 48.

¹⁴⁴Commission staff working document, *op. cit.*, p. 31.

¹⁴⁵Communication de la Commission européenne, du 7 mars 2013, « Réglementation intelligente – répondre aux besoins des petites et moyennes entreprises », COM (2013) 122final.

¹⁴⁶K. MCGAURAN, « L'impact du recours aux sociétés boîtes aux lettres sur les droits des travailleurs et les recettes publiques », *Confédération européenne des syndicats*, juin 2016, p. 12 et 13.

¹⁴⁷*Ibid*, p. 10.

¹⁴⁸Voy. *supra*, p. 15.

¹⁴⁹Commission staff working document, *op. cit.*, p. 31.

Concernant les actionnaires minoritaires, de nombreuses divergences existent là aussi entre les États membres. Certains prévoient des protections, comme en Allemagne, dans lesquelles les actionnaires ont un droit de sortie contre compensation¹⁵⁰. C'est également le cas en Belgique où le projet de réincorporation ne peut être approuvé qu'à une super majorité¹⁵¹.

IIb. Concernant les scissions transfrontalières

Le même problème est à déplorer concernant les scissions transfrontalières. Comme souligné plus haut, seuls trois pays ont actuellement une telle procédure dans leur législation¹⁵². Ainsi, la législation tchèque permet la scission transfrontalière d'une société étrangère, si au moins une des sociétés résultant de la scission est régie par le droit tchèque, et les scissions de sociétés tchèques si au moins une des sociétés issues de la scission se voit appliquer la loi d'un autre État membre. Au Danemark, seules les sociétés à responsabilité limitée peuvent faire des scissions transfrontalières, à condition que les législations régissant les nouvelles sociétés issues de la scission autorisent ces opérations transfrontalières. La Finlande régit elle aussi les scissions transfrontalières de sociétés à responsabilité limitée en s'inspirant de la procédure applicable pour les scissions nationales.

Pour les autres pays, les scissions transfrontalières sont autorisées mais non réglées par une procédure particulière. Les sociétés le font en passant par les procédures nationales de scissions ou via les règles sur les fusions transfrontalières. En Belgique, par exemple, ces deux moyens sont possibles¹⁵³. Mais certains États n'autorisent même pas ces opérations. Les sociétés doivent alors utiliser des procédures indirectes beaucoup plus longues et plus onéreuses. En Pologne par exemple, trois alternatives sont possibles¹⁵⁴. La première consiste à faire une incorporation puis un transfert des actifs. La deuxième alternative consiste à faire une scission nationale puis une fusion transfrontalière. Enfin, il est également possible de procéder à une scission nationale suivie d'un transfert transfrontalier de siège.

¹⁵⁰Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 62.

¹⁵¹Commission staff working document, *op. cit.*, p. 32.

¹⁵²Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 72 et 73.

¹⁵³Commission staff working document, *op. cit.*, p. 73.

¹⁵⁴Commission staff working document, *op. cit.*, p. 75.

Comme en matière de transferts transfrontaliers, les exigences procédurales varient donc d'un pays à l'autre. Prenons l'exemple des exigences relatives à l'information¹⁵⁵. Ces dernières varient même entre les trois pays ayant une procédure de scissions transfrontalières¹⁵⁶. Au niveau de l'autorité chargée de vérifier la légalité de l'opération des différences sont aussi à noter. Il peut s'agir soit du notaire, soit du bureau d'enregistrement commercial ou encore de l'autorité commerciale comme cela se fait au Danemark. En Belgique, cette mission de contrôle de la procédure incombe au notaire¹⁵⁷.

Les règles relatives à la protection des créanciers, des travailleurs et des actionnaires diffèrent elles aussi¹⁵⁸. Dans la législation tchèque, danoise et finlandaise relative aux scissions transfrontalières de telles protections y sont consacrées. Prenons l'exemple des actionnaires. En république Tchèque, chaque société participant à une scission transfrontalière est tenue de fournir à tous les actionnaires qui y participent, des informations complètes sur les droits des parties prenantes de la société tchèque¹⁵⁹. Au Danemark, les actionnaires d'une société cédante peuvent réclamer des compensations à la société si l'offre pour leurs actions n'est pas considérée juste et raisonnable et s'ils avaient émis une réserve sur cet effet lors de l'assemblée générale qui a voté la procédure. Un système semblable est également de mise en Italie et en Irlande¹⁶⁰. En Autriche, les règles de protection prévues pour les scissions nationales sont d'application. En Belgique, il y a un délai de 6 semaines qui est prévu avant l'adoption de l'acte notarié. Les créanciers pourront alors demander des garanties¹⁶¹.

Sous-section 2. Les effets de ces obstacles

Ce manque d'harmonisation et ces incompatibilités entre les législations nationales relatives à ces opérations transfrontalières, quand elles existent, freinent la mobilité des sociétés au sein de l'Union européenne.

¹⁵⁵*Ibid*, p. 23 et 24.

¹⁵⁶Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 78 et 79.

¹⁵⁷*Ibid*, p. 80.

¹⁵⁸F. BERNARD, *op. cit.*, p. 40.

¹⁵⁹*Ibid*, p. 80.

¹⁶⁰*Ibid*, p. 80 et 81.

¹⁶¹*Ibid*, p. 81.

Tout d'abord, dans ce flou juridique, les sociétés ont tendance à abandonner ce type d'opérations transfrontalières. L'expérience des praticiens varie à cet égard. En matière de transformation transfrontalière, un notaire belge affirme qu'il n'a jamais abandonné une procédure pour cette raison. D'un autre côté, et toujours concernant une transformation transfrontalière, un expert juridique allemand dit qu'il lui est arrivé de voir des entreprises abandonner l'opération en raison de l'incertitude juridique qui plane au-dessus de ces opérations¹⁶². Cette tendance à renoncer à ces opérations s'accroît évidemment chez les PME qui manquent principalement de moyens et de temps pour réaliser ces opérations¹⁶³. En outre, il y a parfois aussi des recours qui peuvent intervenir lors de la procédure, par exemple suite à un refus de l'autorité compétente de valider l'opération ce qui augmente encore tant le délai que le coût de la procédure. Il s'agit donc d'un véritable manque de flexibilité dont les sociétés ont pourtant besoin pour se restructurer et s'adapter au marché mais aussi pour explorer de nouvelles opportunités que peut offrir ce marché, tant en terme d'investissement que de capital humain¹⁶⁴.

Ensuite, cela amène de l'insécurité juridique qui résulte en grande partie par le fait que la CJUE construit cette « théorie de la mobilité transfrontalière des sociétés » au cas par cas, en fonction des affaires qui lui sont soumises, et toujours *in concreto* en fonction de celles-ci¹⁶⁵. La consultation publique indique que 68% des répondants estiment que la situation des créanciers est incertaine et requiert dès lors plus de clarté¹⁶⁶. La situation des créanciers dépend en fait des droits et des rangs que la législation des différents États membres leur attribue. Un principe ressort en effet de la jurisprudence de la CJUE qui veut que les créanciers n'aient pas besoin d'une protection allant au-delà du droit des sociétés d'un autre État membre, à condition toutefois qu'ils soient informés qu'une société a été constituée en vertu d'un droit étranger¹⁶⁷. A Chypre, par exemple, les créanciers ont un délai de trois mois pour attaquer la validité du transfert devant une juridiction. La législation tchèque attribue, quant à elle, le droit pour les

¹⁶²Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 52.

¹⁶³Commission staff working document, *op. cit.*, p. 30.

¹⁶⁴Ernst and Young study, *op. cit.*, pp. 52 et 53.

¹⁶⁵A. BAERT, *op. cit.*, p. 2.

¹⁶⁶Commission staff working document, *op. cit.*, p. 23.

¹⁶⁷C.J.U.E., 9 mars 1999, (*Centros*), précité, §36.

créanciers d'être informés et de recevoir des garanties additionnelles en cas de transfert transfrontalier d'une société.

Cette divergence des législations nationales en terme de protection crée une insécurité juridique, dont les actionnaires souffrent aussi. Or, une bonne protection des actionnaires est nécessaire dans un droit moderne des sociétés¹⁶⁸. On observe en effet une tendance récente à donner plus de droits aux actionnaires privés et à faciliter l'utilisation de ces droits. Pour ce faire, un développement rapide de la technologie moderne peut aider car une divulgation rapide et générale est une condition préalable à l'octroi de plus de droits aux actionnaires¹⁶⁹. A cet égard, l'on notera que la Commission a également fait, en même temps que sa proposition sur les transformations, scissions et fusions transfrontalières, une proposition sur l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés¹⁷⁰. Cette dernière est donc un complément nécessaire à la mobilité transfrontalière des sociétés et en particulier à l'exercice des droits des actionnaires. Cette tendance moderne à mieux protéger les actionnaires, qui peuvent même être parfois vus comme des « procureurs généraux » s'est concrétisée en droit européen avec la directive 2017/828¹⁷¹. Elle comprend des règles sur l'information et l'exercice du droit de vote des actionnaires, sur la transparence des actionnaires institutionnels ou encore sur la politique de rémunération des administrateurs¹⁷². Il reste donc à compléter cette législation en les protégeant aussi lors d'opérations transfrontalières. 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 actions¹⁷³.

Enfin, cet effet se fait également ressentir sur les travailleurs. En effet, 56% des répondants demandent plus de clarté des règles qui leur sont applicables lors de telles opérations. En plus de l'insécurité juridique, ils craignent également l'impact social que peut avoir une opération

¹⁶⁸K. J. HOPT, *op. cit.*, p. 28.

¹⁶⁹K. J. HOPT, *op. cit.*, p. 28.

¹⁷⁰Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil du 25 avril 2018 modifiant la Directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés, COM/2018/239 final – 2018/0113 (COD).

¹⁷¹K. J. HOPT, *op. cit.*, p. 28.

¹⁷²Directive (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 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 132, 20 mai 2017, p. 1 à 25.

¹⁷³Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 62.

transfrontalière sur leurs droits¹⁷⁴. Cette question dépend évidemment du fait que l'opération de transformation s'accompagne ou non de transfert de l'activité. La soumission des travailleurs à une nouvelle législation peut amener à une protection moins forte de ces travailleurs selon le modèle de protection en vigueur dans le pays d'accueil. Les chiffres démontrent tout de même que les droits des travailleurs sont rarement impactés dans la mesure où dans la plupart des transformations transfrontalières, seul le siège statutaire est transféré. Néanmoins, quand il y a un impact sur la situation des travailleurs, celui-ci peut être considérable¹⁷⁵.

En plus, cela provoque une réduction de l'attractivité qu'est censé offrir le marché intérieur de l'Union européenne¹⁷⁶. Ces lacunes réduisent en effet tant les investissements intra européens que extra européens. L'étude démontre que la création d'un instrument européen en la matière peut ouvrir une porte d'accès au marché interne pour les entreprises et ainsi une plus grande intégration européenne. Cela permettrait aux sociétés d'être plus mobiles et de pouvoir prendre des décisions d'affaires stratégiques, ce qui augmenterait leur attractivité.

Enfin, cela représente une hausse du coût et du temps nécessaires pour réaliser ces procédures¹⁷⁷. A cet égard, Ugo Bassi, membre de la Commission européenne, affirme que « la réduction des coûts des transferts transfrontaliers est le principe directeur qui justifierait une proposition dans ce domaine »¹⁷⁸. Cette hausse dépend principalement de deux facteurs. Premièrement, la taille de l'entreprise¹⁷⁹. En Autriche, par exemple, il augmente en fonction du nombre de travailleurs présents dans l'entreprise. En Allemagne, cela dépend de la valeur de l'entreprise. Deuxièmement, un autre facteur est le type et la complexification de la procédure utilisée¹⁸⁰. Nous avons déjà souligné que le coût d'une transformation transfrontalière en Autriche est assez faible étant donné qu'il y a une procédure prévue dans sa législation nationale. Concernant les transformations transfrontalières, les principaux coûts sont les

¹⁷⁴Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 61.

¹⁷⁵*Ibid*, p. 61.

¹⁷⁶*Ibid*, p. 63.

¹⁷⁷A. BAERT, *op. cit.*, p. 19.

¹⁷⁸UGO BASSI, European Commission's Action Plan on Company Law and Corporate Governance (Presentation at the 12th European Corporate Governance and Company Law Conference 2013), <http://mediasite.pim.ie/mediasite/Viewer/?peid=d7c16e8adcf14cc78a51c84e58274a841>.

¹⁷⁹Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 66.

¹⁸⁰*Ibid*.

conseils juridiques, l'enregistrement, et ceux découlant de la durée de la procédure¹⁸¹. Au niveau de la durée de ce type d'opération, le facteur déterminant est le fait que les États en question appliquent ou non la même théorie relative au siège social. Cela dépend aussi du fait que les sociétés utilisent une procédure directe ou indirecte. Une transformation transfrontalière effectuée au moyen d'une procédure directe peut se réaliser en 24 h alors qu'il faudra 8 à 15 semaines pour la réaliser via des procédures indirectes¹⁸². Concernant les scissions transfrontalières, les répondants ont mis en avant deux principaux coûts. D'une part ceux relatifs aux conseils juridiques et d'autre part ceux dus au changement de règles sur l'évaluation des actifs¹⁸³. Ils soulignent également que représentent des coûts importants, les frais liés à la traduction, ceux liés aux assemblées générales et ceux relatifs à l'enregistrement. Ici aussi, le coût de cette opération dépend du fait qu'elle est effectuée directement ou non. En Finlande, une scission transfrontalière tourne autour de 30.000 euros alors qu'au Royaume-Uni ça dépasse les 100.000 euros¹⁸⁴.

Une intervention du législateur européen est d'autant plus souhaitable que la CJUE n'a pas abordé toutes les questions pouvant se poser lors de ces opérations transfrontalières¹⁸⁵. 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 2. La directive 2005/56 sur les fusions transfrontalières : un exemple ?

Nous avons vu, dans la chapitre précédent, que le législateur européen a réglementé les fusions transfrontalières en 2005. L'objet de cette section sera d'analyser la manière dont cette directive a été reçue par les praticiens du droit des sociétés. Quels sont ses avantages, ses inconvénients, que faudrait-il améliorer ? Nous verrons dans un premier temps, qu'il s'agit d'un pas positif et décisif vers une plus grande mobilité des sociétés en Europe. Nous verrons par après que des lacunes subsistent malgré tout.

¹⁸¹*Ibid*, p. 67.

¹⁸²*Ibid*, p. 69.

¹⁸³Commission staff working document, *op. cit.*, p. 23 et 24.

¹⁸⁴Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 91.

¹⁸⁵A. BAERT, *op. cit.*, p. 19 et 20.

Sous-section 1. Les aspects positifs

Nous pouvons tout d'abord mettre en avant l'effectivité de cette directive. Son objectif était de faciliter les fusions transfrontalières de sociétés à responsabilité limitée en Europe de manière à accroître les opportunités offertes par le marché unique. C'est un objectif qui est globalement atteint. En effet, les fusions transfrontalières ont considérablement augmenté en Europe, passant de 132 en 2008 à 500 en 2017¹⁸⁶.

Beaucoup de considérations positives ont été émises par les praticiens lors des différentes consultations publiques. La nouvelle procédure instituée pour réaliser cette opération transfrontalière réduit la complexité, le coût mais aussi le délai qui était nécessaire auparavant pour réaliser une fusion transfrontalière¹⁸⁷. Les coûts sont en effet réduits de deux manières. D'une part directement grâce à la procédure, ce qui permet d'éviter des conseils juridiques coûteux et allège les charges administratives à effectuer. D'autre part de manière indirecte via les gains qui peuvent être générés par l'augmentation de l'activité transfrontalière. L'économie se remarque également pas le fait que le transfert de la société dissout automatiquement l'ancienne et cela permet d'éviter une liquidation complète¹⁸⁸. Ces règles apportent également plus de sécurité juridique et de prévisibilité qui sont deux facteurs importants pour les sociétés¹⁸⁹. Par ailleurs, la directive contient également une règle de conflit de loi en son article 14 qui prévoit qu'une société, effectuant une fusion transfrontalière, se voit appliquer le droit et donc les formalités du droit national dont elle est rattachée¹⁹⁰. Elle a également permis de faciliter indirectement le transfert transfrontalier de siège. Comme souligné plus haut, les sociétés peuvent créer une nouvelle société dans l'État membre où elles veulent s'établir et ensuite procéder à une fusion transfrontalière entre les deux entités.

¹⁸⁶S. REYNOLDS, A. SCHERRER et E. TRULI, « Ex-post analysis of the UE framework in the area of cross-border mergers and divisions », *op. cit.*, p25.

¹⁸⁷Commission staff working document, *op. cit.*, p. 19 et 20.

¹⁸⁸S. REYNOLDS, A. SCHERRER et E. TRULI, *op. cit.*, p. 30.

¹⁸⁹Commission staff working document, *op. cit.*, p. 20.

