

Valentin DE PALMA

Numéro d'étudiant

Adresse postale

Numéro de téléphone

Adresse e-mail

Nombre de semestres effectués

AVIS IMPORTANT et REMERCIEMENTS

Les exemples choisis visent à donner quelques idées de la structure et des règles de rédaction autant formelles que matérielles d'un travail de proséminaire en droit européen ou en droit européen des migrations. Pour ce fait, nous avons sélectionné quelques bons exemples de travaux qui ont été rédigés sous la direction de la Prof. Progin-Theuerkauf, et qui répondent dans l'ensemble à nos attentes.

Nous attirons néanmoins votre attention sur le fait que ces travaux écrits ne sont pas toujours exemptés de toute faute. Ils ne doivent donc pas être considérés comme des modèles impératifs, mais servir d'exemple par rapport aux indications énoncées !

Nous remercions vivement les étudiant-e-s qui ont accepté de mettre leur travail à disposition, au profit d'autres étudiant-e-s qui souhaitent rédiger un travail de proséminaire. La publication des noms des étudiant-e-s est faite d'un commun accord.

La liberté d'établissement et de déplacement du siège d'une société

Travail de Proséminaire en droit européen II

Sous la direction de la Prof. Sarah PROGIN-THEUERKAUF
Chaire de droit européen et droit européen des migrations

Faculté de droit
Université de Fribourg

Sujet attribué le 11 octobre 2021

Remis le 5 janvier 2022

Table des matières

Table des matières.....	II
Table des abréviations	III
Bibliographie	IV
Introduction	1
I. Les conditions pour bénéficier de la liberté d'établissement	2
A. Le champ d'application <i>ratione personae</i>.....	2
i. La notion de société en droit communautaire.....	2
ii. L'exigence du rattachement communautaire.....	4
iii. L'exclusion des sociétés exerçant une tâche publique	8
B. Le champ d'application <i>ratione materiae</i>.....	9
i. L'exercice d'une activité économique.....	9
ii. L'exigence du caractère durable de l'activité économique	10
II. Les effets de la liberté d'établissement.....	11
A. Les différentes formes d'atteintes	11
i. Les discriminations	11
ii. Les restrictions	11
iii. La protection de l'établissement secondaire.....	13
B. Les justifications possibles à ces atteintes	14
i. Les motifs justificatifs	14
ii. L'exigence de proportionnalité de la justification	16
III. Le liberté de déplacement du siège d'une société	17
A. Les problématiques liées au transfert de siège	17
B. L'évolution de la jurisprudence de la CJUE	19
C. La réglementation européenne	27
IV. Conclusion	29

Table des abréviations

aff.	affaire(s)
al.	alinéa
art.	article(s)
CE	Traité instituant la Communauté européenne
CEE	Traité instituant la Communauté économique européenne
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européennes
CMLR	<i>Common Market Law Review</i>
Dir.	Directive
EBLR	<i>European Business Law Review</i>
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
etc.	<i>et cætera</i>
ICLQ	<i>International & Comparative Law Quarterly</i>
<i>i.e.</i>	<i>id est</i> (c'est-à-dire)
n ^o (s)	numéros
OHG	<i>Offene Handelsgesellschaft</i> (société en nom collectif)
OMC	Organisation mondiale du commerce
p.	page(s)
pp.	pages
Rec.	Recueil de la jurisprudence de la CJCE
s	suivant(e)
ss	suivant(e)s
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
UE	Union européenne
VOF	<i>Venootschap onder firma</i> (société en nom collectif)

Bibliographie

Doctrine

BALLESTER Bianca / DEL MONTE Micaela, *Évaluation de la valeur ajoutée européenne – Directive sur le transfert transfrontalier du siège statutaire d'une société (14e directive sur le droit des sociétés)*, Bruxelles 2013.

BISACRE Josephine, *The Migration of Companies within the European Union and the Proposed Fourteenth Company Law Directive*, *International and Comparative Corporate Law Journal* 2001, p. 251 ss.

CEREXHE Etienne, *Le droit européen : la libre circulation des personnes et des entreprises*, 2^e éd., Bruxelles 1989.

EYLES Uwe, *Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft : Die Überlagerung des deutschen Gesellschaftsrechts und Unternehmenssteuerrechts durch Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden 1990.

GOLDMAN Berthold / LYON-CAEN Antoine / VOGEL Louis, *Droit commercial européen*, 5^e éd., Paris 1994.

GUILLAUME Florence, *Lex societatis – Principes de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse*, Zurich 2001.

LACKHOFF Klaus, *Die Niederlassungsfreiheit des EGV -nur ein Gleichheits order- auch ein Freiheitsrecht ?*, Berlin 2000.

LAUTERFELD Marc, *Centros and the EC regulation*, *EBLR* 2001, p. 79 ss.

MCELEAVY Peter / BORG-barthet Justin, *II. European private international law of companies after Cartesio*, *ICLQ* 2009, p.1020 ss.

MENJUCQ Michel, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, Paris 1997.

MUCCIARELLI Frederico Maria, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Giuffrè, Milan 2010.

MUSTAKI Guy / ENGAMMARE Valérie, *Droit européen des sociétés*, Bâle 2009.

PETER Henry / MERKT Benoît, *Utilité publique et activité économique*, EXPERT FOCUS 2019, p. 209 ss.

Pingel Isabelle (édit.), *De Rome à Lisbonne : Commentaire article par article des traités UE et CE*, 2^e éd., Bâle 2010.

PROGIN-THEUERKAUF Sarah / EPINEY Astrid / MOSTERS Robert, *Droit européen II – Les libertés fondamentales de l'Union européenne*, 2^e éd., Berne 2016.

ROUSSOS Alexandros, *Realising the Free Movement of Companies*, EBLR 2001, p. 7ss.

SANTORO Guillaume, *L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire: un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt Cartesio*, Revue internationale de droit économique 2010/3, p. 351 ss.

SCHWARZ Günter Christian, *Europäisches Gesellschaftrecht : Ein Handbuch für Wissenschaft und Praxis*, Baden-Baden 2000.

TOGNI Kevin, *Le transfert international du siège social*, Jusletter 2 juillet 2018, p. 1ss.

TRUCHOT Laurent, art. 43, 48 TCE, in : Pingel Isabelle (édit.), *De Rome à Lisbonne : Commentaire article par article des traités UE et CE*, 2^e éd., Bâle 2010.