¹⁹⁰S. REYNOLDS, A. SCHERRER et E. TRULI, *op. cit.*, p. 27.

Sous-section 2 : Des lacunes à corriger

A côté de ces points positifs, les praticiens et académiciens consultés à ce propos ont aussi émis des réserves vis-à-vis de cette directive. Il persiste en effet trois obstacles majeurs¹⁹¹. Le champ d'application de la directive n'est pas assez large, une meilleure protection des créanciers, actionnaires et travailleurs serait nécessaire et il subsiste encore des obstacles procéduraux et pratiques pour une correcte application des fusions transfrontalières.

Premièrement, le champ d'application de la directive n'est donc pas assez large. Trois critiques à cet égard. Tout d'abord, concernant l'article premier de la directive qui stipule que « la présente directive s'applique aux fusions de sociétés de capitaux constituées en conformité avec la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté et si deux d'entre elles au moins relèvent de la législation d'États membres différents »¹⁹². Il prévoit donc que seules les sociétés de capitaux sont visées, ce qui exclut donc les partenariats, les coopératives et les fondations. Or, selon la CJUE, appuyée par de nombreux auteurs, ces entités jouissent elles aussi de la liberté de fusionner, inhérente à la liberté d'établissement tel que prévue par l'article 49 du TFUE¹⁹³. Dans son arrêt *Sevic*, cité dans le chapitre précédent, la CJUE affirme en effet que « les opérations de fusions transfrontalières, à l'instar des autres opérations de transformation de sociétés, répondent aux nécessités de coopération et de regroupement entre sociétés établies dans des États membres différents. Elles constituent des modalités particulières d'exercice de la liberté d'établissement, importantes pour le bon fonctionnement du marché intérieur, et relèvent donc des activités économiques pour lesquelles les États membres sont tenus au respect de la liberté d'établissement »¹⁹⁴. Ce champ d'application restreint rend donc illusoire la liberté d'établissement pour ce type de sociétés. Ensuite, ce même article premier affirme que la directive s'applique uniquement aux sociétés de capitaux qui ont été formées en conformité avec la législation d'un État membre. Sont donc exclues, les sociétés qui ont été formées hors Union européenne mais qui ont transféré leur domicile dans l'Union. C'est un manque à gagner

¹⁹¹J. SCHMIDT, « Cross-border mergers and divisions, transfert of seat : is there a need to legislate ? », *study of the European Parliament*, 2016, p. 16.

¹⁹²Directive n°2005/56/CE du Parlement européen et du conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, précitée, article 1.

¹⁹³S. REYNOLDS, A. SCHERRER et E. TRULI, *op. cit.*, p. 35 et 36.

¹⁹⁴C.J.U.E., (Gr. Ch.), 13 décembre 2005, (*Sevic System AG*), point 19.

considérable pour le marché interne. Il serait désirable, de manière générale, d'étendre ce champ d'application à toutes entités tombant sous le vocable de l'article 54 TFUE¹⁹⁵. Troisièmement, l'article 4 stipule que les fusions transfrontalières sont uniquement possibles entre sociétés qui peuvent fusionner sous le droit national dont elles relèvent. Les États membres avaient donc de fait la possibilité d'interdire la fusion à certains types de sociétés. Enfin, soulignons que le terme de fusion peut être interprété différemment en fonction des États membres. Ainsi, en Allemagne, une fusion est entendue comme étant la dissolution d'une société préexistante, sans liquidation, combinée à une succession universelle de la nouvelle société en ce qui concerne l'actif et le passif de la société préexistante, y compris les actionnaires des sociétés qui fusionnent qui bénéficieront donc de parts de la société issue de la fusion. Par contre, en Italie, une fusion est une réorganisation d'entités préexistantes qui continuent leur existence sous une nouvelle forme. Il n'y a donc pas, en Italie, de transfert d'une succession d'une société à une autre avec les conséquences fiscales que cela implique¹⁹⁶.

Deuxièmement, il y a un manque de protection des parties intéressées à la procédure à savoir les créanciers, les actionnaires et les travailleurs qui est pointé du doigt. Concernant les créanciers, l'article 4 de la directive stipule que « une société participant à une fusion transfrontalière se conforme aux dispositions et aux formalités de la législation nationale dont elle relève »¹⁹⁷. L'interprétation de cet article par les différents États membres a varié. Certains ont considéré qu'ils devaient prendre des mesures spéciales pour protéger les créanciers alors que d'autres estimaient qu'il suffisait d'appliquer les règles en la matière sur les fusions nationales de sociétés¹⁹⁸. La CJUE est alors intervenue pour trancher cette question, en adoptant la deuxième option. Il faut donc étendre les règles de protection des créanciers lors d'une fusion nationale aux fusions transfrontalières¹⁹⁹. Ces règles sont actuellement contenues aux articles

¹⁹⁵T. PAPADOPOULOS, « Reviewing the implementation of the cross-border mergers directive », *Cross-border mergers. UE perspectives and natural expérience*, T. PAPADOPOULOS (dir.), Chypre, *Studies in European Economic law and regulation*, vol. 17, juin 2018, p. 7.

¹⁹⁶*Ibid*, p. 60 et 61.

¹⁹⁷Directive n°2005/56/CE du Parlement européen et du conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, précitée, article 4.

¹⁹⁸J. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 20.

¹⁹⁹C.J.U.E. (3^e. Ch.), 7 avril 2016, (*KA Finanz AG*), C-483/14, EU:C:2016:205, point 66.

13 et 14 de la directive sur les fusions nationales²⁰⁰. Cependant, ces dispositions laissent une marge de manœuvre aux États membres, avec la conséquence qu'il n'y a pas de règles harmonisées au sein de l'Union européenne en la matière. Les États membres ont donc adopté des règles différentes en la matière ce qui rend certaines étapes de la procédure difficiles, et ce pour deux raisons. D'une part, due au moment où ces protections interviennent et d'autre part quant aux protections elles-mêmes²⁰¹. La période pendant laquelle les créanciers peuvent exercer leur droit est, en effet, cruciale. Soit, ils peuvent le faire avant la fusion, avec la conséquence qu'ils exercent leur droit contre la société qui s'apprête à fusionner, soit ils exercent leur droit postérieurement à la fusion mais dans ce cas, ce sera contre la nouvelle société issue de la fusion qui se trouvera peut-être dans un autre État membre²⁰². Lors de la consultation publique de 2015, 80% des répondants étaient favorables à une harmonisation de ces règles avec une préférence pour que ces garanties arrivent avant la fusion transfrontalière²⁰³. Une solution avancée serait de donner un droit de veto au créancier pour bloquer la procédure de fusion. Cette solution a seulement été soutenue par 12% des répondants lors de la consultation publique de 2014. Pour cause, cette solution semble excessive car les créanciers ne sont pas propriétaires de l'entreprise, ils jouissent uniquement d'un intérêt financier²⁰⁴. Leur permettre d'avoir des garanties adéquates semble donc plus approprié. Concernant les actionnaires minoritaires, la directive encourage les États membres à instaurer un droit de sortie pour ceux qui ont voté contre le projet lors de l'assemblée générale. Cet article 4 a pour conséquence qu'un large éventail de degré de protection a vu le jour, allant de l'absence de protection comme c'est le cas au Royaume-Uni à une protection bien élaborée comme c'est le cas en Allemagne²⁰⁵. Une harmonisation des protections est donc également demandée. Il est en effet important de protéger ces actionnaires et ce pour plusieurs raisons²⁰⁶. Premièrement, ils peuvent se retrouver actionnaires minoritaires d'une société qu'ils ne désirent pas. Dans ce cas, il serait intéressant qu'un droit de sortie avec compensation leur soit octroyé.

²⁰⁰Directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 point g) du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes, JO L295, 20 octobre 1978, article 13 et 14.

²⁰¹S. REYNOLDS, A. SCHERRER et E. TRULI, *op. cit.*, p. 38 et 39.

²⁰²J. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 21.

²⁰³J. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 17 et 18.

²⁰⁴*Ibid*, p. 18.

²⁰⁵J. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 19.

²⁰⁶S. REYNOLDS, A. SCHERRER et E. TRULI, *op. cit.*, p. 42 et 43.

Deuxièmement, le taux de change des actions peut ne pas être déterminé adéquatement car les règles d'évaluation varient. Il serait, dans ce cas, intéressant de leur donner un droit à des compensations supplémentaires si le taux de change est insuffisant. Concernant la participation des travailleurs, nous avons vu que le principe se trouve à l'article 6 de la directive, qui veut que ce soit les règles présentes dans le droit de l'État membre où la société est enregistrée qui s'appliquent. Il y a tout d'abord un problème de forum shopping²⁰⁷. Certaines sociétés pourront effectivement choisir de faire une fusion transfrontalière pour tomber sous l'application d'une loi nationale relative à la protection des travailleurs qui est défavorable pour ces derniers. Aussi, lors des consultations publiques, les sociétés ont affirmé que les règles contenues dans la directive en la matière sont trop complexes et génèrent des coûts et des délais inutiles. À l'inverse, les syndicats considèrent que les travailleurs ne sont pas assez protégés dans cette procédure et ils pointent en outre du doigt un manque d'information à l'égard de ceux-ci.

Troisièmement, il subsiste plusieurs obstacles procéduraux. Tout d'abord, une procédure accélérée devrait être prévue. D'une part, il devrait y avoir dans certains cas une dérogation à l'exigence d'un rapport²⁰⁸. C'est en effet une exigence longue et coûteuse pouvant être évitée à certaines conditions limitativement prévues. Par exemple, dans le cas où les actionnaires des deux sociétés y consentent ou s'il n'y a pas de travailleurs dans la société. D'autre part, une procédure plus rapide pourrait également être utile dans le cas d'une réorganisation de groupe dans laquelle les sociétés sont entièrement détenues par les mêmes actionnaires et s'il n'y a pas de créanciers²⁰⁹. Ensuite, se pose également un problème relatif à la communication entre les autorités. Le mode de communication et le langage diffèrent entre États membres. Il y a donc une communication non standardisée, ce qui augmente le temps et le coût de ces opérations²¹⁰. Par ailleurs, les règles comptables et les règles de valorisation divergent elles aussi²¹¹. Ces règles d'évaluation sont pourtant importantes dans la mesure où elles permettent d'évaluer la valeur de la cession mais également le *ratio* de la fusion, et cela ne peut fonctionner que si les sociétés qui fusionnent sont valorisées selon les mêmes normes. Enfin, un manque de précision sur les autorités nationales compétentes pour délivrer le certificat préalable à la fusion est à

²⁰⁷S. REYNOLDS, A. SCHERRER et E. TRULI, *op. cit.*, p. 44 et 45.

²⁰⁸J. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 22.

²⁰⁹S. REYNOLDS, A. SCHERRER et E. TRULI, *op. cit.*, p. 48.

²¹⁰*Ibid*, p. 46.

²¹¹J. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 22.

déplorer. D'une part, ces autorités sont différentes d'un pays à l'autre. Certains estiment que c'est le notaire qui est le plus propice à effectuer cette formalité. Il peut, en effet, le faire plus rapidement et à moindre coût qu'une juridiction²¹². D'autre part, plusieurs sortes de certificats peuvent exister dans les États membres, une plus grande harmonisation serait également souhaitable sur ce point²¹³. Dernièrement, certains acteurs ont émis des doutes quant aux effets qu'ont les fusions transfrontalières. Certaines législations en la matière ne sont pas claires quant au fait de savoir si la fusion lie ou non les parties tierces à l'opération²¹⁴.

Pour conclure, il faut souligner que cette directive a eu un effet très positif auprès des sociétés. Une intervention en la matière avait été demandée par les sociétés pour réduire le coût de ces opérations, avoir plus de sécurité juridique et ainsi accroître la mobilité des sociétés en Europe, c'est chose faite. Cependant nous avons vu que trois obstacles subsistaient toujours. Le législateur européen devrait donc prendre en compte les considérations suivantes : un champ d'application plus large, une protection *ex-post* pour les créanciers, un droit de sortie pour les actionnaires contre compensation et aussi une compensation additionnelle lorsque le taux de change est inadéquat, des procédures raccourcies avec moins d'exigences et également une harmonisation de la communication entre les différentes autorités nationales compétentes²¹⁵.

Section 3. Les modifications proposées par la Commission

La commission européenne met en avant deux grands objectifs qu'elle entend mettre en œuvre à travers cette proposition. Le premier est de rendre la liberté d'établissement effective²¹⁶. Celle-ci joue un rôle capital pour le développement du marché unique car elle permet aux entreprises d'étendre le champ de leurs activités économiques dans d'autres États membres et ce sur une base stable. Cependant, cette liberté reste difficile à exercer en pratique car le droit des sociétés n'est pas adapté à la mobilité transfrontalière des entreprises. Elle agit donc sur la base de l'article 50 f du TUE qui permet de supprimer progressivement les restrictions à la

²¹²T. PAPADOPOULOS, *op. cit.*, p. 16.

²¹³*Ibid.*

²¹⁴*Ibid.*, p. 18.

²¹⁵S. REYNOLDS, A. SCHERRER et E. TRULI, *op. cit.*, p. 54 et sv.

²¹⁶Proposition 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) 241final, p. 1 et 2.

liberté d'établissement²¹⁷. Ces procédures doivent accompagner les sociétés dans leur cycle de vie. La commission en fait un de ses objectifs majeurs depuis sa prise de fonction en 2014, 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 investissements²¹⁸.

Le deuxième objectif de la Commission est de garantir une protection adéquate pour les parties prenantes lors de ce type d'opérations²¹⁹. L'article 50 f du TUE prévoit la prise de mesures de coordination concernant la protection des intérêts des associés et des autres parties prenantes²²⁰. 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 »²²¹.

Soulignons également que la Commission entend limiter le champ d'application des procédures de transformation et scissions transfrontalières uniquement aux sociétés de capitaux. Elle reprend donc la règle qui est déjà d'application dans la directive sur les fusions transfrontalières. Elle justifie cette condition par le fait qu'il y a un usage très limité des règles relatives aux fusions transfrontalières par des entités juridiques autres que les sociétés de capitaux²²².

L'instance européenne a également manifesté sa volonté d'éviter que les entreprises ne se servent de ces procédures pour effectuer des transformations artificielles. Ainsi, elle ordonne aux États membres de veiller à ce que l'autorité compétente de l'État de départ n'autorise pas l'opération transfrontalière si celle-ci « constitue 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 associées minoritaires »²²³.

²¹⁷Article 50 du TUE.

²¹⁸Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, intitulée « Améliorer le marché unique : de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises », *COM(2015) 550 final*.

²¹⁹Proposition de la Commission du 25 avril 2018, précitée, p. 2.

²²⁰Article 50 TUE.

²²¹Proposition de la Commission du 25 avril 2018, précitée, p. 1.

²²²*Ibid*, p. 20.

²²³Proposition de la Commission du 25 avril 2018, *op. cit.*, pp. 51 et 76.

Sous-section 1. Les transformations et scissions transfrontalières

Les procédures proposées par la Commission relatives aux transformations et scissions transfrontalières sont identiques à quelques exceptions près. L'objet des paragraphes ci-dessous sera d'analyser successivement les différentes étapes de ces procédures.

Commençons par souligner que certaines sociétés ne sont pas autorisées à effectuer ces opérations transfrontalières²²⁴. C'est le cas, par exemple, des sociétés pour lesquelles une procédure de dissolution, de liquidation ou d'insolvabilité a été engagée. Les sociétés faisant l'objet d'une procédure de restructuration préventive engagée en raison de la probabilité d'insolvabilité n'y sont pas autorisées non plus, de même que les sociétés dont la suspension de paiement est en cours.

La première étape de ces procédures consiste en la rédaction d'un projet de transformation ou scission transfrontalière par l'organe de direction ou d'administration²²⁵. Un certain nombre de précisions doivent être reprises dans ce rapport. La forme juridique, le siège et le nom de la société dans l'État membre de départ doivent notamment y figurer. Ces mêmes éléments relatifs aux sociétés issues de l'opération doivent également être repris. Le calendrier proposé pour réaliser l'opération doit également y figurer, de même que les droits et garanties accordées aux actionnaires et créanciers. Les effets probables de l'opération doivent aussi y être détaillés.

Ensuite, l'organe de direction ou d'administration de la société procédant à l'opération transfrontalière établit un rapport qui sera mis à disposition des actionnaires de la société²²⁶. Ce rapport explique 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, les conséquences qu'aura cette opération sur les associés et les droits et recours dont disposent ceux-ci pour contester cette opération. Lorsqu'il s'agit d'une scission transfrontalière, le rapport doit contenir en outre une explication sur la *ratio* d'échange des actions et une description des difficultés particulières relatives à cette évaluation²²⁷. Cependant, ce rapport ne sera pas exigé si tous les actionnaires des sociétés

²²⁴*Ibid*, pp. 51 et 76.