VERMELYEN Jérôme, *Arrêt « VALE Epitesi » – la mobilité transfrontalière du siège statutaire est-elle un droit ?*, Journal de droit européen 2012, p. 276 ss.

WYMEERSCH Eddy, *The Transfer of the Company's Seat in European Company Law*, CMLR 2003, p. 661 ss.

Jurisprudence

CJCE, arrêt du 21 juin 1974, *Jean Reyners contre État belge*, aff. C-2/74, Rec. 1974, p. 00631, ECLI:EU:C:1974:68 [CJCE, Reyners].

CJCE, arrêt du 28 janvier 1986, *Commission des Communautés européennes contre République française*, aff. C-270/83, Rec. 1986, p. 00273, ECLI:EU:C:1986:37 [CJCE, Commission contre France].

CJCE, arrêt du 10 juillet 1986, *D. H. M. Segers contre Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, aff. C-79/85, Rec. 1986, p. 02375, ECLI:EU:C:1986:308 [CJCE, Sergers].

CJCE, arrêt du 27 septembre 1988, *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc*, aff. C-81/87, Rec. 1988, p. 05483, ECLI:EU:C:1988:456 [CJCE, Daily Mail].

CJCE, arrêt du 25 juillet 1991, *The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd et autres*, aff. C-221/89, Rec. 1991, p. I-03905, ECLI:EU:C:1991:320 [CJCE, Factorame].

CJCE, arrêt du 13 juillet 1993, *The Queen contre Inland Revenue Commissioners, ex parte Commerzbank AG*, aff. C-330/91, Rec. 1993, p. I-04017, ECLI:EU:C:1993:303 [CJCE, Commerzbank].

CJCE, arrêt du 13 juillet 1993, *Adrianus Thijssen contre Controledienst voor de verzekeringen*, aff. C-42/92, Rec. 1993, p. I-04047, ECLI:EU:C:1993:304 [CJCE, Thijssen].

CJCE, arrêt du 12 avril 1994, *Halliburton Services BV contre Staatssecretaris van Financiën*, aff. C-1/93, Rec. 1994, p. I-01137, ECLI:EU:C:1994:127 [CJCE, Halliburton].

CJCE, arrêt du 26 avril 1994, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, aff. C-272/91, Rec. 1994, p. I-01409, ECLI:EU:C:1994:167 [CJCE, Commission contre Italie].

CJCE, arrêt du 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard contre Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, aff. C-55/94, Rec. 1995, p. I-04165, ECLI:EU:C:1995:411 [CJCE, Gebhard].

CJCE, arrêt du 6 juin 1996, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, aff. C-101/94, Rec. 1996, p. I-02691, ECLI:EU:C:1996:221 [CJCE, Commission contre Italie].

CJCE, arrêt du 7 mars 1996, *Commission des Communautés européennes contre République française*, aff. C-334/94, Rec. 1996, p. I-01307, ECLI:EU:C:1996:90 [CJCE, Commission contre France].

CJCE, arrêt du 15 mai 1997, *Futura Participations SA contre Administrations des contributions*, aff. C-250/95, Rec. 1997, p. I-02471, ECLI:EU:C:1997:239 [CJCE, Futura Participations].

CJCE, arrêt du 16 juillet 1998, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) contre Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, aff. C-264/96, Rec. 1998, p. I-04695, ECLI:EU:C:1998:370 [CJCE, ICI plc].

CJCE, arrêt du 19 janvier 1999, *Procédure pénale contre Donatella Calfa*, aff. C-348/96, Rec. 1999, p. I-00011, ECLI:EU:C:1999:6 [CJCE, Calfa].

CJCE, arrêt du 9 mars 1999, *Centros Ltd contre Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/97, Rec. 1999, p. I-01459, ECLI:EU:C:1999:126 [CJCE, Centros].

CJCE, arrêt du 29 avril 1999, *Royal Bank of Scotland plc contre Elliniko Dimosio (Etat hellénique)*, aff. C-311/97, Rec. 1999, p. I-02651, ECLI:EU:C:1999:216 [CJCE, Royal Bank of Scotland plc].

CJCE, arrêt du 11 mai 1999, *Pfeiffer Großhandel GmbH contre Löwa Warenhandel GmbH*, aff. C-255/97, Rec. 1999, p. I-02835, ECLI:EU:C:1999:240 [CJCE, Pfeiffer].

CJCE, arrêt du 13 avril 2000, *C. Baars contre Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem*, aff. C-251/98, Rec. 2000, p. I-02787, ECLI:EU:C:2000:205 [CJCE, Baars].

CJCE, arrêt du 8 mars 2001, *Metallgesellschaft Ltd et autres (C-397/98), Hoechst AG et Hoechst (UK) Ltd (C-410/98) contre Commissioners of Inland Revenue et HM Attorney General*, aff. jointes C-397/98 et C-410/98, Rec. 2001, p. I-01727, ECLI:EU:C:2001:134 [CJCE, Metallgesellschaft et Hoechst].

CJCE, arrêt du 20 novembre 2001, *Aldona Malgorzata Jany et autres contre Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-268/99, Rec. 2001, p. I-08615, ECLI:EU:C:2001:616 [CJCE, Jany].

CJCE, arrêt du 15 janvier 2002, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, aff. C-439/99, Rec. 2002, p. I-00305, ECLI:EU:C:2002:14 [CJCE, Commission contre Italie].

CJCE, arrêt du 5 novembre 2002, *Überseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, aff. C-208/00, Rec. 2002, p. I-09919, ECLI:EU:C:2002:632 [CJCE, Überseering].

CJCE, arrêt du 21 novembre 2002, *X et Y contre Riksskatteverket*, aff. C-463/00, Rec. 2002, p. I-10829, ECLI:EU:C:2002:704 [CJCE, X et Y contre Riksskatteverket].

CJCE, arrêt du 30 septembre 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contre Inspire Art Ltd*, aff. C-167/01, Rec. 2003, p. I-10155, ECLI:EU:C:2003:512 [CJCE, Inspire Art].

CJCE, arrêt du 6 novembre 2003, *Procédure pénale contre Piergiorgio Gambelli et autres*, aff. C-243/01, Rec. 2003, p. I-13031, ECLI:EU:C:2003:597 [CJCE, Gambelli et autres].

CJCE, arrêt du 21 avril 2005, *Commission des Communautés européennes contre République hellénique*, aff. C-140/03, Rec. 2005, p. I-03177, ECLI:EU:C:2005:242 [CJCE, Commission contre Grèce].

CJCE, arrêt du 13 décembre 2005, *SEVIC Systems AG*, aff. C-422/03, Rec. 2005, p. I-10805, ECLI:EU:C:2005:762 [CJCE, SEVIC].

CJCE, arrêt du 13 décembre 2005, *Marks & Spencer plc contre David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, aff. C-446/03, Rec. 2005, p. I-10837, ECLI:EU:C:2005:763 [CJCE, Marks & Spencer].

CJCE, arrêt du 23 février 2006, *CLT-UFA SA contre Finanzamt Köln-West*, aff. C-253/04, Rec. 2006, p. I-01831, ECLI:EU:C 2006:129 [CJCE, CLT-UFA].

CJCE, arrêt du 1^{er} juin 2006, *innoventif Limited*, aff. C-453/04, Rec. 2006, p. I-04929, ECLI:EU:C 2006:361 [CJCE, Innoventif].

CJCE, arrêt du 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc et Cadbury Schweppes Overseas Ltd contre Commissioners of Inland Revenue*, aff. C-196/04, Rec. 2006, p. I-07995, ECLI:EU:C 2006:544 [CJCE, Cradbury Schweppes].

CJCE, arrêt du 16 décembre 2008, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt*, aff. C-210/06, Rec. 2008, p. I-09641, ECLI:EU:C 2008:723 [CJCE, Cartesio].

CJUE, arrêt du 24 mai 2011, *Commission européenne contre Royaume de Belgique*, aff. C-47/08, Rec. 2011, p. I-04105, ECLI:EU:C:2011:334 [CJUE, Commission contre Belgique].

CJUE, arrêt du 12 juillet 2012, *VALE Építési kft*, aff. C-378/10, Publié(e) au Recueil numérique (Recueil général), ECLI:EU:C:2012:440 [CJUE, VALE Építési].

CJUE, arrêt du 14 septembre 2017, *Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements contre Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs*, aff. C- 646/15, Publié(e) au Recueil numérique (Recueil général), ECLI:EU:C:2017:682 [CJUE, Trustees Panayi].

CJUE, arrêt du 25 octobre 2017, *Procédure engagée par Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o.*, aff. C-106/16, Publié(e) au Recueil numérique (Recueil général), ECLI:EU:C:2017:804 [CJUE, Polbud].

Documents officiels

Conseil de l'Union européenne, Programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement du 15 janvier 1962, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:P:1962:002:FULL&from=DE>, consulté le 3 janvier 2022 (cité : *Programme général*).

Conseil de l'Union européenne, Première directive 68/151/CEE tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers du 9 mars 1968, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:31968L0151>, consulté le 3 janvier 2022 (cité : *Directive 68/151/CEE*).

KPMG, étude sur le transfert de siège d'une société d'un État membre à un autre, Luxembourg (KPMG European Business Centre) 1993 (cité : *KPMG, Étude sur le transfert de siège*).

Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Proposition d'une quatorzième directive concernant le transfert de siège des sociétés d'un État à un autre sans changement de loi applicable du 24 avril 1997, <https://www.lbs-europur.de/app/download/15355139096/14thCLDd-proposal+97.pdf?t=1508630237>, consulté le 3 janvier 2022 (cité : *Proposition d'une quatorzième directive*).

Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Règlement (CE) n° 1606/2002 sur l'application des normes comptables internationales du 19 juillet 2002, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/ALL/?uri=CELEX:32002R1606>, consulté le 3 janvier 2022 (cité : *Règlement 1606/2002*).

Groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés, Rapport sur un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés, Bruxelles, 4 novembre 2002 (cité : *Rapport du Groupe de haut niveau d'experts*).

Commission européenne, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, - Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne - Un plan pour avancer du 22 mai 2003, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52003DC0284&from=ES>, consulté le 3 janvier 2022 (cité : *Communication de la Commission*).

Commission européenne, Communiqué de presse, Droit des Sociétés : la Commission lance une consultation sur le transfert transfrontalier du siège statutaire des sociétés du 26 février 2004, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_04_270, consulté le 3 janvier 2022 (cité : *Communiqué de presse de la Commission*).

Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Directive 2004/25/CE concernant les offres publiques d'acquisition du 21 avril 2004, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004L0025-20140702&from=FR>, consulté le 3 janvier 2022 (cité : Directive 2004/25/CE).

Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Directive 2005/56/CE sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux du 26 octobre 2005, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2005:310:FULL&from=FR>, consulté le 3 janvier 2022 (cité : Directive 2005/56/CE).

Étude d'impact concernant le projet de 14^e directive sur le transfert transcommunautaire du siège social (Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office) du 12 décembre 2007, [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=SEC\(2007\)1707&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=SEC(2007)1707&lang=en), consulté le 3 janvier 2022 (cité : *Étude d'impact*).

CJUE, Communiqué de presse n° 112/17 du 25 octobre 2017, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-10/cp170112fr.pdf>, consulté le 3 janvier 2022 (cité : *CJUE, Communiqué de presse*).

Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Directive (UE) 2019/2121 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions, et scissions transfrontalières du 27 novembre 2019, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L2121&from=FR>, consulté le 3 janvier 2022 (cité : Directive (UE) 2019/2121).

Introduction

Le droit européen des sociétés fait l'objet d'un bon nombre de réglementations¹. Il constitue un domaine du droit européen très large, se mêlant à d'autres domaines comme par exemple les libertés fondamentales du marché intérieur. En constante évolution, le droit européen des sociétés tente de concilier les diverses législations nationales. Une des questions principales en droit européen est la liberté d'établissement et de déplacement (*i.e.* transfert) du siège des sociétés. Cette liberté fondamentale vise à promouvoir un marché intérieur commun, équilibré, durable et propice au développement des sociétés, en abolissant les obstacles entre les États membres. Cette question a pris de l'ampleur au fil des ans, suscitant une discussion importante dans la doctrine et de nombreuses affaires auprès de la Cour. Le présent travail s'attache toutefois à expliquer la problématique des sociétés, en particulier en cas de déplacement de leur siège dans un autre État membre.

Ainsi, dans un premier temps, il convient de définir le champ d'application de la liberté d'établissement en ce qui concerne les sociétés (*infra* I). Dans un deuxième temps, il sera observé les atteintes à cette liberté que peuvent subir les sociétés et les justifications que l'on peut y apporter. (*infra* II). Dans un troisième temps, il sera étudié les enjeux de la problématique du transfert de siège d'une société d'un État membre à l'autre, en voyant notamment l'évolution de la jurisprudence ainsi que les tentatives de réglementations liées à cette problématique (*infra* III).