²²⁵*Ibid*, pp. 51 et 76.

²²⁶*Ibid*, p. 52 et 78.

²²⁷*Ibid*, p. 79.

procédant à la transformation ou scission transfrontalière y renoncent. Ce rapport sera également mis à disposition des travailleurs.

Dans le même temps, l'organe de direction ou d'administration établit un rapport destiné aux travailleurs visant à leur expliquer les conséquences qu'aura l'opération transfrontalière et il reprend également les conséquences sur les activités futures de l'entreprise et sur la relation de travail²²⁸. Il mentionne, en outre, les changements importants relatifs aux conditions d'emploi et au lieu d'implantation des sociétés. Ce rapport est donc adressé aux représentants du personnel ou, s'il n'y en a pas, aux travailleurs eux-mêmes, qui pourront remettre un avis le concernant. Il est également possible d'éviter cette exigence du rapport si la société procédant à l'opération transfrontalière n'emploie pas de travailleurs autres que ceux qui font partie de l'organe de direction ou d'administration.

Par après, un rapport d'un expert indépendant devra être réalisé²²⁹. Cet expert sera désigné par l'autorité nationale compétente. Il vérifiera l'exactitude des rapports et des informations soumises par la ou les sociétés procédant à l'opération transfrontalière. Le rapport contient également une description de tous les éléments factuels nécessaires pour que l'autorité compétente puisse vérifier si l'opération envisagée ne constitue pas un montage artificiel. En outre, lorsqu'il s'agit d'une scission transfrontalière, le rapport de l'expert indique également la méthode utilisée pour déterminer le *ratio* d'échange des actions et une déclaration attestant que cette méthode est adéquate²³⁰. Pour mener à bien l'établissement de son rapport, l'expert est autorisé à obtenir de la ou des sociétés procédant à l'opération tous les renseignements et documents pertinents et à effectuer toutes les enquêtes nécessaires. Cette exigence de rapport par un expert indépendant n'est pas requise pour les micros et petites entreprises. Selon la définition de la Commission, les petites entreprises sont celles qui occupent moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 10 millions d'euros, tandis que les micros entreprises sont celles qui occupent moins de 10 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 2 millions d'euros²³¹.

²²⁸*Ibid*, p. 53 et 79.

²²⁹*Ibid*, p. 53 et 80.

²³⁰*Ibid*, p. 80.

²³¹Recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, *JO L 124*, 20 mai 2003, p. 4.

Les États membres de départ devront ensuite procéder à une publication de l'opération transfrontalière dans leur registre²³². Cette publication contient trois documents, à savoir le projet de transformation ou scission transfrontalière, le rapport de l'expert indépendant et les avis informant les créanciers actionnaires et travailleurs de la société. Il sera toutefois possible pour les États membres de dispenser les sociétés de cette formalité si elles mettent gratuitement à la disposition du public les différents documents cités ci-avant, et ce pendant 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.

Ensuite, l'assemblée générale va se prononcer sur le projet de transformation ou scission transfrontalière²³³. Elle l'approuvera ou non et en informera l'autorité compétente. S'il devait y avoir une modification du projet, celle-ci ne pourrait être approuvée que par au moins une majorité qui ne peut être inférieure aux deux tiers mais n'excédant pas 90% des voix afférentes, soit aux titres représentés, soit au capital souscrit représenté.

Concernant la protection des actionnaires, l'étude identifie deux options possibles. La première consiste à introduire des règles harmonisées dans l'ensemble du marché unique et la deuxième est semblable mais permet en plus aux États membres de prévoir des garanties supplémentaires²³⁴. Cette deuxième option est privilégiée car elle offrirait un équilibre entre la réduction des coûts, un niveau élevé de protection et la flexibilité pour les États membres²³⁵. Les actionnaires détenant des actions avec droit de vote qui n'ont pas voté pour l'approbation du projet, et les actionnaires détenant des actions sans droit de vote, vont avoir la possibilité de disposer de leurs participations en contrepartie d'une soulte en espèce qui doit être adéquate²³⁶. L'offre de cette soulte est faite dans le projet tel qu'étudié plus haut, et les États membres vérifient l'adéquation de cette soulte. Cette dernière leur sera versée une fois que l'opération transfrontalière aura pris effet. Dans le cas d'une scission transfrontalière, il sera également possible aux associés de la société scindée qui ne se sont pas opposés à l'opération, mais qui

²³²Proposition de la Commission du 25 avril 2018, précitée, p. 55 et 81.

²³³*Ibid*, p. 56 et 82.

²³⁴Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 101 et sv et 107 et sv.

²³⁵Proposition de la Commission du 25 avril 2018, précitée, p. 21.

²³⁶*Ibid*, p. 56 et 83.

considèrent que le *ratio* d'échange des actions est insuffisant, de contester celle-ci devant un tribunal national²³⁷.

Les créanciers bénéficient, eux aussi, de plusieurs mécanismes de protection. Le premier d'entre eux est facultatif. Les États membres peuvent, en effet, exiger que l'organe de direction ou d'administration de la ou des sociétés effectuant l'opération transfrontalière fournisse une déclaration reflétant fidèlement la situation financière de la société²³⁸. Cette déclaration attestera que l'organe de direction ou d'administration n'a connaissance d'aucune raison pour laquelle la ou les sociétés issues de l'opération ne seraient pas en mesure de s'acquitter de leurs engagements à l'échéance. Les créanciers ont également la faculté de demander 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 ou scission transfrontalière²³⁹.

Au niveau de la participation des travailleurs, la société issue de la transformation transfrontalière et les sociétés issues de la scission transfrontalière sont soumises aux règles éventuelles relatives à la participation des travailleurs qui sont en vigueur dans l'État membre où leur siège statutaire est établi²⁴⁰. Une exception existe cependant, il s'agit de celle étudiée dans le chapitre précédent et relative aux fusions transfrontalières²⁴¹. Quant à leur information, nous avons vu ci-dessus que les travailleurs avaient accès au rapport expliquant l'impact qu'aura l'opération transfrontalière sur les activités futures de la société. Soulignons également qu'il sera impossible pour une société ayant effectué une transformation ou une scission transfrontalière, de réaliser dans les 3 ans de cette opération, une transformation, scission ou fusion nationale qui bafouerait les droits de participation des travailleurs. La Commission opte donc pour la deuxième option qui lui était exposée dans l'étude d'impact, à savoir celle qui apporte une réponse législative visant à introduire toute une série de mesures pour pallier aux risques que peuvent encourir les travailleurs lors de ce type d'opération²⁴². Bien que ces rapports, mis à disposition des travailleurs, peuvent engendrer plus de coûts pour les entreprises,

²³⁷*Ibid*, p. 84.

²³⁸*Ibid*, p. 57 et 83.

²³⁹*Ibid*.

²⁴⁰*Ibid*, p. 58 et 85.

²⁴¹Voy. *supra*, p. 29.

²⁴²Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 120 et 126.

cette démarche sera compensée par la protection accrue des travailleurs et par les avantages sociétaux qui en découlent²⁴³.

Par après, l'autorité compétente désignée par les États membres vérifiera la légalité de l'opération en fonction du droit de l'État membre de départ et délivrera, si les formalités sont respectées, un certificat préalable à la transformation ou à la scission transfrontalière²⁴⁴. Ce contrôle par l'autorité compétente doit se faire dans le mois à compter de la date de réception des informations concernant l'approbation de la transformation par l'assemblée générale. Si l'autorité ne délivre pas le certificat, elle en informe la société et lui expose les motifs de son refus. Cette autorité peut également, si elle a des doutes quant à la réalité de l'opération en question, procéder à une appréciation approfondie afin de vérifier si cette opération ne constitue pas un montage artificiel. Pour ce faire, elle prendra en compte les caractéristiques de l'établissement dans l'État membre de destination, le chiffre d'affaire net et le résultat, 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 et les risques commerciaux assumés par la société transformée ou les sociétés scindées dans l'État membre de destination et dans l'État membre de départ. Elle décidera, sur base de tous ces éléments, de délivrer le certificat préalable ou non, et ce dans un délai de deux mois à compter du début de cette appréciation approfondie. Enfin, si l'autorité compétente qui délivre le certificat n'est pas un tribunal, la décision définitive devra faire l'objet d'un contrôle juridictionnel.

Par la suite, ce sera au tour de l'autorité compétente de l'État membre de destination de vérifier la légalité de l'opération transfrontalière pour la partie de la procédure régie par le droit de cet État d'accueil.

La proposition de la Commission explique aussi les effets de ces opérations transfrontalières. Il y a quatre principaux effets²⁴⁵. Le premier est que l'ensemble du patrimoine actif et passif, les contrats, les crédits, les droits ainsi que les obligations, tel que détaillé dans le projet, de la société procédant à l'opération sont transférés et continuent de s'appliquer aux sociétés résultant de l'opération transfrontalière. Le deuxième est le fait que les associés de la société ayant

²⁴³Proposition de la Commission du 25 avril 2018, précitée, p. 22.

²⁴⁴*Ibid*, p. 60 et 87.

²⁴⁵*Ibid*, p. 64 et 91.

procédé à la transformation ou à la scission deviennent associés de la société transformée ou de la société bénéficiaire dans le cas d'une scission. Le troisième veut que les droits et obligations découlant des contrats de travail ou des relations de travail soient transférés aux sociétés issues de l'opération à la date de prise d'effet de cette opération. Quatrièmement, le lieu du siège social de la société transformée ou scindée dans l'État membre de départ peut être invoqué jusqu'à ce que la société procédant à l'opération ait été rayée du registre dans l'État membre de départ. La Commission précise par ailleurs que toute activité de la ou des sociétés issue de l'opération effectuée après la date d'immatriculation dans l'État membre de destination et avant que la société procédant à l'opération ait été radiée du registre dans l'État membre de départ est considérée comme une activité de la société transformée.

Enfin, l'immatriculation des sociétés à la suite de l'opération transfrontalière se fera conformément à la législation des États membres de départ et de destination en ce qui concerne le territoire de ces États²⁴⁶.

Sous-section 2. Les fusions transfrontalières

La Commission entend étendre les exclusions vues plus haut, dans le cas de fusions transfrontalières. Ainsi, les sociétés faisant l'objet d'une procédure de mise en liquidation, ou de dissolution ne pourront effectuer une telle opération transfrontalière. Il en va de même pour les sociétés faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité²⁴⁷.

Nous avons vu qu'un des obstacles pointés du doigt concernant les fusions transfrontalières était le manque de protection des parties prenantes. La Commission propose, pour remédier à ce problème, des protections et garanties qui sont semblables que celles étudiées plus haut pour les transformations et scissions transfrontalières.

Les actionnaires qui ont voté contre le projet de fusion et ceux qui n'ont pas de droit de vote se verront offrir une proposition de soulte en espèce dans le projet de fusion²⁴⁸. Ils pourront alors exercer leur droit de sortie en échange de cette soulte. Cette dernière doit être adéquate, il revient à l'expert indépendant d'en attester. Par ailleurs, un rapport de l'organe de direction ou d'administration leur expliquera les implications qu'aura la fusion pour les activités futures de

²⁴⁶*Ibid*, p. 63 et 90.

²⁴⁷*Ibid*, p. 20.

²⁴⁸*Ibid*, p. 70.

l'entreprise ainsi que pour la stratégie future de la société²⁴⁹. Ce rapport veillera également à mentionner une explication relative au rapport d'échanges des parts et à décrire toutes les éventuelles difficultés d'estimation.

Les travailleurs bénéficient, eux aussi, de différentes garanties au cours de l'opération²⁵⁰. Tout d'abord, le rapport cité plus haut leur sera également transmis. De plus, les sociétés qui fusionnent doivent fournir à leurs travailleurs un rapport expliquant les aspects de la fusion transfrontalière importants pour eux. Les représentants des travailleurs, ou à défaut les travailleurs eux-mêmes, pourront exprimer leur avis à l'égard de ce rapport. Enfin, il sera impossible pour une société ayant effectué une fusion transfrontalière de faire, dans les 3 ans de cette opération transfrontalière, une fusion, scission ou transformation nationale qui bafouerait les droits de participation des travailleurs.

Les créanciers bénéficient, eux aussi, de protections semblables à celles vues dans la sous-section précédente²⁵¹. D'une part, les États peuvent exiger que les sociétés qui fusionnent fassent une déclaration qui reflète fidèlement la situation financière de la société. D'autre part, les créanciers insatisfaits des protections qui leurs sont proposées dans le projet de fusion peuvent demander des garanties adéquates supplémentaires auprès de l'autorité administrative ou judiciaire compétente.

La Commission propose également de permettre des procédures simplifiées lorsqu'il s'agit d'une fusion transfrontalière de sociétés dont une seule personne détient toutes les parts²⁵².

Section 4. La proposition de la Commission répond-elle aux attentes des acteurs du droit des sociétés ?

Nous passons en revue dans cette section les remarques, positives et négatives, que certains acteurs et institutions ont émises à l'égard de cette proposition. Pour ce faire, nous avons repris le rapport de différentes organisations parmi lesquelles : le Comité économique et social

²⁴⁹*Ibid*, p. 68.

²⁵⁰*Ibid*, p. 69.

²⁵¹*Ibid*, p. 71 et 72.

²⁵²*Ibid*, p. 30.

européen²⁵³, European company law experts²⁵⁴, le Conseil des barreaux européens²⁵⁵, BusinessEurope²⁵⁶ et la Confédération européenne des syndicats²⁵⁷. Nous avons également repris l'analyse de professeurs faite à l'occasion d'une conférence à ce sujet.

Tout d'abord, attardons-nous quelques instants sur le champ d'application de la directive. Le groupe d'experts du droit européen des sociétés se félicite de ce champ d'application qui est relativement large en ce qu'il inclut les trois sortes d'opérations transfrontalières²⁵⁸. Cependant, il pourrait l'être davantage en y incluant également les fusions triangulaires et les scissions par acquisition²⁵⁹. Une fusion triangulaire consiste en la fusion d'une société cible et d'une filiale du groupe acquéreur avec la rémunération des actionnaires de la société cible au moyen de titres de la société mère du groupe²⁶⁰. Il convient par ailleurs de distinguer les fusions triangulaires simples, dans lesquelles la société cible est absorbée par la filiale, et les fusions triangulaires inversées, dans lesquelles la société cible absorbe la filiale²⁶¹. Les scissions par acquisition sont celles dans lesquelles les sociétés bénéficiaires sont des sociétés existantes²⁶². Or, nous avons vu que la directive ne couvre que les scissions par constitution de nouvelles sociétés. Ce type de scission présente un plus haut risque d'abus et donc une plus forte implication des autorités nationales, ce qui justifie le choix de la Commission²⁶³. Plusieurs acteurs appellent tout de

²⁵³LE CESE est un organe consultatif permettant aux organisations de la société civile des États membres d'exprimer leur avis au niveau européen.

²⁵⁴ECLE 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.

²⁵⁵Le CCBE est une association sans but lucratif représentant les barreaux de 31 pays d'Europe.

²⁵⁶BusinessEurope est une association patronale européenne et un lobby qui défend les intérêts des employeurs d'entreprises privées auprès de l'Union européenne.

²⁵⁷La CES représente 90 confédérations syndicales nationales et elle influence la politique menée par les institutions européennes avec l'objectif de représenter et de défendre les travailleurs.

²⁵⁸EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS, *The Commission 2018 proposal's on cross-border mobility – An assessment*, septembre 2018, p. 5.

²⁵⁹*Ibid.*

²⁶⁰P. DEROUIN, « Les fusions triangulaires de sociétés », *Bulletin Joly Sociétés* n°12, décembre 2008, p. 1029.

²⁶¹*Ibid.*

²⁶²BUSINESSEUROPE, *EU company law package – position paper*, 28 juin 2018, Bruxelles, disponible sur https://www.busesseurope.eu/sites/buseur/files/media/position_papers/legal/2018-06-28_eu_company_law_package.pdf, p. 12.

²⁶³EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS, *op. cit.*, p. 5.

même à un élargissement de ce champ d'application, comme le groupe d'expert du droit européen des sociétés, BusinessEurope, ou encore le Comité social et économique européen.

De manière générale, la mise en place de procédures rendant possible la mobilité transfrontalière des sociétés est positivement soulignée²⁶⁴. C'est particulièrement le cas pour micros et petites entreprises²⁶⁵. L'économie de coûts pour ce type d'entreprise est considérable. Le fait que leur spécificité soit prise en compte est également positif, notamment via l'exception qui leur est faite de demander un rapport de l'expert indépendant. Malgré cela, certaines charges sont toujours jugées comme inutiles et trop lourdes. Le Comité économique et social estime, par exemple, que la procédure dans l'État membre de destination doit être limitée à un contrôle *ex ante* de ses exigences liées à la correspondance d'une société transformée à son ordre juridique national²⁶⁶. L'association BusinessEurope met, quant à elle, le doigt sur la complexité de ces procédures et le temps nécessaire pour les réaliser, tant pour les sociétés désirant faire usage de leur liberté d'établissement que pour les autorités des différents États membres²⁶⁷.

Plusieurs problèmes relatifs au contrôle de l'opération par l'expert indépendant ont également été signalés. D'une part, un problème lié à la confidentialité des informations communiquées à l'expert. La liste des données à fournir serait trop extensive et surtout inutile²⁶⁸. Par ailleurs, les pouvoirs dont dispose l'expert pour mener à bien son investigation ne sont pas clairement définis de même que le délai dont il dispose pour effectuer son rapport²⁶⁹. D'autre part, l'association BusinessEurope estime que ce rapport ne devrait être obligatoire que par défaut²⁷⁰.

²⁶⁴Avis du Comité économique et social européen sur 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 [COM(2018) 239 final – 2018/0113 (COD)] et sur une proposition de directive modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières [COM(2018) 241 final – 2018/0114 (COD)], J.O., C 62, 15 février 2019, p. 25, EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS, *op. cit.*, p. 3 et 4 ; BUSINESSEUROPE, *op. cit.*, p. 2 et 3.

²⁶⁵Avis du Comité économique et social européen, *op. cit.*, p. 25.

²⁶⁶*Ibid*, p. 30.

²⁶⁷BUSINESSEUROPE, *op. cit.*, p. 2 et 3.

²⁶⁸*Ibid*, p. 3 et 4.

²⁶⁹CONSEIL DES BARREAUX EUROPÉENS, *Commentaire du CCBE sur la proposition de directive modifiant la directive 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, les fusions et les scissions transfrontalières*, Bruxelles, 29 juin 2018, p. 2.

²⁷⁰BUSINESSEUROPE, *op. cit.*, p. 3 et 4.

Concernant les droits et l'information des travailleurs, plusieurs remarques ont été émises. Certains s'interrogent quant à la différence de délai imparti à l'organe de direction pour remettre le rapport aux travailleurs. Il est, en effet, de deux mois lorsqu'il s'agit d'une transformation ou d'une scission transfrontalière, mais seulement d'un mois lorsqu'il s'agit d'une fusion transfrontalière²⁷¹. Le Comité économique et social se félicite des droits relatifs à la participation des travailleurs qui sont actuellement en vigueur²⁷². 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 transnationale²⁷³. La Confédération insiste particulièrement sur la nécessité d'une représentation des travailleurs dans le conseil d'administration de l'entité ou des entités qui résulteront de l'opération transfrontalière. Elle critique également le délai dans lequel l'entreprise devra maintenir les droits de participation. La Commission propose un délai de trois ans, ce qui est trop court aux yeux de la Confédération qui opterait davantage pour un délai d'au moins dix ans²⁷⁴. L'association BusinessEurope fait, quant à elle, plusieurs remarques à ce sujet. Elle juge, tout d'abord, le rapport de l'organe de direction inutile et rappelle ensuite que des règles relatives à l'information des travailleurs existent déjà sur le plan européen²⁷⁵. Elle trouve également que le seuil déclenchant la participation des travailleurs est trop élevé et entrave par conséquent la capacité des entreprises d'effectuer des opérations transfrontalières²⁷⁶.

BusinessEurope regrette aussi un manque d'harmonisation des règles relatives à la protection des créanciers²⁷⁷. Plus particulièrement, ils déplorent le manque de distinction entre les créanciers dont la créance est due, qui devraient pouvoir en réclamer l'exécution immédiate, et

²⁷¹A. 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.

²⁷²Avis du Comité économique et social européen, *op. cit.*, p. 26.

²⁷³CONFÉDÉRATION EUROPÉENNE DES SYNDICATS, *Le nouveau paquet législatif 2018 sur le droit des sociétés : une occasion manquée pour plus de démocratie au travail*, adopté lors du comité exécutif du 25 et 26 juin 2018, Bruxelles, 2018, p. 3 et sv.

²⁷⁴*Ibid*, p. 4.

²⁷⁵BUSINESSEUROPE, *op. cit.*, p. 4.

²⁷⁶*Ibid*, p. 7 et 8.

²⁷⁷BUSINESSEUROPE, *op. cit.*, p. 5.

ceux dont elle n'est pas due, qui devraient quant à eux alors pouvoir obtenir des garanties adéquates.

Différentes critiques ont également été émises à propos des protections données aux actionnaires. Certains sont sceptiques quant au droit de sortie dont ils bénéficient. Premièrement, ce droit modifie la situation de la société²⁷⁸. Deuxièmement, il peut être difficile pour la société de déterminer au préalable le nombre d'actionnaires qui vont faire usage de ce droit et cela pourrait entraîner des problèmes de liquidité²⁷⁹. Troisièmement, les contours de ce droit ne sont pas assez définis. Certaines zones d'ombres subsistent. Par exemple, on ignore si les actionnaires qui se sont abstenus lors du vote bénéficient de ce droit ou non. D'autres pensent que le droit de contester le *ratio* d'échange devrait également être reconnu aux actionnaires ayant voté contre le projet²⁸⁰. Certains proposent également d'étendre la responsabilité des membres de l'organe d'administration auprès des actionnaires, comme il en est déjà question pour les fusions transfrontalières²⁸¹.

Une remarque en lien avec les effets de ces opérations a également été émise. Le Conseil des barreaux européens trouve en effet que les articles en la matière manquent de précisions. Par exemple concernant les transformations transfrontalières. Est-ce que la société transformée est la même que la société procédant à la transformation ou existe-t-il deux entités juridiques différentes ?²⁸²

Enfin, les mesures pour lutter contre les opérations transfrontalières constituant un montage artificiel restent au cœur des débats. Pour rappel, la Commission demande aux États membres de vérifier que l'opération effectuée par la société ne constitue pas un arrangement artificiel visant à obtenir des avantages fiscaux indus ou portant illégalement atteinte aux droits des travailleurs, créanciers et actionnaires²⁸³. Un contrôle *ex ante* de ce genre d'opérations n'est pas contraire au droit européen et plus particulièrement à la liberté d'établissement. Et pour cause, la jurisprudence de la CJUE rappelle que les États membres peuvent prendre des mesures pour

²⁷⁸*Ibid*, p. 4 et 5.

²⁷⁹*Ibid*.

²⁸⁰EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS, *op. cit.*, p. 12 et 13.

²⁸¹CONSEIL DES BARREAUX EUROPÉENS, *op. cit.*, p. 3.

²⁸²*Ibid*, p. 1 et 2.

²⁸³Voy. *supra*, p. 52.

sanctionner les arrangements artificiels mais également pour les prévenir et les éviter²⁸⁴. Cependant, certains auteurs s'interrogent sur l'efficacité de ce mécanisme de contrôle par les autorités de l'État de départ. Ils pointent du doigt la difficulté de déceler les opérations constituant un montage artificiel dès le stade de l'octroi du certificat préalable²⁸⁵. Avec la conséquence que, une fois le certificat délivré par l'autorité nationale compétente au sein de l'État de départ, l'État membre de destination n'aura plus la faculté d'apprécier l'existence ou non d'un montage artificiel. De plus, une fois que l'opération a été effectuée en conformité des règles prévues dans la directive, elle ne pourra être déclarée nulle et non avenue²⁸⁶. Les auteurs requièrent donc que ce certificat préalable à l'opération transfrontalière, délivré par l'autorité nationale compétente de l'État de départ, reste une preuve *primaefacie* que l'opération ne constitue pas un montage artificiel, la preuve contraire pouvant toujours être rapportée après la délivrance du certificat²⁸⁷. Pour beaucoup, cette notion « d'arrangement artificiel » manque de clarté et ses contours ne sont pas assez définis. Ce concept dépendra ainsi grandement des différentes législations fiscales des États membres qui, comme on l'a vu au chapitre 1, conservent une compétence presque exclusive en la matière. C'est pourquoi les autorités européennes pourraient faire usage de leur compétence de coordination en la matière pour guider les États membres sur ce que constitue un arrangement artificiel visant à obtenir un avantage fiscal indu²⁸⁸. A cet égard, l'article 6 de la directive 2016/1164 pourrait servir d'exemple²⁸⁹. Cette dernière établit des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur et considère « qu'un montage ou une série de montages est considéré comme non authentiques dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique »²⁹⁰. Le Comité économique et social européen, quant à lui, propose d'établir des critères ou des indicateurs qui définissent les pratiques

²⁸⁴A. 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. 3.

²⁸⁵*Ibid*, p. 5.

²⁸⁶Proposition de la Commission du 25 avril 2018, précitée, art. 86*duovicies* et 160*quatervivies*.

²⁸⁷A. GARCÍA, F. AMOR, S. MONELLS et G. SANTIAGO, *op. cit.*, p. 5.

²⁸⁸*Ibid*, p. 9.

²⁸⁹Directive 2016/1164, précitée, art. 6.

²⁹⁰*Ibid*.

frauduleuses ou les avantages fiscaux indus qui vont à l'encontre de la sécurité juridique, de la concurrence déloyale et de la protection sociale²⁹¹. Les professeurs proposent, quant à eux, trois possibilités pour éviter des futures controverses à ce sujet²⁹². La première verrait les États membres de départ définir ce concept pour octroyer le certificat préalable et cette définition retenue devrait être acceptée par l'État membre de destination. Deuxièmement, ils proposent d'augmenter les possibilités d'arbitrage sur les différends fiscaux telles que prévues par la directive 2017/1852, lorsqu'un différend oppose les États membres quant à l'interprétation du concept d'avantage fiscal indu. La troisième option met en avant une collaboration entre les États, en exigeant une certaine forme de consensualisme entre les États membres à propos de la délivrance du certificat. D'autres déplorent un manque de cohérence entre cette règle et d'autres réglementations européennes existantes, par exemple la directive pour lutter contre les pratiques d'évasions fiscales ayant une incidence sur le marché intérieur²⁹³. BusinessEurope propose, quant à elle, de rejeter un contrôle automatique de l'opération par les États membres. Ils considèrent, en effet, que cette exigence « rend les entreprises coupables jusqu'à preuve du contraire » et requiert dès lors qu'une analyse plus approfondie devrait uniquement être de mise dans certaines situations bien précises et non systématiquement²⁹⁴. À l'inverse, la Confédération européenne des syndicats estime que la proposition de la Commission ne s'est pas détachée de l'arrêt *Polbud*, lequel affirme qu'user de la liberté d'établissement dans le seul but de bénéficier d'une législation plus avantageuse n'est pas en soi constitutif d'abus²⁹⁵. Elle regrette que « la mobilité des capitaux semble être considérée comme supérieure aux droits sociaux fondamentaux »²⁹⁶. Elle pointe également du doigt la notion trop floue de montage artificiel que laisse une marge d'appréciation. Ils plaident également pour l'implication d'autres acteurs au cours de la procédure, comme les représentants des travailleurs, les autorités financières et le fond d'assurances sociales, dans la vérification de la légalité de l'opération²⁹⁷. Cette proposition est également soutenue par les professeurs qui estiment qu'associer ces

²⁹¹Avis du Comité économique et social européen, *op. cit.*, p. 26.

²⁹²A. GARCÍA, F. AMOR, S. MONELLS et G. SANTIAGO, *op. cit.*, p. 31.

²⁹³BUSINESSEUROPE, *op. cit.*, p. 2 et 3.

²⁹⁴*Ibid*, p. 3.

²⁹⁵CONFÉDÉRATION EUROPÉENNE DES SYNDICATS, *op. cit.*, p. 2.

²⁹⁶*Ibid*.

²⁹⁷*Ibid*.

personnes à la procédure augmenterait davantage la crédibilité du certificat préalable²⁹⁸. Enfin, certains proposent d'introduire dans cette directive, une clause générale contre l'abus du droit d'établissement²⁹⁹. Un exemple intéressant d'une telle clause se trouve à l'article 35 de la directive relatif au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres qui stipule que « les États membres peuvent adopter les mesures 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 »³⁰⁰. Une telle clause est, en effet, intéressante car elle permet de prendre des mesures appropriées dans des cas de fraudes avérées sans pour autant obliger les autorités compétentes à entreprendre une analyse systématique de l'opération³⁰¹.

Section 5. Adoption de la directive 2019/2121

En réaction à la proposition de la Commission, le Parlement européen a finalement adopté, le 27 novembre 2019, la directive 2019/2121 visant à modifier la directive 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions, et scissions transfrontalières³⁰². Cette directive reprend, sous réserve de quelques exceptions, les principes et procédures que la Commission avait proposés et que nous avons exposés plus haut. Nous nous attardons quelques instants sur les quelques modifications apportées.

Une modification du régime des exclusions des sociétés pouvant procéder à une opération transfrontalière est à noter. Souvenons-nous que la proposition excluait automatiquement les sociétés faisant l'objet d'une procédure de dissolution, de liquidation, d'insolvabilité, de

²⁹⁸A. GARCÍA, F. AMOR, S. MONELLS et G. SANTIAGO, *op. cit.*, p. 32.

²⁹⁹Avis du Comité économique et social européen, *op. cit.*, p. 26.

³⁰⁰Directive 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 familles 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, 90/365/CEE et 93/96/CEE, *J.O.U.E.*, L229/35, du 29 juin 2004.

³⁰¹A. 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 », *op. cit.*, p. 6.

³⁰²Directive (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 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *JO L321*, 12 décembre 2019.

restructuration préventive³⁰³. Désormais, ce sera toujours le cas des sociétés en liquidation ayant commencé à distribuer des actifs entre associés et des sociétés soumises à un mécanisme de résolution du titre IV de la directive 2014/59/UE. En revanche, pour les sociétés faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité, de restructuration préventive ou de liquidation autre que celle visée ci-dessus, les États membres auront uniquement la faculté de les exclure³⁰⁴.

Il sera toujours interdit aux sociétés ayant effectué une transformation ou une scission transfrontalière, de participer à une transformation, fusion et ou scission nationale qui bafouerait les droits de participation des travailleurs, mais désormais, cette interdiction sera de mise pendant les quatre années suivant l'opération transfrontalière³⁰⁵.

La directive précise également qu'un seul et même rapport peut être adressé aux actionnaires et travailleurs³⁰⁶. Dans ce cas, le rapport respectera les exigences requises, tant pour l'information des actionnaires que celle des travailleurs.

Plusieurs modifications sont également à noter concernant le rapport de l'expert indépendant. Premièrement, il devra être mis à disposition des associés un mois au moins avant la tenue de l'assemblée générale amenée à se prononcer sur l'opération transfrontalière³⁰⁷. Cela remplace donc le délai initialement prévu qui était de deux mois. Deuxièmement, ce rapport ne sera plus requis si tous les associés de la société faisant l'objet de l'opération transfrontalière le décident expressément³⁰⁸. Troisièmement, l'exception de dispense de ce rapport pour les micros et petites entreprises est supprimée.

Nous avons vu que la Commission proposait, pour les actionnaires ayant voté contre l'approbation du projet et pour les actionnaires sans droit de vote, de leur offrir la possibilité de

³⁰³Voy. *supra*, p. 53.

³⁰⁴Directive (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, précitée, art. 86*bis* §3 et 4 et 160*bis* § 4 et 5.

³⁰⁵Directive (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, précitée, art. 86*terdecies* §7 et 160*terdecies* §7.

³⁰⁶*Ibid*, art. 86*sexies*, 124 et 160*sexies*.

³⁰⁷*Ibid*, art. 86*septies* §1 et 160*septies* §1.

³⁰⁸*Ibid*, art. 86*septies* §3 et 160*septies* §3.

disposer de leurs participations en contrepartie d'une soulte adéquate³⁰⁹. Cette protection reste en vigueur, mais la directive va plus loin en permettant aux États membres d'étendre le champ d'application de ce mécanisme à d'autres actionnaires que ceux cités ci-dessus³¹⁰.

Ensuite, le mécanisme d'appréciation approfondie a été supprimé pour laisser place à un mécanisme optionnel de contrôle des abus³¹¹, et pour cause, l'arrêt *Polbud* est intervenu entre-temps³¹². Cette appréciation approfondie de l'autorité compétente pour délivrer le certificat préalable, était essentiellement fondée sur la vérification de la présence d'un établissement réel dans l'État de destination³¹³. Cette formalité, faisant penser à une présomption de fraude ou d'abus, allait à l'encontre de la dynamique donnée par la CJUE pour favoriser la mobilité transfrontalière des sociétés dans l'arrêt *Polbud*³¹⁴.

Par ailleurs, le contrôle juridictionnel du certificat préalable, qui devait avoir lieu à chaque fois que l'autorité compétente pour le délivrer n'était pas un tribunal, est supprimé.

Enfin, les États membres de destination décideront 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'opération³¹⁵. Dans la proposition de la Commission, l'opération transfrontalière prenait automatiquement effet à compter de la date d'immatriculation.