¹ A titre d'exemple : Directive 68/161/CEE ; Règlement 1606/2022 ; Directive 2004/25 ; Directive 2019/2121.

I. Les conditions pour bénéficier de la liberté d'établissement

Ce point va traiter des champs d'application personnel et matériel de la liberté d'établissement.

A. Le champ d'application *ratione personae*

i. La notion de société en droit communautaire

Les bénéficiaires de la liberté d'établissement sont les personnes physiques, les personnes morales, et les sociétés ressortissantes des États membres (art. 49 TFUE *cum* art. 54 TFUE). L'art. 54 par. 2 TFUE donne une définition large de la notion de société, permettant ainsi d'englober les diverses formes juridiques des entreprises prévues par le droit interne de chaque État membre². Définie à l'art. 54 al. 2 TFUE, la notion de société prend donc un sens communautaire. Cette interprétation englobe tous les sujets économiques capables d'être titulaires de droits et d'obligations et ayant une certaine indépendance patrimoniale, n'étant pas des personnes physiques, et les personnes morales de droit public ou de droit privé³. Il y a lieu toutefois de relever quelques caractéristiques essentielles dans cette définition.

Le premier élément à relever est que l'art. 54 al. 2 TFUE vise à la fois les sociétés de droit civil et de droit commercial. La nature civile ou commerciale de l'activité de la société est dépourvue de pertinence mais il existe des distinctions en fonction des divers ordres juridiques nationaux⁴. Il serait contraire à l'esprit du Traité de restreindre le champ d'application aux sociétés commerciales au vu de l'activité économique déployée par certaines sociétés civiles⁵.

Le second élément à relever est que l'art. 54 al. 2 TFUE distingue les sociétés et les personnes morales. Cette distinction signifie que la personnalité

² MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 2. ; SANTORO, p. 353.

³ CEREXHE, n° 60 ; GOLDMAN / LYON-CAEN / VOGEL, n° 113.

⁴ TRUCHOT, art. 48 CE n° 5.

⁵ GOLDMAN / LYON-CAEN / VOGEL, n° 115 ; MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 3.

juridique n'est pas un élément essentiel afin d'entrer dans le champ d'application de l'art. 54 al. 2 TFUE⁶. Ainsi même si une organisation juridique ne bénéficie pas, en vertu de son droit national, de la personnalité juridique, elle peut être considérée comme une société par le droit communautaire (pour autant que les autres conditions soient remplies)⁷. Cela se justifie par le fait qu'il existe, au sein des États membres, différentes sociétés, tel que l'OHG ou la VOF en droit allemand, qui ne possèdent pas la personnalité juridique⁸. Il serait dès lors contradictoire, étant donné les buts économiques visés par le Traité, d'exclure des groupements juridiques à cause de certaines nuances formelles⁹. L'art. 54 al. 2 TFUE énonce également les «autres personnes morales ».

Le dernier élément à relever est qu'une société au sens de l'art. 54 al. 2 TFUE doit poursuivre un but économique (*i.e.* lucratif). Le but lucratif fait écho à la notion d'activité économique de l'art. 49 TFUE, celle-ci incitant à interpréter largement la notion de but lucratif et ne faisant pas d'elle une condition supplémentaire¹⁰. Cela se différencie du droit suisse qui apporte des distinctions entre ces deux notions¹¹. En droit communautaire, le but lucratif n'est pas synonyme de recherche de bénéfices¹². Cela est confirmé par la référence aux sociétés coopératives¹³. Si la recherche de bénéfices et le but lucratif ne sont pas nécessairement liés c'est afin d'éviter d'exclure des organisations juridiques qui ne recherchent pas un gain matériel ou financier augmentant la fortune des associés¹⁴. Si la notion de but lucratif était associée à celle de recherche de bénéfices alors l'art. 54 al. 2 TFUE aurait une portée plus

⁶ CERHEXE, n° 60 ; MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 4.

⁷ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 5.

⁸ TRUCHOT, art. 48 CE n° 3.

⁹ *Ibidem* ; MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 5.

¹⁰ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 7.

¹¹ PETER / MARK, p. 209.

¹² TRUCHOT, art. 48 CE n° 4.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ CERHEXE, n° 60 ; MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 7.

restrictive et risquerait d'exclure des sociétés¹⁵. Par conséquent ne rentrent pas dans le champ d'application de l'art. 54 al. 2 TFUE, les groupements juridiques poursuivant seulement un but caritatif, social ou culturel¹⁶. Cette condition est justifiée par la nature essentiellement économique de la liberté d'établissement¹⁷.

ii. L'exigence du rattachement communautaire

Dès lors qu'une entité est considérée comme une société au sens du Traité, celle-ci doit encore remplir 2 conditions cumulatives afin d'être assimilée à un ressortissant d'un État membre et de pouvoir exciper de la liberté d'établissement (art. 54 al. 1 *cum* art. 49 TFUE). A cette fin, pour trouver un rattachement communautaire à la société, il faut non seulement que celle-ci ait été valablement constituée selon le droit national (*i.e.* condition de la reconnaissance), mais encore qu'elle soit juridiquement et suffisamment rattachée à un État membre (*i.e.* condition du rattachement)¹⁸.

La première condition est celle de la reconnaissance de la société, à savoir qu'elle doit être constituée en conformité avec les règles du droit commercial de l'État dans lequel elle se trouve (art. 54 al. 1 TFUE)¹⁹. La liberté d'établissement applique le principe de traitement national en disposant que la constitution et la gestion d'entreprises suivent l'ordre juridique défini par la législation de l'État d'établissement pour ses ressortissants (art. 49 al. 2 *cum* art. 54 TFUE)²⁰. De jurisprudence constante, la Cour a précisé que, contrairement aux personnes physiques qui existent dès lors qu'elles sont nées vivantes, les sociétés ne trouvent leur existence juridique que si leur construction correspond à la législation nationale qui en détermine leur constitution et leur

¹⁵ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 7.

¹⁶ CJUE, *Trustees Panayi*, n° 33.

¹⁷ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 7.

¹⁸ CJCE, *Commerzbank*, n° 13 ; TRUCHOT, art. 48 CE n° 6.

¹⁹ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 62.