Terminons par souligner que la transposition de cette directive doit être faite par les États membres pour le 31 janvier 2023 au plus tard³¹⁶.

³⁰⁹Voy. *supra*, p. 55.

³¹⁰Directive (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, précitée, art. 86*decies* §1 al 2, 126*bis* §1 al 2 et 160*decies* §1 al 2.

³¹¹*Ibid*, art. 86*quaterdecies* §8, 127 §8 et 160*quaterdecies* §8.

³¹²Voy. *supra*, p. 14 et sv.

³¹³I. CORBISIER, « Les nouvelles dispositions européennes en matière de mobilité transfrontalière : légitimation du retour à une certaine forme de protectionnisme ? », *Revue Pratique des Sociétés*, décembre 2019, p. 809 et 810.

³¹⁴I. CORBISIER, « Les nouvelles dispositions européennes en matière de mobilité transfrontalière : légitimation du retour à une certaine forme de protectionnisme ? », *op. cit.*, p. 809 et 810.

³¹⁵Directive (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, précitée, art. 86*octodecies* et 160*octodecies*.

³¹⁶*Ibid*, art. 3.

Chapitre 3. Le nouveau cadre réglementaire belge

Le droit belge des sociétés a fait l'objet d'une profonde réforme qui a vu l'ancien Code des sociétés être remplacé par le nouveau Code des sociétés et des associations (CSA). Le CSA, introduit par la loi du 23 mars 2019 et entré en vigueur le 1^{er} mai 2019, contient trois lignes directrices³¹⁷. Premièrement, il promeut une simplification de grande envergure. Il réunit dans un seul et même texte le droit des sociétés et celui des associations, limite le nombre de dispositions pénales et limite également le nombre de formes de sociétés³¹⁸. Deuxièmement, il entend offrir une plus grande flexibilité aux entreprises en y insérant notamment plus de dispositions supplétives³¹⁹. Troisièmement, le CSA est désireux de s'adapter aux évolutions et nouvelles tendances européennes et notamment la mobilité des sociétés. Pour ce faire, nous verrons que le législateur belge a opté pour deux innovations majeures. D'une part, l'abandon de la théorie du siège réel au profit de la théorie du siège statutaire et d'autre part, la mise en place de procédures spécifiques pour faciliter la mobilité transfrontalière des sociétés³²⁰. Avant d'analyser ces nouveaux aspects du CSA, nous consacrerons quelques instants à examiner quelles étaient les possibilités offertes aux sociétés en terme de mobilité transfrontalière avant le CSA.

Section 1. Le droit belge avant le CSA

Sous-section 1. Application de la doctrine du siège réel

Depuis près de 150 ans, la Belgique applique le critère du siège réel comme lien de rattachement à la loi des sociétés³²¹. Deux articles concrétisaient cette approche avant le CSA. L'article 110 du Code de droit international privé (Codip) affirmait que « la personne morale est régie par le droit de l'État sur le territoire duquel son établissement principal est situé dès sa constitution »³²². Il était donc requis, pour qu'une transformation transfrontalière ait lieu, qu'il

³¹⁷P. DE WOLF et X. DIEUX, « Le nouveau Code des sociétés (et des associations) : *Capita Selecta* », *J. T.*, 25-26 – n°6779-6780, juillet 2019, p. 501 et 502.

³¹⁸Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n°54-3119/001, p. 8 à 12.

³¹⁹*Ibid*, p. 12.

³²⁰M. FALLON et E-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 379.

³²¹A. AUTENNE et J-M. JONET, « La réforme du droit international privé belge des sociétés à la lumière du droit européen », *Revue internationale du droit des affaires*, n°133, janvier 2020, p. 44.

³²²Code de droit international privé, art. 110.

y ait un déplacement de l'établissement principal d'un pays à un autre³²³. L'article 112 du Codip, quant à lui, garantissait aux sociétés déplaçant leur établissement principal la continuité de leur personnalité juridique³²⁴. De plus, l'*alinéa* deux de ce même article, en prévoyant que le droit de l'État d'accueil s'applique une fois que le transfert a valablement eu lieu, confirme l'idée selon laquelle il fallait appliquer successivement la *lex societatis* des deux États membres en présence³²⁵.

La réalisation de ces opérations transfrontalières était donc rendue difficile pour les praticiens qui devaient jongler avec les législations d'États membres différents de manière à permettre à la société de conserver sa personnalité juridique durant la transformation transfrontalière³²⁶. Il était conseillé, par exemple, de s'assurer que la radiation de la société dans l'État membre d'origine n'intervienne qu'après avoir eu la preuve que la personnalité juridique de la société continuerait bel et bien dans l'État membre d'accueil³²⁷.

Différents cas de figure de transformations transfrontalières pouvaient donc avoir lieu sous l'ancienne législation belge³²⁸. Premièrement, des émigrations de sociétés de droit belge avec changement de *lex societatis* étaient envisageables. Il pouvait s'agir d'un transfert de siège réel vers un État de siège réel ou d'incorporation. Cela couvrait également l'hypothèse du transfert du siège statutaire, sans transfert de siège réel, vers un État membre d'incorporation. Deuxièmement, l'immigration en Belgique d'une société étrangère avec changement de *lex societatis* était également envisageable, si la société étrangère transférait son siège réel vers la Belgique et ce, peu importe qu'elle le fasse depuis un État de siège réel ou d'incorporation.

Sous-section 2. L'absence de procédures spécifiques

Aucune procédure pour les transferts transfrontaliers de siège ni pour les scissions transfrontalières n'était prévue dans l'ancien Code des sociétés. Les praticiens du droit des

³²³M. FALLON et E-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 374.

³²⁴Code de droit international privé, art. 112.

³²⁵M. FALLON et E-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 374.

³²⁶J-L. VAN BOXSTAEL, « Présentation », *Rép. not.*, Tome XVIII, Droit international privé, Livre 0, Code DIP- Premiers commentaires, Bruxelles, Larcier, 2018, n°521, p. 430 et 431.

³²⁷M. FALLON et E-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 374.

³²⁸*Ibid*, p. 377 et sv.

sociétés étaient donc obligés de réaliser ces opérations transfrontalières en s’inspirant de règles matérielles relatives à d’autres opérations³²⁹.

Le titre V *bis* du livre XI de l’ancien Code des sociétés s’est uniquement contenté de transposer la directive 2005/56 relative aux fusions transfrontalières de sociétés anonymes, seules les fusions transfrontalières y étaient donc réglementées. Cette directive, couplée avec la jurisprudence de la CJUE, permettait cependant aux sociétés d’opérer des scissions transfrontalières. Pour ce faire, les praticiens devaient recourir aux règles de droit international privé³³⁰. La situation pour les sociétés désirant opérer un transfert transfrontalier de siège était tout aussi douteuse. Elles devaient également se tourner vers les règles de droit international privé et la jurisprudence de la CJUE. Rappelons également qu’il était possible pour les sociétés de passer par la procédure de fusion transfrontalière ou par le statut de la société européenne pour arriver *in fine* à un résultat équivalent à celui d’une transformation transfrontalière³³¹.

Concernant les émigrations de sociétés de droit belge, l’assemblée générale était compétente pour décider du transfert transfrontalier du siège social de la société en respectant un quorum de présence représentant la moitié du capital social et, s’il en existe, la moitié des parts bénéficiaires ainsi qu’un quorum de majorité réunissant les quatre cinquièmes au moins des voix.

Soulignons que la société qui opérait le transfert transfrontalier restait soumise au droit belge tant qu’elle n’avait pas accompli les formalités requises pour revêtir une forme juridique du pays d’immigration. Le notaire dressait le procès-verbal de l’assemblée générale décidant du transfert du siège social et actait également que la société était soumise à la loi de l’État d’accueil et l’adaptation de ses statuts à cette même loi.

Concernant les immigrations de sociétés étrangères en Belgique, deux grands principes étaient à respecter³³². D’une part, le principe d’équivalence qui veut que le droit belge n’impose pas plus d’exigences pour ces transformations transfrontalières que pour les transformations

³²⁹M. FALLON et E-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 377.

³³⁰H. CULOT et E-J. NAVEZ, « Les réorganisations de personnes morales. Présentation des principales innovations du CSA », *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, H. CULOT, O. CAPRASSE et X. DIEUX (dir.), Belgique, Anthemis, août 2019, p. 429.

³³¹*Ibid*, p. 445.

³³²M. FALLON et E-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 378.

internes. D'autre part, le principe d'effectivité qui interdit la législation belge de rendre excessivement difficile l'opération transfrontalière. Un exemple de ce principe peut être tiré de l'obligation de reconnaissance mutuelle entre les États membres qui conduisait les autorités belges, lors de l'enregistrement de la société, à tenir compte des documents émanant de l'État membre d'origine.

Section 2. Le Code des sociétés et des associations

Sous-section 1. Consécration de la doctrine du siège statutaire

Comme précisé dans l'introduction de ce chapitre, un des arguments du législateur pour appuyer cette réforme est la volonté de se conformer aux évolutions européennes en matière de mobilité des sociétés. Ces évolutions viennent tout d'abord de la CJUE, qui favorise la mobilité transfrontalière de sociétés et ce de deux manières. D'une part, nous avons pu observer une libéralisation des déplacements transfrontaliers de siège³³³. L'arrêt *Vale*, qui contraint les États membres à ne pas rendre plus difficiles les transformations transfrontalières que les transformations internes, et le récent arrêt *Polbud*, qui autorise le transfert du seul siège statutaire, incarnent cette position libérale de la CJUE en la matière³³⁴. D'autre part, nous avons également vu que la CJUE a posé toute une série de limites aux entraves qui peuvent être causées à la liberté d'établissement³³⁵.

C'est ainsi que le Ministre K. Geens a soutenu ce projet de code en affirmant que « ce choix de la doctrine du siège statutaire est soutenu par la Cour européenne de justice. La liberté d'établissement des entreprises au sein de l'Union européenne implique que les sociétés qui sont organisées en vertu de la législation d'un État membre qui pratique la doctrine du siège statutaire peuvent s'installer en Belgique sans changer de nationalité »³³⁶. Il poursuit en disant

³³³R. AYDOGDU, « La mobilité des sociétés, une révolution conservatrice », *Le Code des sociétés et de associations : contentieux et pratique*, P. BOSSARD (dir.), Bruxelles, Anthemis, décembre 2019, p. 41.

³³⁴Voy. *supra*, p. 12 et sv.

³³⁵R. AYDOGDU, *op. cit.*, p. 42.

³³⁶Rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de droit commercial et économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n°54-3119/011, p. 49.

que « pour le droit des sociétés, il n’y a pas d’alternative à la théorie du siège statutaire car la jurisprudence de la Cour européenne de justice va dans ce sens-là »³³⁷.

Deux arguments viennent soutenir le choix de la doctrine du siège statutaire comme critère de rattachement à la *lex societatis*. Premièrement, cette théorie du siège statutaire va permettre d’accroître la volonté et l’autonomie des fondateurs et des actionnaires qui seront désormais libres de décider, sauf fraude à la loi ou contrariété à l’ordre public, l’ordre juridique auquel se rattachera la société³³⁸.

De plus, cela permettra également au droit belge d’être plus compétitif³³⁹. En effet, auparavant, l’application du siège réel et des développements jurisprudentiels de la CJUE pouvait amener à des situations asymétriques. Ainsi, une société belge ayant son siège réel en Belgique ne pouvait pas émigrer à l’étranger, sans changer de nationalité, alors qu’à l’inverse, une société néerlandaise par exemple, dont sa nationalité était rattachée à son lieu de constitution pouvait émigrer en Belgique en conservant sa personnalité juridique³⁴⁰. Dans le but d’augmenter l’attractivité du droit belge, et ce dans un contexte de compétition régulatoire entre les États membres, le législateur s’est également inspiré de nos pays voisins³⁴¹. On constate, en effet, que beaucoup de nos pays voisins comme les Pays-Bas, l’Allemagne, l’Italie ou encore la France ont modernisé leur droit des sociétés pour le rendre plus compétitif³⁴². Il était donc important, selon le Ministre, de « faire du droit des sociétés, un droit attractif qui soit compétitif sur le plan international par rapport aux droits des autres pays membres de l’Union européenne et qui puisse dès lors constituer un des éléments favorisant des investissements étrangers et contribuant à maintenir un lien entre nos dernières grandes sociétés multinationales belges et

³³⁷Rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de droit commercial et économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n°54-3119/011, p. 171.

³³⁸J.-L. VAN BOXSTAEL, « Présentation », *Rép. not.*, Tome XVIII, Droit international privé, Livre 0, Code DIP- Premiers commentaires, Bruxelles, Larcier, 2018, n°516, p. 428.

³³⁹EUBELIUS, « De la doctrine du siège réel à la doctrine du siège statutaire », avril 2019, p. 4, disponible sur https://www.eubelius.com/sites/default/files/09_mobilite.pdf.

³⁴⁰Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n°54-3119/001, p. 15 et sv.

³⁴¹R. AYDOGDU, *op. cit.*, p. 43 ; M. FALLON, « L’attractivité internationale comme moteur des projets de loi sur le BIBC et sur le futur Code des sociétés et des associations au regard du droit international privé », *op. cit.*, p. 26 et 27.

³⁴²Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n°54-3119/001, p. 6.

notre pays »³⁴³. Cela se traduit également par l'introduction dans le CSA de procédures spécifiques pour ce genre d'opérations qui feront l'objet d'une analyse dans la sous-section suivante. Ce premier argument du législateur est quelque peu paradoxal car il justifie l'adoption de la doctrine du siège statutaire pour favoriser les investissements en Belgique et l'importation d'éléments d'actifs sur le territoire belge, or la doctrine du siège statutaire n'exige aucune localisation d'activité sur le territoire³⁴⁴.

Deuxièmement, l'adoption de cette théorie du siège statutaire permettra de mettre fin à l'insécurité juridique qui plane autour de l'application de la théorie du siège réel³⁴⁵. Cette approche réaliste, fondée sur une appréciation de fait, pouvait aboutir à des situations dans lesquelles des juridictions d'États différents se déclaraient compétentes suite à une interprétation différente qu'elles faisaient de ce critère du siège réel³⁴⁶. En effet, les critères pour déterminer le siège réel ne sont pas clairs, contrairement à ceux relatifs au siège statutaire qui exigent qu'une société qui opte pour le droit belge reste soumise à ce droit, même si, elle investit ou ouvre des établissements dans d'autres États membres³⁴⁷. De plus, cela permet de rassurer également les entreprises étrangères qui désirent ouvrir un établissement en Belgique, qui ne doivent plus craindre d'être soumises au droit belge des sociétés.

Enfin, soulignons que le législateur a opté pour une application à l'échelle mondiale de cette doctrine du siège statutaire, avec pour conséquence que les personnes morales, même actives en dehors de l'Union européenne, pourront faire usage du droit belge des sociétés³⁴⁸. On peut s'étonner de ce choix du législateur quand on sait qu'un des arguments principaux pour adopter ce critère du siège statutaire est de se mettre en phase avec les évolutions de la CJUE en la matière. Or, cette jurisprudence de la CJUE ne vaut qu'à l'égard des États membres³⁴⁹. La législation belge autorise donc l'établissement en Belgique, de sociétés dont le siège statutaire

³⁴³*Ibid*, p. 6.

³⁴⁴M. FALLON, « L'attractivité internationale comme moteur des projets de loi sur le BIBC et sur le futur Code des sociétés et des associations au regard du droit international privé », *op. cit.*, p. 27.

³⁴⁵EUBELIUS, *op. cit.*, p. 4.

³⁴⁶A. AUTENNE et J-M. JONET, *op. cit.*, p. 42.

³⁴⁷R. AYDOGDU, *op. cit.*, p. 37.

³⁴⁸EUBELIUS, *op. cit.*, p. 4.

³⁴⁹A. AUTENNE et J-M. JONET, *op. cit.*, p. 44.

se situe hors Union européenne. Cette règle aura évidemment une importance majeure pour les sociétés dont le siège statutaire est situé au Royaume-Uni *post brexit*.

Sous-Section 2. Les nouvelles procédures

I. La procédure de scission transfrontalière

Les nouveaux articles 12:73 et 12:90 du CSA relatifs aux scissions internes rendent possibles les scissions transfrontalières par absorption et les scissions transfrontalières par constitution de nouvelles sociétés en déclarant que ce genre d'opération peut également être réalisé si une ou plusieurs sociétés participant à l'opération sont régies par un droit étranger³⁵⁰.

Ces deux mêmes articles évoquent en outre deux conditions à respecter pour la réalisation d'une telle opération. Premièrement, il faut que le droit applicable à la société étrangère reconnaisse la validité et les effets juridiques d'une scission transfrontalière avec une société de droit belge³⁵¹. C'est une condition qui devrait être facile à respecter pour les sociétés de capitaux établies dans un État membre de l'espace économique européen, puisque nous avons vu au chapitre précédent que la directive 2019/2121 a été adoptée par le législateur européen et qu'elle devra être transposée dans la législation de chacun des États membres pour le 31 janvier 2023 au plus tard. L'article 160*novodecies* de cette directive contient les effets juridiques attachés à une scission transfrontalière³⁵².

Deuxièmement, il faut que « les sociétés participant à la scission respectent les conditions du droit qui leur est applicable »³⁵³. Cette exigence traduit le principe d'application distributive des lois en présence³⁵⁴. Concernant le droit belge, il n'y a pas de procédure détaillée pour les scissions transfrontalières, les règles relatives aux scissions internes seront donc applicables³⁵⁵.

³⁵⁰Code des sociétés et des associations, art. 12:73 et 12:90.

³⁵¹H. CULOT et E-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 430.

³⁵²Directive (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, précitée, article 160*novodecies*.

³⁵³Code des sociétés et des associations, art. 12:73 §1, 2° et 12:90 §1, 2°.

³⁵⁴H. CULOT et E-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 431.

³⁵⁵*Ibid*, p. 432.

Tout d'abord, un projet de scission transfrontalière devra être établi par l'organe d'administration³⁵⁶. Cet organe fera également un rapport visant à exposer la situation patrimoniale des sociétés procédant à la scission, expliquera et justifiera les points de vue juridiques et économiques et les opportunités de la scission transfrontalière³⁵⁷.

Ensuite, un expert, ou à défaut, un réviseur d'entreprise ou un expert-comptable, établit un rapport sur ce projet de scission transfrontalière qui contient les mentions requises aux articles 12:62 et 12:78 du CSA. Un droit de consultation est également prévu pour tout associé et actionnaire.

Le notaire attestera, quant à lui, de la légalité de l'opération des sociétés régies par le droit belge en délivrant une attestation, pour autant que les créanciers aient eu satisfaction des sûretés demandées. L'article 12:15 du CSA stipule en effet que « au plus tard dans les deux mois de la publication des actes constatant la scission, les créanciers de chacune des sociétés qui participent à la scission, dont la créance est certaine avant cette publication, mais n'est pas encore exigible ou dont la créance a fait l'objet d'une action introduite en justice ou par voie d'arbitrage avant l'acte constatant la scission, peuvent exiger une sûreté, nonobstant toutes dispositions contraires »³⁵⁸. Il s'agit là d'une protection intéressante pour les créanciers, qui auront donc la faculté de retarder ou de compliquer la réalisation de l'opération si leurs revendications ne sont pas prises en considération³⁵⁹.

Ensuite, la décision de scission transfrontalière devra être approuvée à l'unanimité par l'assemblée générale³⁶⁰. Les quorums de présence et de majorité sont les mêmes que ceux requis pour les transformations transfrontalières, nous y consacrerons les explications nécessaires dans la sous-section suivante³⁶¹. Le procès-verbal de l'assemblée générale votant la scission est, à peine de nullité, établi par un acte authentique.

Concernant la prise d'effet de la scission transfrontalière il convient de distinguer deux situations. Premièrement, si au moins une des sociétés à l'opération est régie par le droit belge,

³⁵⁶Code des sociétés et des associations, art. 12:59 et 12:75.

³⁵⁷*Ibid*, art. 12:61 et 12:77.

³⁵⁸Code des sociétés et des associations, art. 12:15.

³⁵⁹H. CULOT et E-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 433.

³⁶⁰Code des sociétés et des associations, art. 12:73, §2.

³⁶¹Voy. *infra*, p. 69 et 70.

la scission prendra effet à la date à laquelle le notaire aura constaté la réalisation de cette opération. Deuxièmement, si seule la société scindée est régie par le droit belge, la date de prise d'effet de la scission sera celle applicable aux sociétés bénéficiaires³⁶².

Enfin, la radiation de la société scindée de droit belge aura uniquement lieu après réception par l'autorité compétente étrangère de la preuve de la prise d'effet de la scission transfrontalière³⁶³.

Il convient encore de souligner, que certaines dispositions internes pourront également s'appliquer aux sociétés étrangères à titre de lois de polices. En effet, il ressort des travaux préparatoires que certaines dispositions belges seront appliquées cumulativement aux sociétés belges comme aux sociétés étrangères³⁶⁴. Il en sera ainsi, par exemple, de l'article 2:18 et 18:14 qui obligent les sociétés étrangères à collaborer à la réalisation des formalités permettant de rendre la scission transfrontalière opposable aux tiers, ou encore de l'article 12:15 relatif à l'exigence d'une sûreté³⁶⁵.

En consacrant les scissions transfrontalières, le législateur belge se conforme au droit européen. Cependant, il est regrettable de constater que le CSA introduit ces règles de scissions transfrontalières parmi les règles relatives aux scissions internes, d'autant plus que les fusions transfrontalières, quant à elles, bénéficient d'une procédure distincte de celle applicable aux fusions internes³⁶⁶. En tout état de cause, l'adoption de la directive 2019/2121, contenant une procédure détaillée de scission transfrontalière, conduira le législateur belge à réviser le CSA de manière à y introduire cette opération.

II. La procédure de transformation transfrontalière

Tout d'abord, et comme le constatent certains auteurs, la nouvelle procédure de transformation transfrontalière ne fait pas preuve d'originalité³⁶⁷. Le législateur s'est en effet inspiré de règles

³⁶²H. CULOT et E-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 434.

³⁶³H. CULOT et E-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 434.

³⁶⁴W. ROEGIERS, « Restructuration et transformation de sociétés, associations et fondations », *Introduction au Code des sociétés et des associations*, S. ROELAND, T. HAUWAERT et W. ROEGIERS (dir.), Anthemis, septembre 2019, p. 220.

³⁶⁵Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n°54-3119/001, p. 310.

³⁶⁶H. CULOT et E-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 432.

³⁶⁷E-J. NAVEZ et A. NAVEZ, « Le droit des sociétés après l'entrée en vigueur du CSA. Quelles innovations dans la pratique notariale ? », *Rev. not. belge*, 2020/2, p. 219.

matérielles déjà présentes dans la législation interne, à savoir les règles sur les transformations internes, sur les fusions par absorption et sur la procédure de réduction de capital.

Il est également important de mentionner que l'article 14:17 du CSA exclut les sociétés faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité de procéder à une opération de transformation transfrontalière³⁶⁸. De la sorte, la législation belge se conforme aux dispositions de la directive 2019/2121, qui en son article 86 *bis*, prévoit une exclusion semblable³⁶⁹.

Cette procédure est reprise au chapitre 3 du livre 14 du CSA qui distingue clairement l'opération d'émigration transfrontalière de celle d'immigration transfrontalière. Nous consacrerons les lignes qui suivent à esquisser les grands principes de ces nouvelles procédures.

II.a. Procédure d'émigration

Pour commencer, analysons le champ d'application de la procédure. Monsieur Navez et Monsieur Culot définissent la transformation transfrontalière, à la lecture de l'article 14:16 du CSA, comme étant « l'opération par laquelle une société, une association ou une fondation déplace son siège statutaire d'un État à un autre, en se transformant en une forme juridique régie par le droit de l'État d'accueil, tout en bénéficiant de la continuité de sa personnalité juridique »³⁷⁰. Ainsi, et comme le laisse deviner le titre du livre 14 du CSA, l'ensemble des sociétés dotées de la personnalité juridique sont autorisées à se transformer. Il y a toutefois deux nuances à apporter à cette première affirmation. Rappelons que les sociétés soumises à une procédure d'insolvabilité ne peuvent effectuer une transformation transfrontalière³⁷¹. De plus, les SE et SCE sont également exclues de ce genre de procédure.

Ensuite, plusieurs formalités sont à respecter avant la décision de transformation transfrontalière. L'organe d'administration va élaborer un projet de transformation transfrontalière dans lequel il veillera à mentionner la forme légale, la dénomination et le siège de la société après la transformation ainsi que le nom et la résidence du notaire devant lequel la transformation transfrontalière sera passée³⁷². Après avoir été adopté par l'organe

³⁶⁸Code des sociétés et des associations, art. 14:17.

³⁶⁹Directive (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, précitée, art. 86*bis*.

³⁷⁰H. CULOT et E-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 446.

³⁷¹Code des sociétés et des associations, art. 14:17.

³⁷²*Ibid*, art. 14:18.

d'administration, le projet est déposé au greffe du tribunal de l'entreprise et sera publié aux *Annexes du Moniteur belge*³⁷³.

L'organe d'administration veille également à informer les *stakeholders* de ce projet³⁷⁴. Ainsi, l'article 14:20 CSA stipule que « l'organe d'administration expose le projet de transformation transfrontalière, ses motifs et conséquences juridiques et économiques, et ses conséquences pour les titulaires d'actions ou de parts et d'autres titres, les créanciers et les travailleurs dans un rapport inscrit à l'ordre du jour de l'assemblée générale appelée à statuer sur la décision de transformation »³⁷⁵. De plus, est joint à ce rapport, un résumé de la situation active et passive de la société, clôturé à une date ne remontant pas à plus de quatre mois avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de transformation transfrontalière. Un commissaire, ou à défaut un réviseur d'entreprise ou un expert-comptable, est ensuite chargé de faire un rapport sur ce résumé de la situation active et passive de la société en y indiquant notamment si l'actif net est surévalué³⁷⁶.

Les créanciers bénéficient, quant à eux, d'un mécanisme de protection, qui plus est impératif, contenu à l'article 14 :19 du CSA³⁷⁷. Ils pourront, dans les deux mois de la publication du projet de transformation, demander une sûreté ou une autre garantie pour les créances qu'ils détiennent à l'égard de la société. Sont ainsi visées, les créances certaines mais non encore exigibles au moment de la publication, et les créances faisant l'objet d'une action introduite en justice ou par voie d'arbitrage³⁷⁸. Pour que cette requête soit recevable, les créanciers veilleront à l'envoyer à la société mais également au notaire instrumentant³⁷⁹. La société aura alors la possibilité de rembourser la créance à sa valeur, sous déduction de l'escompte. A défaut d'accord, la partie la plus diligente soumet la contestation au président du tribunal de l'entreprise du siège de la société débitrice³⁸⁰.

³⁷³*Ibid*, art. 2:8, 2:14, 1° et 14:18.

³⁷⁴M. FALLON et E-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 381 et 382.

³⁷⁵Code des sociétés et des associations, art. 14:20.

³⁷⁶*Ibid*, art. 14:21.

³⁷⁷INSTITUT DES RÉVISEURS D'ENTREPRISE, « Le nouveau Code des sociétés et des associations », 2019, disponible sur <https://www.ibr-ire.be/fr/actualites/le-nouveau-csa>.

³⁷⁸Code des sociétés et des associations, art. 14 19.

³⁷⁹Code des sociétés et des associations, art. 14:19, al. 2.

³⁸⁰H. CULOT et E-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 448.

Par après, et deux mois au moins après la publication du projet aux *Annexes du Moniteur belge*, l'assemblée générale se prononcera sur la transformation transfrontalière³⁸¹. Les règles relatives aux quorums de présence et de vote peuvent être résumées en quatre points. Premièrement, ceux qui assistent ou sont représentés à la réunion doivent représenter la moitié au moins du capital, ou si la société n'en dispose pas, la moitié du nombre total d'actions émises³⁸². Deuxièmement, la proposition de transformation ne sera acceptée que si elle réunit quatre cinquièmes des voix, exception faite pour la société en commandite et la société coopérative dans lesquelles le droit de vote des associés ou actionnaires est proportionnel à leur part dans l'avoir social et dont le quorum de présence se calcule par rapport à cet avoir social³⁸³. Troisièmement, dans les sociétés où il existe plusieurs catégories de titres conférant le droit de vote, et que le transfert entraîne une modification de leurs droits respectifs, la décision de transfert devra être votée moyennant le respect, au sein de chaque classe de titres, des quorums de présence et de majorité telle qu'exposé plus haut³⁸⁴. Quatrièmement, le paragraphe 4 de l'article 14:24 du CSA énumère quatre hypothèses dans lesquelles l'accord de tous les associés ou actionnaires est requis pour que la transformation transfrontalière soit votée. Ces quatre hypothèses sont : pour la décision de transformation transfrontalière en une société où un ou plusieurs associés répondent de manière illimitée des dettes de la société, pour la décision de transformation transfrontalière d'une société où un ou plusieurs associés répondent de manière illimitée des dettes de la société, si la société n'existe pas depuis deux ans au moins, si les statuts prévoient qu'elle ne pourra adopter une autre forme légale. Cette clause des statuts ne peut être modifiée qu'avec l'accord de tous les associés ou actionnaires³⁸⁵.

A peine de nullité, l'approbation de la transformation transfrontalière de l'assemblée générale est constatée par un acte authentique dressé par le notaire instrumentant³⁸⁶. Cet acte contient par ailleurs les conclusions du rapport établi par le commissaire, le réviseur d'entreprise ou l'expert-comptable ainsi que l'état résumant la situation active et passive de la société³⁸⁷.

³⁸¹Code des sociétés et des associations, art. 14:23.

³⁸²*Ibid*, art. 14:24, §1 al. 1.

³⁸³*Ibid*, art. 14:24, §1 al. 1, points a et b.

³⁸⁴*Ibid*, art. 14:24, §2.

³⁸⁵*Ibid*, art. 14:24, §4.

³⁸⁶*Ibid*, art. 14:25.

³⁸⁷*Ibid*.

L'article 14:26 permet à la société de demander au notaire de lui délivrer un certificat attestant l'accomplissement des actes et formalités préalables à la décision de transformation transfrontalière³⁸⁸. Cependant, le créancier ayant fait application du mécanisme de protection dont il jouit et tel qu'expliqué plus haut, peut empêcher le notaire de délivrer ce certificat s'il n'a pas obtenu satisfaction, à moins qu'une décision judiciaire exécutoire ait rejeté sa demande. Il est pourtant primordial pour la société d'obtenir ce certificat car il sera demandé par l'autorité compétente de l'État d'immigration pour l'accomplissement régulier des formalités d'émigration³⁸⁹.

De manière à assurer la continuité de la personnalité juridique de la société migrante, cette dernière ne sera radiée du registre belge des personnes morales que lorsqu'elle aura apporté la preuve de son immatriculation au registre des sociétés de l'État d'accueil et le certificat de légalité notarié³⁹⁰.

Enfin, le registre belge des personnes morales mentionne l'immatriculation de la société dans le registre étranger. Les effets de la transformation transfrontalière et de la modification du statut prendront cours à dater de la radiation de la société du registre belge des personnes morales³⁹¹.

II.b. Procédure d'immigration

Les articles 14:28, 14:29 et 14:30 contiennent les règles relatives à la procédure d'immigration, qui sont cependant moins précises que celles concernant la procédure d'émigration³⁹². La procédure d'immigration vise donc l'hypothèse d'une personne morale régie par un droit étranger qui déplace son siège statutaire en Belgique, en vue de se transformer de manière à adopter la forme d'une personne morale régie par le droit belge, tout en conservant sa personnalité juridique³⁹³.

³⁸⁸*Ibid*, art. 14:26.

³⁸⁹H. CULOT et E-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 450 et 451.

³⁹⁰Code des sociétés et des associations, art. 14:27.

³⁹¹*Ibid*.

³⁹²M. FALLON et E-J. NAVEZ, *op. cit.*, pp. 382.

³⁹³H. CULOT et E-J. NAVEZ, *op. cit.*, pp. 451.

Cette opération doit être constatée par un acte authentique. La société qui se transforme doit apporter les pièces attestant de la correcte application du droit étranger en la matière³⁹⁴. A cet égard, le notaire exerce un contrôle *prima facie* du respect de ces formalités³⁹⁵. Il devra donc analyser si les pièces étrangères qui lui sont soumises indiquent à première vue que la société immigrante a respecté les prescriptions étrangères qui lui sont applicables³⁹⁶.

La transformation et la modification des statuts prennent effet à dater de l'immatriculation de la société dans le registre belge des personnes morales³⁹⁷.

Terminons par souligner que dans les 30 jours de l'acte de transformation, l'organe d'administration de la société doit déposer à la Banque nationale de Belgique, un état résumant sa situation active et passive qui reflète sa situation patrimoniale au moment de la transformation. A défaut d'avoir réalisé ce dépôt, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette omission³⁹⁸.

Section 3. Approche libérale de la mobilité des sociétés : est-ce la porte ouverte aux sociétés boîtes aux lettres en Belgique ?