²⁰TRUCHOT, art. 43 CE, n° 14.

fonctionnement²¹. Il en découle que les sociétés peuvent, par le choix du lieu d'établissement, choisir le régime juridique applicable, peu importe qu'elles exercent leurs activités dans un autre État que celui de constitution²². En effet, les États membres disposent d'une marge de manœuvre importante et peuvent décider des conditions de constitution des sociétés sur leur territoire²³. Les législations nationales varient d'un État à l'autre car les règles édictées sont basées sur les objectifs sociaux et financiers nationaux²⁴. Quelques réglementations spécifiques à certains secteurs européens et certains secteurs d'obligations internationales, provenant d'accords signés avec l'OMC, restreignent la grande liberté des États membres quant à l'adoption de règles sur la reconnaissance des sociétés²⁵. Les critères énoncés par les législations, rattachent une société à un ordre juridique national (de même que la nationalité pour les personnes physiques)²⁶. L'exercice de cette liberté dépendant donc, pour les sociétés, du droit dans l'État auquel elle est rattachée²⁷. La Cour rajoute que « Pour les sociétés, il importe de relever dans ce contexte que leur siège au sens précipité sert à déterminer à l'instar de la nationalité des personnes physiques, leur rattachement à l'ordre juridique d'un État »²⁸. Rattacher signifie établir un lien juridique entre une société et un ordre juridique national dont dépendra l'existence de la société, et fixera ses statuts²⁹. Ce rattachement va permettre de déterminer la législation nationale applicable, ainsi que les règles à respecter pour être reconnu au sein de l'ordre juridique interne³⁰. Le but est d'établir un lien juridique suffisant entre un État membre et une société afin qu'elle puisse bénéficier des diverses libertés du marché

²¹ CJCE, *Daily mail*, n° 19 ; CJCE, *Überseering*, n° 81 ; CJCE, *Cartesio*, n° 104.

²² CJCE, *Sergers*, n° 16 ; CJCE, *Centros*, n° 18 ; CJCE, *Inspire Art*, n° 96.

²³ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 19.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 19.

²⁶ CJCE, *Sergers*, n° 13.

²⁷ CJCE, *Daily mail*, n° 15 ; SANTORO, p. 361.

²⁸ CJCE, *Commission contre France*, n° 26 ; CJCE, *Commerzbank*, n° 13 ; CJCE, *ICI plc*, n° 20.

²⁹ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 63 ; SANTORO, p. 356.

³⁰ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 10.

intérieur³¹. Il serait contraire à l'esprit de l'art. 54 TFUE d'accorder une reconnaissance par le droit communautaire à une entité juridique alors qu'il existe une situation contraire au droit d'un État membre. Nonobstant, l'art. 54 TFUE a pour but de rattacher une société à l'ordre juridique d'un État membre et non pas de sanctionner les règles de ce système juridique relatives à la constitution de sociétés³². Dès lors qu'une société est reconnue par un État membre, même en cas de vice, alors elle pourra être assimilée à un ressortissant d'un État membre³³. Il faut examiner le vice à la lumière des législations nationales de constitution de la société³⁴. Nonobstant le droit communautaire limite les cas de nullité retenus par les États membres³⁵.

La seconde condition est le rattachement communautaire. Celui-ci se traduit par un lien juridique avec un État membre de l'Union, qui peut correspondre à la localisation du siège statutaire, de l'administration centrale ou du principal établissement à l'intérieur de la Communauté (art. 54 al. 1 TFUE). Il faut satisfaire, au sens du Traité, une seule de ces conditions alternatives de localisation qui sont de valeurs équivalentes³⁶. Ce choix est la conséquence de l'échec d'une reconnaissance mutuelle des sociétés entre États membres³⁷. Les divergences entre les différentes législations nationales ont conduit les législateurs du Traité à mettre sur un pied d'égalité le siège statutaire, l'administration centrale et le principal établissement³⁸.

Le siège statutaire équivaut au lieu où le siège de la société est établi par les statuts de la société³⁹. Le lieu du siège joue donc aussi un rôle dans le rattachement d'une société à l'ordre juridique (comme la nationalité pour les

³¹ TRUCHOT, art. 48 CE n° 7.

³² MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 11.

³³ *Idem*, p. 12.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Directive 68/151/CEE*, art. 10ss.

³⁶ CJCE, *Daily mail*, n° 21 ; CJCE, *Cartesio*, n° 106 ; CEREXHE, n° 63.

³⁷ SANTORO, p. 356.

³⁸ CJCE, *Daily mail*, n° 21 ; CJCE, *Cartesio*, n° 106.

³⁹ SCHWARZ, n° 152.

personne physique)⁴⁰. L'administration centrale désigne l'endroit où la société est effectivement gouvernée⁴¹. Il s'agit généralement du lieu où sont situés les services administratifs et les dirigeants sociaux de la société.⁴² Le principal établissement est l'endroit où « se situe le centre principal de l'exploitation industrielle ou commerciale, c'est en pratique le lieu où sont concentrés les moyens matériels ainsi que le personnel de la société »⁴³. Le siège statutaire, l'administration centrale ou le principal établissement d'une société ne doit pas se trouver obligatoirement dans l'État de constitution⁴⁴. Nonobstant, le droit des sociétés de chaque pays est soumis au principe de territorialité⁴⁵.

Deux théories coexistent quant au rattachement d'une société à un État membre, à savoir : « La théorie de l'incorporation » (*i.e.* siège de constitution) et « La théorie du siège réel » (*i.e.* siège effectif)⁴⁶. La théorie de l'incorporation rattache une société au lieu où elle a été constituée, c'est-à-dire à l'endroit où elle est immatriculée et où ses statuts localisent abstraitement son siège⁴⁷. Cette approche se base sur un critère formel sans prendre en considération le caractère réel d'activité effective⁴⁸. Ainsi d'après cette théorie, le fait que le siège effectif se situe dans un autre État que celui de constitution n'affecte pas son existence⁴⁹. C'est sans importance si le siège statutaire d'une société est établi dans un État et que l'ensemble des activités économiques de la société est exercé dans un autre État⁵⁰. Les fondateurs de la société ont donc le libre choix quant au pays de constitution⁵¹. Sous réserve d'abus de droit, leur

⁴⁰ CJCE, *Commerzbank*, n° 13.

⁴¹ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 13.

⁴² SCHWARZ, n° 152.

⁴³ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 13.

⁴⁴ TRUCHOT, art. 48 CE n° 8.

⁴⁵ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 13.