L'adoption en droit belge de procédures visant à faciliter la mobilité transfrontalière et surtout, la consécration de la théorie du siège statutaire comme critère de rattachement à la *lex societatis* ont fait craindre l'arrivée en Belgique du phénomène des sociétés boîtes aux lettres. Durant les travaux parlementaires, de nombreuses craintes ont été émises à cet égard, certains parlant même du critère du siège statutaire comme « le nouveau cheval de Troie de la dérégulation économique »³⁹⁹. Cette théorie offre la possibilité pour les sociétés de choisir le droit qui leur sera applicable même en l'absence de lien réel avec le pays, avec cette idée que si un droit est favorable à la société, il l'est forcément moins pour les tiers comme les créanciers.

L'exemple de l'affaire *Inspire Art*, tel qu'expliqué dans le premier chapitre ne fut pas de nature à rassurer les craintifs⁴⁰⁰. Dans cette affaire, les Pays-Bas ont non seulement connu ce

³⁹⁴Code des sociétés et des associations, art. 14:28.

³⁹⁵H. CULOT et E-J. NAVEZ, *op. cit.*, pp. 452.

³⁹⁶*Ibid.*

³⁹⁷Code des sociétés et des associations, art. 14:29.

³⁹⁸*Ibid.*, art. 14:30.

³⁹⁹AYDOGDU, *op. cit.*, p. 45 et 46.

⁴⁰⁰Voy. *supra*, p. 5.

phénomène des sociétés boîtes aux lettres mais en plus, certaines mesures prises par les autorités pour lutter contre ce phénomène avaient été jugées comme constituant des entraves par la CJUE.

Cependant, une distinction importante est à faire entre la *lex societatis* et d'autres lois applicables. Le Ministre affirme de la sorte que « le choix du siège social n'a aucune incidence sur le plan fiscal et sur le plan de l'insolvabilité, ni sur celui du droit judiciaire ou du droit du travail. N'est concerné que le droit des sociétés, à savoir les règles organiques qui s'appliquent aux sociétés »⁴⁰¹. De plus, les autres législations que la *lex societatis* privilégient souvent un facteur de rattachement de proximité⁴⁰². Ainsi, pour les lois relatives à l'environnement et les lois sociales, le critère de rattachement est lié au lieu d'activité de la personne morale, tandis que le droit fiscal et le droit de l'insolvabilité optent pour un critère de rattachement influencé par le centre des intérêts principaux⁴⁰³.

Trois constats en découlent donc. Les sociétés de droit belge, ayant leur siège réel à l'étranger, ne se verront en principe pas appliquer d'autres législations belges que celle relative au droit des sociétés, sauf application du principe de reconnaissance mutuelle entre les États membres. A l'inverse, les sociétés de droit belge, ayant leur siège réel en Belgique, se verront appliquer, en plus de la loi belge des sociétés, d'autres législations belges comme citées ci-dessus. Enfin, les sociétés régies par un droit étranger mais qui ont leur siège réel en Belgique se verront appliquer ces législations belges qui optent pour un critère d'établissement effectif ou principal comme critère de rattachement à cette loi.

Pour s'en convaincre, prenons l'exemple de la législation fiscale. Cette dernière conserve donc l'application de la théorie du siège réel⁴⁰⁴. A la lecture des articles 2 §1, 5° et 179 du Code des impôts sur les revenus, une société est soumise à l'impôt belge des sociétés si elle est résidente, à savoir si elle a en Belgique son siège social, son principal établissement ou son siège de direction ou d'administration⁴⁰⁵. Il est donc tout à fait possible de soumettre à l'impôt des

⁴⁰¹Rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de droit commercial et économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n°54-3119/011, p. 49.

⁴⁰²AYDOGDU, *op. cit.*, p. 46.

⁴⁰³A. AUTENNE et J-M. JONET, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁰⁴F. HENNEAUX, « Le nouveau Code sociétés et des associations et le droit fiscal », *Bulletin juridique et social*, n°629, 2019, p.7.

⁴⁰⁵C.I.R., art. 2 §1, 5°, b et 179.

sociétés belge une société qui n'est pas de droit belge. La seule influence que peut avoir la théorie du siège statutaire sur le plan fiscal résulte du fait que celle-ci est parfois utilisée pour déterminer le siège réel⁴⁰⁶. Nous avons déjà eu l'occasion de constater que la détermination du siège réel peut être complexe, ce qui explique qu'il existe une présomption réfragable que le siège réel se situe à l'endroit où se situe le siège statutaire. Hormis cette hypothèse, qui était déjà de mise avant l'arrivée du CSA, on remarque que l'adoption du critère du siège statutaire en droit belge des sociétés n'influence pas l'applicabilité d'autres lois aux sociétés exerçant des activités sur le territoire belge.

Il est donc important de savoir ce que comprend la *lex societatis* en droit belge et quelle est sa frontière avec d'autres domaines du droit. L'article 111 du Code de droit international privé stipule que cette *lex societatis* couvre dix choses, à savoir « l'existence et la nature juridique de la personne morale, le nom ou la raison sociale, la constitution, la dissolution et la liquidation, la capacité de la personne morale, la composition, les pouvoirs et le fonctionnement de ses organes, les rapports internes entre associés ou membres ainsi que les rapports entre la personne morale et les associés ou membres, l'acquisition et la perte de la qualité d'associé ou de membre, les droits et obligations liés aux parts ou actions et leur exercice, la responsabilité pour violation du [droit des personnes morales], dans quelle mesure la personne morale est tenue à l'égard de tiers des dettes contractées par ses organes »⁴⁰⁷. La théorie du siège statutaire permet donc de faire tomber sous l'application du droit belge des sociétés les domaines du droit des sociétés énumérés à l'article 111 du Codip.

Il convient également de signaler que le droit international privé connaît des exceptions à la règle de rattachement⁴⁰⁸. Tout d'abord, au travers des concepts de fraude à la loi et d'abus de droit. Le premier vise les cas de localisation fictive du facteur de rattachement tel que retenu par le législateur ayant pour but d'obtenir ce que n'offre pas la loi normalement applicable⁴⁰⁹. Cette exception sera tout de même difficilement invocable dans la mesure où le législateur lui-même a émis le souhait d'offrir aux sociétés la possibilité de choisir la loi la plus favorable⁴¹⁰.

⁴⁰⁶F. HENNEAUX, *op. cit.*, p. 8 et 9.

⁴⁰⁷Code de droit international privé, art. 111.

⁴⁰⁸A. AUTENNE et J-M. JONET, *op. cit.*, p. 46 et sv.

⁴⁰⁹M. FALLON, « La dimension externe du Code des sociétés et des associations », *Le nouveau Code des sociétés et des associations*, H. CULOT, O. CAPRASSE et X. DIEUX (dir.), Anthemis, août 2019, p. 88.

⁴¹⁰*Ibid.*

Le concept d'abus de droit, quant à lui, est caractérisé par deux éléments. D'une part, le respect formel d'une règle de droit, sans en poursuivre l'objectif, et d'autre part, l'intention de tirer de cette règle un avantage par la création artificielle de ces conditions d'application⁴¹¹. Ensuite, il y a l'exception de proximité, qui permet d'écarter la loi normalement applicable en vertu de la règle de rattachement quand la situation n'a qu'un lien très faible avec l'État dont le droit est désigné, alors qu'elle présente des liens plus forts avec un autre État⁴¹². Enfin, n'oublions pas les lois de polices, qui permettent de déroger à la règle de rattachement normalement applicable dans une matière déterminée, lorsque le droit désigné par cette règle ne suffit pas, par son contenu matériel, à réaliser un objectif d'intérêt général poursuivi par les règles impératives ou d'ordre public en cause⁴¹³. Elles se réfèrent donc à des règles impératives dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique⁴¹⁴. Ces lois de polices sont importantes car elles permettent de tenir compte de l'intérêt général. Il s'agit en quelque sorte d'un correctif à la doctrine du siège statutaire en y ajoutant des choses inhérentes à la doctrine du siège réel. En effet, ces règles impératives sont d'application territoriale, peu importe la loi applicable à la société.

Par ailleurs, une grande majorité des litiges relatifs aux contentieux des sociétés relèvera de la compétence des juridictions belges. L'article 24.3 du règlement Bruxelles I *bis* affirme en effet que les juridictions des États membres sont seules compétentes pour les sociétés ayant leurs sièges sur leurs territoires, selon leurs critères de droit international privé, « en matière de validité, de nullité ou de dissolution des sociétés ou personnes morales, ou de validité des décisions de leurs organes »⁴¹⁵. Étant donné que la Belgique applique le critère du siège statutaire, le juge belge sera compétent pour connaître de ces litiges. Il y a donc, pour ces litiges, une concordance entre la compétence juridictionnelle et législative⁴¹⁶. Malheureusement, le contenu de cet article 24.3 ne couvre pas tout le domaine de la *lex societatis*, c'est pourquoi il faut se tourner pour le surplus vers le Code de droit international privé belge. L'article 109 de

⁴¹¹*Ibid*, p. 89.

⁴¹²A. AUTENNE et J-M. JONET, *op. cit.*, p. 48.

⁴¹³M. FALLON, « La dimension externe du Code des sociétés et des associations », *op. cit.*, p. 91 et 92.

⁴¹⁴*Ibid*.

⁴¹⁵Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.U.E.*, L351, 20 décembre 2012, art. 24.3.

⁴¹⁶A. AUTENNE et J-M. JONET, *op. cit.*, p. 49.

ce dernier stipule que « les juridictions belges ne sont compétentes pour connaître de toute demande concernant la validité, le fonctionnement, la dissolution ou la liquidation d'une personne morale que si le siège statutaire de cette personne est situé en Belgique lors de l'introduction de la demande »⁴¹⁷. De plus, le Ministre a élargi la compétence internationale des juges belges pour les litiges en matière de responsabilité à l'égard des tiers des administrateurs de sociétés qui ont leur établissement principal en Belgique, mais leur siège statutaire situé en dehors de l'Union européenne avec lequel la société n'a aucun lien formel⁴¹⁸. Ce nouvel *alinéa* deux institue un mécanisme anti-abus qui permet de contourner la localisation purement formelle du siège statutaire pour donner compétence, dans ce type de contentieux, au juge belge lorsque la personne morale a son établissement principal en Belgique⁴¹⁹. Cet élargissement de compétence, qui complète l'article 109 du Codip, avait été promis par le Ministre lors des travaux préparatoires pour répondre aux craintes exposées ci-avant⁴²⁰.

Finalement, nous remarquons que la pratique du droit international privé va animer davantage le quotidien des praticiens du droit des sociétés. Ces règles de droit international privé permettront, par ailleurs, de rassurer les personnes craignant de voir arriver en Belgique des sociétés boîtes aux lettres, grâce à la compétence élargie des juridictions belges et via les critères de rattachement plus territoriaux d'autres législations qui s'appliqueront à des sociétés exerçant leurs activités en Belgique.

⁴¹⁷Code de droit international privé, art. 109.

⁴¹⁸*Ibid.*

⁴¹⁹M. FALLON, « La dimension externe du Code des sociétés et des associations », *op. cit.*, p. 127.

⁴²⁰Amendement n°286, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n°54-3119/008, p. 144.

Conclusion

L'adoption par le nouveau Code des sociétés et des associations de la théorie du siège statutaire comme lien de rattachement à la *lex societatis* et d'une procédure de scission et transformation transfrontalière fait de la Belgique une destination plus attrayante et compétitive pour les sociétés souhaitant s'y implanter, à l'ère d'un climat de concurrence réglementaire entre les États membres orchestré par la jurisprudence libérale de la CJUE. Ce nouveau cadre réglementaire est ainsi un pas décisif vers une plus grande mobilité des sociétés sur le territoire belge. Il convient néanmoins de s'interroger sur la conformité des règles du CSA avec le droit primaire européen tel qu'interprété par la CJUE et avec la nouvelle directive européenne en matière de transformations, fusions et scissions transfrontalières.

Selon la jurisprudence de la CJUE, un État ne peut imposer des conditions plus strictes pour les transformations transfrontalières que pour les transformations internes⁴²¹. Les règles régissant les scissions transfrontalières respectent ce principe étant donné qu'elles sont intégrées dans les règles relatives aux scissions internes. Quant à la procédure de transformation transfrontalière, toutes les phases de la procédure analysée ci-dessus respectent également ce principe. L'élaboration d'un projet de transformation, l'établissement d'un rapport de l'organe d'administration exposant le projet de transformation et ses conséquences juridiques et économiques, le rapport du commissaire ou encore les quorums de vote sont également des exigences qui reviennent lors de la procédure de transformation interne.

Ensuite, le principe d'équivalence est également respecté. Lors d'une procédure d'immigration, voyant une société de droit étranger se transformer en une société de droit belge, la législation belge se préoccupe uniquement de la bonne adaptation de la société migrante au droit belge⁴²². Premièrement, lors du constat de la transformation par le notaire belge, ce dernier va attester de la correcte application des formalités régissant l'émigration dans le pays d'origine. Pour ce faire, il se basera sur les documents transmis par l'autorité étrangère⁴²³. Deuxièmement, souvenons-nous que la date de prise d'effet lorsque la seule société scindée est régie par le droit belge se fera selon les règles applicables aux sociétés bénéficiaires de l'État membre de

⁴²¹Voy. *supra*, p. 17.

⁴²²AYDOGDU, *op. cit.*, p. 69.

⁴²³Code des sociétés et des associations, art. 14:28.

destination⁴²⁴. Troisièmement, il convient tout de même de faire une remarque à propos de l'article 14:30 du CSA qui impose à la société qui immigre vers la Belgique de déposer à la Banque nationale de Belgique un état résumant sa situation active et passive au moment de la transformation. Le législateur aurait pu autoriser la société à produire un état comptable établi à l'étranger sur la base de la loi de l'État membre d'origine⁴²⁵.

Dans le cas d'une émigration, c'est au droit belge de protéger les différentes parties prenantes à l'opération car ces dernières vont cesser de jouir du statut que leur offre le droit belge pour être soumises à un droit étranger⁴²⁶. Ces mesures de protection peuvent constituer des entraves à la liberté d'établissement si elles interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de cette liberté. Pour pouvoir être admissibles, elles doivent répondre à une double condition. Premièrement, elles doivent être justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général. Nous avons vu que la CJUE, selon une jurisprudence constante, admet que des mesures protectrices des *stakeholders* poursuivent un but d'intérêt général. Deuxièmement, ces mesures doivent être appliquées de manière non discriminatoire, être aptes à garantir l'objectif qu'elles poursuivent et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre celui-ci, autrement dit, ces mesures doivent être proportionnelles. Or, la Cour est plus stricte concernant l'appréciation de test de proportionnalité⁴²⁷. Sous cet angle des mesures protectrices susceptibles de constituer des entraves, plusieurs articles du CSA retiennent notre attention.

Premièrement, il s'agit des articles 12:15 et 14:19 du CSA qui permettent aux créanciers de la société de demander une sûreté dans les deux mois de la publication du projet de l'opération transfrontalière. Cette mesure pourrait, en effet, être jugée disproportionnelle étant donné qu'une mesure semblable est déjà de mise à l'article 7:209 du CSA sur la réduction de capital.

Deuxièmement, nous avons vu que dans quatre hypothèses prévues par l'article 14:24, le vote de tous les actionnaires est nécessaire pour approuver l'opération transfrontalière. Ce sera notamment le cas si la société émigrante a été constituée il y a moins de deux ans. L'article n'est pas plus précis quant à l'application de ce quorum spécial et cette exigence à l'égard de

⁴²⁴*Ibid*, art. 12:73 §5 et 12:90 §5.

⁴²⁵M. FALLON et E-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 382.

⁴²⁶AYDOGDU, *op. cit.*, p. 69.

⁴²⁷M. FALLON et E-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 370.

ces sociétés pourrait être une entrave disproportionnée dès lors qu'elle semble être d'application de manière générale à ces sociétés.

Dernièrement, nous constatons que certaines exigences de la directive 2019/2121 ne se retrouvent pas dans les procédures du CSA relatives aux opérations de transformations transfrontalières. Le CSA a été adopté peu de temps après la proposition de directive de la Commission. Le législateur n'a donc pas pu prendre en compte les nouvelles exigences européennes en la matière.

Relevons pour commencer que le CSA permet à l'ensemble des sociétés dotées de la personnalité juridique de procéder à une scission ou transformation transfrontalière⁴²⁸. Or, les articles 86*bis* et 160*bis* de la nouvelle directive reprennent uniquement dans leur champ d'application les sociétés de capitaux. On peut s'étonner de ce choix du législateur belge, alors que les auteurs du projet de CSA ont manifesté leur volonté de finir avec le *gold-plating* visant à soumettre également les SRL aux réglementations européennes en matière de droit des sociétés⁴²⁹. Nous assisterons donc peut-être, lors de la transposition de la directive, à un rétrécissement du champ d'application du CSA aux seules sociétés de capitaux.

Ensuite, l'on note que le projet de l'opération transfrontalière devant être adopté par l'organe d'administration est moins précis et moins détaillé dans le CSA. Ne doivent, par exemple, pas y être présents le calendrier envisagé pour l'opération ou encore les effets de l'opération sur l'emploi. L'article 160*quinquies* de la directive est en revanche plus précis à ce sujet.

Par ailleurs, certains mécanismes de protection prévus par la directive sont absents du CSA. C'est le cas du droit de retrait des actionnaires qui se sont opposés au projet. L'article 86*undecies* offre, en effet, à ces actionnaires un rachat de leur titre contre une juste et adéquate compensation. C'est également le cas des règles relatives au maintien du droit de l'État d'origine en ce qui concerne la participation des travailleurs aux organes de gestion ou de surveillance comme le requiert l'article 86*terdecies* de la directive.

Aussi, nous notons une non-conformité à la directive à propos des quorums de majorité requis pour approuver une transformation transfrontalière. Pour rappel, l'article 14:24 exige quatre cinquièmes des voix pour que le projet de transformation soit approuvé. La directive, quant à

⁴²⁸Code des sociétés et des associations, art. 12:1 et 14:15.

⁴²⁹Projet de loi du 4 juin 2018 introduisant le Code des sociétés et des associations, et portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54- 3119/001, p. 5.

elle, donne deux instructions à suivre lors de ce vote. D'une part, l'approbation du projet requiert une majorité qui ne peut être inférieure aux deux tiers des voix ni supérieure à 90 % des voix. Cette première condition est respectée. D'autre part, ces quorums ne peuvent être supérieurs à ceux prévus pour approuver une fusion transfrontalière. Or, l'article 12:116 du CSA exige un vote aux trois quarts des voix en ce qui concerne les fusions transfrontalières. Lors de la transposition de la directive, le législateur devra donc revoir à la baisse le quorum de vote relatif aux transformations transfrontalières.

Enfin, soulignons que le CSA n'apporte pas beaucoup de précision à propos de l'effet d'une transformation transfrontalière. L'article 14:16 du CSA se contente d'affirmer que « lorsqu'une société transfère son siège statutaire à l'étranger, elle se transforme en une forme légale de la juridiction vers laquelle elle déplace son siège, en préservant la continuité de sa personnalité juridique ». L'article 86*novodecies* est plus précis à ce sujet puisqu'il attribue trois effets à une transformation transfrontalière : l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société devient celui de la société transformée, les associés continuent à être associés de la société transformée et les droits et obligations résultants des contrats de travail deviennent ceux de la société transformée.

En conclusion, certains aspects des procédures de scission et transformation transfrontalière du Code des sociétés et des associations devront être modifiés à l'occasion de la transposition en droit belge de la nouvelle directive européenne en la matière. Le législateur belge veillera également à y inclure des mécanismes absents à l'heure actuelle dans le CSA comme le droit de sortie des actionnaires et les règles relatives au maintien du droit de l'État d'origine en ce qui concerne la participation des travailleurs aux organes de gestion ou de surveillance. Enfin, nous serons attentifs aux éventuels arrêts futurs de la CJUE à propos du mécanisme de protection des créanciers et du principe de vote à l'unanimité des actionnaires si la société émigrante a été constituée il y a moins de deux ans, pour voir s'il ne s'agit pas d'entraves non justifiées à la liberté d'établissement.

Bibliographie

Législation

Droit interne

Code des impôts sur les revenus.

Code de droit international privé.

Code des sociétés et des associations.

Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n°54-3119/001, p. 8 à 12.

Amendement n°286, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n°54-3119/008, p. 144.

Rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de droit commercial et économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n°54-3119/011, p. 49.

Droit européen

TUE, art. 3.

TFUE, art. 49 et 54.

Directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 point g) du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes, *JO L* 295, 20 octobre 1978, articles 13 et 14.

Directive 82/891/CEE du Conseil du 17 décembre 1982, fondée sur l'article 54 §3, point g) du traité et concernant les scissions des sociétés anonymes, *JO L* 378, 31 décembre 1982, p. 47 à 54.

Directive 89/666/CEE du Conseil du 21 décembre 1989, concernant la publicité des succursales créées dans un État membre par certaines formes de sociétés relevant du droit d'un autre État, *JO L* 395, 30 décembre 1989, p. 36 à 39.

Directive 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 familles 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, 90/365/CEE et 93/96/CEE, *J.O.U.E.*, L 229/35, du 29 juin 2004.

Directive n°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 310/1, du 25 novembre 2005.

Directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *JO L 258*, 1 octobre 2009, p. 11 à 19.

Directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre, *J.O.U.E.*, L 310, 25 novembre 2009, article 3b.

Directive 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant les fusions des sociétés anonymes (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *JO L 110*, 29 avril 2011, p. 1.

Directive 2012/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *JO L 315*, 14 novembre 2012, p. 74 à 97.

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) 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 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *JO L 132*, 20 mai 2017, p. 1 à 25.

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 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *JO L 321*, 12 décembre 2019.

Règlement (CE), n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), *JO L 294*, 10 octobre 2001, article 8.

Règlement (CE) n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), *JO L 199*, 31 juillet 2007, art. 1, 2., d).

Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.U.E., L 351*, 20 décembre 2012, art. 24.3.

Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, *JO L 141*, du 5 juin 2015.

Recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micros, petites et moyennes entreprises, *JO L 124*, 20 mai 2003, p. 4.

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.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Plan d'action : droit européen des sociétés et la gouvernance d'entreprise ; un cadre juridique moderne pour une plus grande implication des actionnaires et une meilleure viabilité des entreprises », *COM(2012)740 final*, 12 décembre 2012, p. 4 et 5.

Communication de la Commission européenne, du 7 mars 2013, « Réglementation intelligente – répondre aux besoins des petites et moyennes entreprises », *COM (2013) 122final*.

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.

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.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « les grands acteurs européens de demain : l'initiative en faveur des *start-up* et des *scale-up* », COM(2016)733 final, 22 novembre 2016, p. 3 et 4.

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.

Avis du Comité économique et social européen sur 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 [COM(2018) 239 final – 2018/0113 (COD)] et sur une proposition de directive modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières [COM(2018) 241 final – 2018/0114 (COD)], J.O., C 62, 15 février 2019, p. 25.

Résolution législative du Parlement européen du 18 avril 2019 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 (COM(18)0241-C80167-2018/0114(COD)).

Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil du 25 avril 2018 modifiant la Directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés, COM/2018/239 final – 2018/0113 (COD).

Jurisprudence

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

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

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

C.J.U.E., (Gr. Ch.), 13 décembre 2005, (*Sevic System AG*), C-411/03.

C.J.U.E. (1^e Ch.), 21 juin 2007, (*Office national des pensions contre Emilienne Jonkman*), C-23/06, EU:C:2007:373

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

C.J.U.E. (Gr. Ch.), 29 novembre 2011, (*National Grids Indus BV contre inspecteur van de Belastingdienst rijnmond kantoor Rotterdam*), C371/10, I-12313

C.J.U.E., 12 juillet 2012, (*VALE Építési kft.*), C-378/10, R.C.J.U.E., 2012, EU:C:2012:440.

C.J.U.E. (4^e Ch.), 6 septembre 2012, (*The commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs contre Philips Electronics UK Ltd*), C-18/11, EU:C:2012:532.

C.J.U.E. (3^e Ch.), 10 septembre 2015, (*Holterman Ferho Exploitatie BV and Others V. F.F.F. Spies Van Bülllesheim*), C-47/14, EU:C:2015:574, §79.

C.J.U.E. (6^e Ch.), 10 décembre 2015, (*Simona Kornhaas contre Thomas Dithmar*), C-594/14, EU:C:2015:806, §14 à 21.

C.J.U.E. (3^e. Ch.), 7 avril 2016, (*KA Finanz AG*), C-483/14, EU:C:2016:205.

C.J.U.E. (Gr.Ch), 25 octobre 2017, (*Polbud-Wykonawstwosp. Z O.O.*), C-106/16, EU:C:2017:204.

Doctrine

Périodiques

AUTENNE, A. et JONET, J-M., « La réforme du droit international privé belge des sociétés à la lumière du droit européen », *Revue internationale du droit des affaires*, n°133, janvier 2020, p. 29 à 88.

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. 581 à 612.

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

BERNARD, F., « L'avènement des scissions transfrontalières », *Revue internationale du droit des affaires*, n°127, 2018, p. 4 à 48.

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.

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 à 37.

CONFÉDÉRATION EUROPÉENNE DES SYNDICATS, *Le nouveau paquet législatif 2018 sur le droit des sociétés : une occasion manquée pour plus de démocratie au travail*, adopté lors du comité exécutif du 25 et 26 juin 2018, Bruxelles, 2018.

CONSEIL DES BARREAUX EUROPÉENS, *Commentaire du CCBE sur la proposition de directive modifiant la directive 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, les fusions et les scissions transfrontalières*, Bruxelles, 29 juin 2018.

CORBISIER, I., « Arrêt *Polbud* : la consécration de la possibilité d'un principe inconditionnel de libre mobilité », *J.T.-dr. eur.*, 2018, p. 135 à 137.

CORBISIER, I., « Les nouvelles dispositions européennes en matière de mobilité transfrontalière : légitimation du retour à une certaine forme de protectionnisme ? », *Revue Pratique des Sociétés*, décembre 2019, p. 809 et 810.

DELVIGNE, N., POSSOZ, M. et VANDENAMEELE, L., « Immigration de sociétés en Belgique : avis de la CNC et nouvelles dispositions fiscales », *Revue Pratique des Sociétés*, 18/7, novembre 2018, p. 679 à 690.

DEROUIN, P., « Les fusions triangulaires de sociétés », *Bulletin Joly Sociétés* n°12, décembre 2008, p. 1028 à 1038.

DE WOLF, P. et DIEUX, X., « Le nouveau Code des sociétés (et des associations) : *Capita Selecta* », *J. T.*, 25-26 – n°6779-6780, juillet 2019, p. 501 à 507.

EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS, *The Commission 2018 proposal's on cross-border mobility – An assessment*, septembre 2018.

FALLON, M., « L'attractivité internationale comme moteur des projets de loi sur le BIBC et sur le futur Code des sociétés et des associations au regard du droit international privé », *Revue de Droit Commercial Belge*, n°1, 2019, p. 7 à 51.

FALLON, M., « La dimension externe du Code des sociétés et des associations », *Le nouveau Code des sociétés et des associations*, H. CULOT, O. CAPRASSE et X. DIEUX (dir.), Anthemis, août 2019, p. 67 à 152.

FALLON, M. et NAVEZ, E-J., « La transformation transfrontalière d'une société par transfert du siège statutaire après l'arrêt *Polbud* », *Revue du droit des sociétés*, 2018, p. 349 à 385.

GERNER-BEUERLE, C., MUCCIARELLI, F-M., SCHUSTER, E. et SIEMS, M., « The Illusion of Motion : Corporate (Im-)mobility and the Failed Promise of *Centros* », *European Corporate Governance Institute*, working paper n°458/2019, juin 2019.

HENNEAUX, F., « Le nouveau Code sociétés et des associations et le droit fiscal », *Bulletin juridique et social*, n°629, 2019, p.7 à 10.

JOHNSON, M., « Does Europa still need a fourteenth company law directive ? », *Hertfordshire Law Journal*, Vol. 3, p. 18 à 44.

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

KOLLRUSS, T., « Does the Merger Directive violate UE primary law by excluding EU companies having their place of effective management in a third country ? », *Intertax*, vol 43, issue 8/9, 2015, p. 501 à 507.

LOMBARDO, S., « Regulatory Competition in European Company Law. Where we stand twenty years after *Centros* ? », *European Corporate Governance Institute*, working paper n°452/2019, mai 2019.

MCGAURAN, K., « L'impact du recours aux sociétés boîtes aux lettres sur les droits des travailleurs et les recettes publiques », *Confédération européenne des syndicats*, juin 2016, p. 12 et 13.

MEEUSEN, J., « Freedom of establishment, conflict of laws and the transfer of a company's registered office : towards full cross-border corporate mobility in the internal market ? », *Journal of Private International Law*, Vol. 13, n°2, 2017, p. 294 à 323.

NAVEZ, E-J., « Le traitement fiscal du transfert de résidence face à la liberté d'établissement des sociétés en droit de l'UE – de *Daily Mail* à *National Grid Indus* : évolution, révolution et au-delà ? », *Cah. dr. europ.*, 2011, n°3, p. 611 à 658.

NAVEZ, E-J. et NAVEZ, A., « Le droit des sociétés après l'entrée en vigueur du CSA. Quelles innovations dans la pratique notariale ? », *Rev. not. belge*, 2020/2, p. 219.

PEZET, F., « Au nom du marché : une gouvernance fiscale européenne partagée ? », *Revue européenne et internationale du droit fiscal*, n°2019/4, p. 437 à 443.

PILOTIN, J. et HAMDI, B., « L'émergence de l'*exit tax* dans l'ordre juridique européen », *Revue européenne et internationale de droit fiscal*, n°2019/2, p. 244 à 252.

REYNOLDS, S., SCHERRER, A. et TRULI, E., « Ex-post analysis of the UE framework in the area of cross-border mergers and divisions », *European Parliamentary Research Service (EPRS)*, décembre 2016, p. 1 à 70.

ROMAIN-HUTTIN, A., BERNAUER, F. 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 Wiliam France*, avril 2018, disponible sur <https://www.hfw.com/La-Cour-de-Justice-de-lUnion-europeenne-facilite-la-mobilite-internationale-des-societes-Avril-2018>.

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. 351 à 372.

SCHMIDT, J., « Cross-border mergers and divisions, transfert of seat : is there a need to legislate ? », *study of the European Parliament*, 2016.

VAN BOXSTAEL, J-M., « Présentation », *Rép. not.*, Tome XVIII, Droit international privé, Livre 0, Code DIP- Premiers commentaires, Bruxelles, Larcier, 2018, n°516, p. 428.

VAN BOXSTAEL, J-M., « Présentation », *Rép. not.*, Tome XVIII, Droit international privé, Livre 0, Code DIP- Premiers commentaires, Bruxelles, Larcier, 2018, n°521, pp. 430 et 431.

Livres

AYDOGDU, R., « La mobilité des sociétés, une révolution conservatrice », *Le Code des sociétés et de associations : contentieux et pratique*, BOSSARD, P. (dir.), Bruxelles, Anthemis, décembre 2019, p. 29 à 88.

CASPAR, F-G., *La mobilité transfrontalière du siège social au sein du marché intérieur : une intervention européenne est-elle nécessaire et souhaitable ?*, Faculté de droit et de criminologie , Université catholique de Louvain, FALLON, M. (prom.), 2016, disponible sur <http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:7553>.

CULOT, H. et NAVEZ, E-J., « Les réorganisations de personnes morales. Présentation des principales innovations du CSA », *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, CULOT, H., CAPRASSE, O. et DIEUX, X. (dir.), Belgique, Anthemis, août 2019, p. 423 à 452.

MENJUCQ, M., « Mondialisation et rattachement juridique des sociétés », *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 831 à 843.

PAPADOPOULOS, T., « Reviewing the implementation of the cross-border mergers directive », *Cross-border mergers. UE perspectives and natural expérience*, PAPADOPOULOS, T. (dir.), Chypre, *Studies in European Economic law and regulation*, vol. 17, juin 2018, p. 3 à 35.

THIRION, N., GOL, D., PASTEGGER, D., BADA, B., FAYT, D. et DELVAUX, T., *Droit international et européen des sociétés*, Editions Larcier, Bruxelles, 2009, p. 272.

ROEGIERS, W., « Restructuration et transformation de sociétés, associations et fondations », *Introduction au Code des sociétés et des associations*, ROELAND, S., HAUWAERT, T. et ROEGIERS, W. (dir.), Anthemis, septembre 2019, p. 181 à 246.

Sites internet

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 CEBRIAN SALVAT, M., « Liberté et pain cuit. Commentaire de l'arrêt *Polbud*. », le 15 janvier 2018, disponible sur <https://blogdroiteuropeen.com>.

BUSINESSEUROPE, *EU company law package – position paper*, 28 juin 2018, Bruxelles, disponible sur https://www.businesseurope.eu/sites/buseur/files/media/position_papers/legal/2018-06-28_eu_company_law_package.pdf.

EUROPEAN COMMISSION, « EU company law upgraded : rules on digital solutions and efficient cross-border operations », Bruxelles, disponible sur https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=58190.

EUBELIUS, « De la doctrine du siège réel à la doctrine du siège statutaire », avril 2019, p. 4, disponible sur https://www.eubelius.com/sites/default/files/09_mobilite.pdf.

INSTITUT DES RÉVISEURS D'ENTREPRISE, « Le nouveau Code des sociétés et des associations », 2019, disponible sur <https://www.ibr-ire.be/fr/actualites/le-nouveau-csa>.

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), <http://mediasite.pim.ie/mediasite/Viewer/?peid=d7c16e8adcf14cc78a51c84e58274a841>.

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.

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.

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.