⁴⁶ PROGINS / EPINEY / MOSTERS, p. 111 ; TOGNI, n° 7.

⁴⁷ SANTORO, p. 354.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 15ss.

⁵⁰ CJCE, *Sergers*, n° 16 ; CJCE, *Centros*, n° 17.

⁵¹ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 14 ; TOGNI, n° 7 ; Schwarz n° 161.

autonomie est ainsi respectée⁵². La théorie du siège réel se base sur un lien matériel avec le lieu d'établissement⁵³. Cette théorie rattache la société au lieu où la société est effectivement dirigée, en d'autres termes, là où le centre d'exploitation ou décisionnel se situe⁵⁴. Cette théorie se justifie par le fait que le point de rattachement le plus fort d'une société est son administration effective⁵⁵. Les points faibles de cette théorie sont que le rattachement peut être indépendant de la volonté des associés, et que les modalités varient en fonction des États, créant ainsi parfois en pratique des restrictions à la liberté d'établissement⁵⁶. Comme on le verra dans les prochains paragraphes (*infra* III), la théorie privilégiée par la Cour a changé à de multiples reprises. La doctrine est partagée, certains auteurs (GAVALDA et PARLÉANI) reconnaissent que l'art. 54 TFUE retient la théorie de l'incorporation car elle est plus libérale⁵⁷. D'autres estiment (LAGARDE et BEGUIN) que la portée de l'art. 54 TFUE couvre les sociétés constituées selon les deux critères et que, par conséquent, il n'est pas légitime de trancher entre les deux critères de rattachement⁵⁸.

En résumé, si un groupement juridique entre dans le champ d'application de la notion de société de l'art. 54 al. 2 TFUE et qu'il remplit les conditions cumulatives de l'art. 54 al. 1 TFUE il sera considéré comme un ressortissant d'un État membre et les dispositions relatives à la liberté d'établissement lui seront applicables.

iii. L'exclusion des sociétés exerçant une tâche publique

La liberté d'établissement ne s'applique pas aux activités liées à l'exercice de l'autorité publique (art. 51 TFUE)⁵⁹. Il est important de préciser qu'il s'agit d'une

⁵² MUCCIARELLI, p. 45.

⁵³ SANTORO, p. 355.

⁵⁴ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 13; TOGNI, n° 7.

⁵⁵ TOGNI, n° 7.

⁵⁶ GUILLAUME, p. 114ss ; SANTORO, p. 355.

⁵⁷ SANTORO, p. 356.

⁵⁸ SANTORO, p. 356s.

⁵⁹ CJCE, *Commission contre Italie*, n° 5.

exception à la liberté d'établissement et non d'une justification d'une entrave⁶⁰! L'art. 51 al. 1 TFUE énonce donc que les sociétés (et plus généralement les ressortissants des États membres) participant de façon directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique sont soustraites du champ d'application des dispositions de la liberté d'établissement⁶¹. La notion d'autorité publique n'est pas définie précisément par la jurisprudence ou la doctrine⁶². Nonobstant, elle ne doit pas se référer uniquement à une interprétation nationale, ce qui risquerait de limiter la portée du Traité⁶³. Il faut souligner que ce n'est pas l'ensemble d'une profession, mais seulement les activités de cette profession, qui sont privées de la liberté d'établissement au titre d'une participation à l'exercice de l'autorité publique⁶⁴.

B. Le champ d'application *ratione materiae*

i. L'exercice d'une activité économique

L'art. 49 al. 2 TFUE dispose que la liberté d'établissement comporte l'accès aux activités professionnelles indépendantes non salariées ainsi que son exercice effectif au moyen d'une installation durable et stable à un endroit déterminé⁶⁵. En d'autres termes, c'est le principe reconnu à tous les ressortissants d'un État membre de prendre part à la vie économique d'un État membre autre que son État d'origine de façon durable afin d'y exercer une activité économique indépendante, ce qui ne peut être fait que si les ressortissants peuvent s'y rendre librement⁶⁶. Le critère essentiel pour rentrer dans le champ d'application matériel de la liberté d'établissement est donc l'existence d'une activité économique exercée de manière durable⁶⁷. L'activité économique équivaut à

⁶⁰ CJCE, *Thijssen*, n° 8 ; MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 52.

⁶¹ CJCE, *Reyners*, n° 45 ; PROGINS / EPINEY / MOSTERS, p. 102 ; TRUCHOT, art. 45 CE n° 4.

⁶² MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 52.

⁶³ LACKHOFF, p. 154.

⁶⁴ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 53.

⁶⁵ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 21ss ; PROGINS / EPINEY / MOSTERS, p. 102.

⁶⁶ TRUCHOT, art. 43 CE n° 8.

⁶⁷ PROGINS / EPINEY / MOSTERS, p. 102.

la participation à la vie économique d'un État membre, même si cela est contraire aux mœurs ou qu'elle n'est pas rémunérée⁶⁸.

A préciser que la notion d'établissement doit être analysée de manière indépendante du but dans lequel une société, une succursale, une agence ou une filiale a été créée⁶⁹. A noter également que la liberté d'établissement ne s'applique pas aux situations purement internes des États membres, il faut un élément transfrontalier.

ii. L'exigence du caractère durable de l'activité économique

Le caractère durable de l'activité doit être observé à la lumière de la durée de la prestation, de sa fréquence, de sa continuité ou encore de sa périodicité⁷⁰. L'aspect durable différencie la liberté d'établissement et la libre prestation des services⁷¹. Dans la pratique le caractère durable s'apprécie au regard de la stabilité de l'intégration d'une société dans l'ordre économique d'un État membre⁷².

⁶⁸ CJCE, *Jany*, n° 43 ; *Ibidem*.

⁶⁹ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 23.

⁷⁰ CJCE, *Gebhard*, n° 27

⁷¹ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 23 ; PROGINS / EPINEY / MOSTERS, p. 102.

⁷² PROGINS / EPINEY / MOSTERS, p. 102.

II. Les effets de la liberté d'établissement

Ce chapitre traite des atteintes à la liberté d'établissement ainsi que leurs potentielles justifications.

A. Les différentes formes d'atteintes

i. Les discriminations

Comme pour les autres libertés fondamentales du marché intérieur, les discriminations sont interdites (elles peuvent néanmoins parfois être justifiées). En pratique, distinguer entre discriminations directes et indirectes envers une société est une tâche particulièrement ardue. En effet, ce système de distinction entre discrimination directe et indirecte est principalement appliqué aux personnes physiques par conséquent la transposition aux sociétés est difficile en raison de la coexistence des deux critères de rattachement⁷³. La Cour a jugé des affaires de discriminations indirectes envers des sociétés, en matière fiscale, mais également sur des problématiques en lien avec la nationalité des sociétaires⁷⁴.

ii. Les restrictions

Comme pour les autres libertés fondamentales du marché intérieur, le Traité interdit les mesures restrictives prises par les États membres⁷⁵. La Cour a rappelé ce qui équivalait à une entrave à la liberté d'établissement, il s'agit : « ...des mesures nationales qui sont susceptibles de placer les sociétés d'autres États membres dans une situation de fait ou de droit désavantageux par rapport à celle des sociétés de l'État membre d'établissement »⁷⁶. Elle rajoute que même si une restriction est exercée de manière non discriminatoire, elle est contraire à l'art. 49 TFUE combiné avec l'art. 54 TFUE⁷⁷. Les

⁷³ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 30.

⁷⁴ CJCE, *Factorame*, n° 26 ; CJCE, *Commerzbank*, n° 8.

⁷⁵ TRUCHOT, art. 43 CE n° 16.

⁷⁶ CJCE, *Pfeiffer*, n° 19.

⁷⁷ *Ibidem*.

mesures nationales qui sont susceptibles de gêner d'une quelconque manière ou de rendre moins attrayant l'exercice de la liberté d'établissement pour les ressortissants communautaires sont assimilées à des restrictions⁷⁸. Cette interdiction de restrictions à la liberté d'établissement s'adresse non seulement à l'autorité publique mais également aux corporations professionnelles, collectivités locales, aux associations ou autres groupements juridiques autonomes ne relevant pas du droit public⁷⁹. A noter que l'origine de la restriction n'est pas pertinente⁸⁰. Afin de lutter contre les restrictions des États membres, le Conseil de l'Union européenne a prévu le Programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement⁸¹.

Par rapport à des restrictions imposées par l'État d'origine, la Cour a énoncé à plusieurs reprises que, même si les dispositions relatives à la liberté d'établissement veulent assurer le bénéfice du traitement national, ces dispositions visent à interdire à un État membre d'origine de prendre des mesures restrictives empêchant les sociétés constituées selon son droit, de s'établir dans d'autres États membres⁸². La Cour rajoute qu'un État d'origine peut interdire à une société d'aller s'établir dans un autre État membre si ce n'est pas compatible avec les art. 49 et 54 TFUE⁸³. L'arrêt *Daily mail* a posé comme principe que les restrictions de l'État d'origine à l'établissement dans autre État membre tombent sous le coup de l'art. 49 TFUE⁸⁴.

La majorité des affaires jugées par la Cour en matière de restrictions à la liberté d'établissement concerne la fiscalité⁸⁵. Les art. 49 et 54 TFUE s'opposent à ce qu'une réglementation nationale fiscale entrave une société bénéficiant des dispositions concernant la liberté d'établissement et ce même si la

⁷⁸ CJCE, *Commission/Grèce*, n° 34 ; CJCE, *Commission/Italie 2002*, n° 22.

⁷⁹ TRUCHOT, art. 43 CE, n° 17.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Programme général.

⁸² CJCE, *Daily mail*, n° 16 ; CJCE, *Baars*, n° 28 ; CJCE, *ICI plc*, n° 21 ; CJCE, *Marks & Spencer*, n° 31.

⁸³ CJCE, *Daily mail*, n° 16.

⁸⁴ *Ibidem* ; MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 41.

⁸⁵ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 41.

fiscalité relève du droit national (le respect du droit communautaire doit être exercé)⁸⁶. On peut citer à titre d'exemples : l'arrêt *Futura Participation*⁸⁷, l'arrêt *Metallgesellschaft et Hoechst*⁸⁸, l'arrêt *X et Y contre Riksskatteverket*⁸⁹, l'arrêt *Cadbury Schweppes*⁹⁰. La Cour s'est également prononcée sur d'autres affaires de restrictions à la liberté d'établissement en matière de sociétés comme l'accès à une activité limitée par l'octroi de concessions, l'interdiction d'en exploiter plusieurs ou encore l'exigence d'une avance de frais pour la publication de l'inscription d'une succursale au registre du commerce⁹¹.

iii. La protection de l'établissement secondaire

L'art. 49 al. 1 TFUE interdit quant à lui, vis-à-vis des sociétés, les restrictions à la liberté d'établissement par rapport à la création d'agences, de succursales ou de filiales. En d'autres termes un groupement juridique qualifié de société au sens de l'art. 54 TFUE peut exercer son activité dans un autre État membre que celui de constitution par l'intermédiaire d'une filiale, succursale ou agence (art. 49 al. 1 TFUE), cela en bénéficiant à la fois du principe de traitement national et de l'interdiction de restrictions à la liberté d'établissement⁹². C'est ce qui s'appelle plus communément l'établissement primaire et l'établissement secondaire.

L'établissement primaire équivaut à la constitution et l'exploitation d'une entreprise, ce qui constitue le barycentre de l'activité économique indépendante⁹³. L'établissement principal peut être exercé par le transfert du centre de l'activité économique dans un autre État membre, avec ou sans dissolution

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ CJCE, *Futura Participations*.

⁸⁸ CJCE, *Metallgesellschaft et Hoechst*.

⁸⁹ CJCE, *X et Y/Riksskatteverket*.

⁹⁰ CJCE, *Cadbury Schweppes*.

⁹¹ CJCE, *Gambelli et autres* ; CJCE, *Commission/Grèce* ; CJCE, *Innoventif*.

⁹² MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 22.

⁹³ EYLES, p. 42.

dans son État d'origine⁹⁴. Dans la pratique ce sont des cas techniques tel que le transfert international de siège ou la fusion transfrontalière⁹⁵.

L'établissement secondaire équivaut quant à lui à un déplacement d'une partie des activités d'une société ou la mise en place de nouvelles activités, sans pour autant que le centre de gravité économique ne soit atteint⁹⁶. La caractéristique d'un établissement secondaire est d'avoir un lien évident et durable avec la maison mère⁹⁷. La Cour s'est prononcée à plusieurs reprises en matière de discriminations directes envers des sociétés, souvent en matière fiscale, mais également en matière d'établissement secondaire⁹⁸.

La liberté d'établissement comprend également le libre choix de la forme de l'établissement secondaire pour une société⁹⁹. Cette prérogative est indissociable de la liberté d'établissement¹⁰⁰. Dès lors les États membres ne peuvent pas adopter des réglementations fixant des conditions moins favorables pour certaines formes d'établissements secondaires¹⁰¹.

B. Les justifications possibles à ces atteintes

i. Les motifs justificatifs

Nonobstant, toutes les restrictions ne sont pas condamnables par le TFUE, celui-ci reconnaît certains obstacles comme nécessaires¹⁰². Certaines entraves à la liberté d'établissement peuvent être admissibles par le Traité ou

⁹⁴ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 25.

⁹⁵ Directive 2005/56/CE.

⁹⁶ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 25.

⁹⁷ *Idem*, p. 26.

⁹⁸ CJCE, *Halliburton*, n° 20 ; CJCE, *Commission / France*, n° 19 ; CJCE, *Royal Bank of Scotland plc*, n° 26 ; CJCE, *Baars*, n° 30.

⁹⁹ CJCE, *Commission contre France*, n° 22 ; CJCE, *CLT-UFA*, n° 14.

¹⁰⁰ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 48.

¹⁰¹ CJCE, *Commission contre France*, n° 22 ; CJCE, *CLT-UFA*, n° 14 ; MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 48.

¹⁰² TRUCHOT, art. 43 CE n° 16.

par la Cour, par conséquent la protection de la liberté d'établissement n'est pas absolue¹⁰³. Le Traité, lui prévoit des restrictions justifiées par des intérêts légitimes, tandis que la Cour admet que certains impératifs peuvent justifier les restrictions à la liberté d'établissement pour autant qu'elles ne sont pas discriminatoires¹⁰⁴.

L'art. 52 al. 1 TFUE prévoit des justifications aux mesures discriminatoires indirectes des États membres¹⁰⁵. Cette disposition concerne principalement les personnes physiques, mais en vertu du renvoi prévu à l'art. 54 al. 1 TFUE, elle est également applicable aux sociétés¹⁰⁶. Les concepts énumérés à l'art. 52 al. 1 TFUE renvoient à des notions de droit national, étant donné que le but est de sauvegarder des intérêts nationaux¹⁰⁷. Les États membres ont donc une grande marge d'appréciation vis-à-vis de ces concepts¹⁰⁸. Nonobstant la Cour limite la portée de ces notions en précisant que ces motifs ne sont applicables qu'« en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société »¹⁰⁹. L'ordre et la sécurité publique sont analysés ensemble et la Cour ne les dissocie pas¹¹⁰. La sécurité publique renvoie à la protection de l'État et de ses institutions, l'honneur, l'intégrité physique et le patrimoine des citoyens. L'ordre public renvoie aux mesures de protection de la vie. La santé publique doit quant à elle se référer à un danger réel et vise les mesures prises afin de préserver la santé et d'empêcher la propagation de maladies¹¹¹. Pour invoquer ces principes le respect de la proportionnalité est

¹⁰³ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 51.

¹⁰⁴ TRUCHOT, art. 43 CE n° 22.

¹⁰⁵ PROGINS / EPINEY / MOSTERS, p. 113.

¹⁰⁶ LACKHOFF, p. 449.

¹⁰⁷ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 54.

¹⁰⁸ LACKHOFF, p. 450.

¹⁰⁹ CJCE, *Calfa*, n° 21.

¹¹⁰ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 54.

¹¹¹ *Idem*, p. 55.

de mise¹¹². Les mesures prises doivent être indispensables et aptes à atteindre le but visé et être les moins contraignantes possibles¹¹³.

Si les entraves ne peuvent être justifiées par ces motifs, la Cour admet potentiellement comme justification à des mesures restrictives, des raisons impérieuses d'intérêt général¹¹⁴. Les raisons impérieuses d'intérêt général équivalent par exemple à la protection des associés minoritaires, des salariés, des créanciers, du bon fonctionnement du système fiscal, etc.¹¹⁵. En ce qui concerne les sociétés, les raisons impérieuses d'intérêt général touchent principalement des questions fiscales. Il est admis par la Cour que le risque d'évasion fiscale peut justifier certaines restrictions¹¹⁶. En ce qui concerne les autres raisons impérieuses, il convient d'évoquer la lutte contre les abus de droit, la sécurité et la loyauté des transactions commerciales, la protection des consommateurs, la préservation de la propriété industrielle et commerciale¹¹⁷. Le défaut d'organisation ne constitue pas cependant un motif pouvant justifier une entrave à la liberté d'établissement¹¹⁸. A préciser que les raisons impérieuses d'intérêt général ne peuvent être évoquées que lorsque l'activité en cause n'est pas soumise à une harmonisation communautaire¹¹⁹.

ii. L'exigence de proportionnalité de la justification

Une entrave, afin d'être justifiée, doit respecter le principe de la proportionnalité (aptitude, nécessité et proportionnalité au sens strict)¹²⁰. La Cour donne

¹¹² PROGINS / EPINEY / MOSTERS, p. 114.

¹¹³ CJCE, *Commission / Italie*, n° 26 ; MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 61.

¹¹⁴ CJCE, *Inspire Art*, n° 132.

¹¹⁵ CJCE, *Überseering*, n° 92; MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 56 ; TRUCHOT, art. 43 CE n° 24.

¹¹⁶ CJCE, *ICI plc*, n° 26 ; CJCE, *Metallgesellschaft et Hoechst*, n° 57.

¹¹⁷ CJCE, *Centros*, n°s 24 et 27 ; CJCE, *Inspire Art*, n°s 120 et 136 ; MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 59s.

¹¹⁸ CJCE, *Commission contre France*, n° 24.

¹¹⁹ TRUCHOT, art. 43 CE n° 24.

¹²⁰ PROGINS / EPINEY / MOSTERS, p. 138.

une interprétation restrictive quant à l'acceptation de restrictions, il faut que celles-ci soient aptes et nécessaires pour atteindre le but visé¹²¹.

III. La liberté de déplacement du siège d'une société

Ce point traite des divers aspects problématiques du transfert de siège ainsi que de sa réglementation jurisprudentielle et en droit communautaire

A. Les problématiques liées au transfert de siège

Une société peut, au cours de son existence, vouloir transférer son siège d'un État membre à un autre. Les raisons de ce transfert sont diverses, par exemple afin de bénéficier d'une fiscalité plus avantageuse ou d'une main d'œuvre meilleur marché¹²². Lorsqu'une société souhaite exercer ses activités dans un autre État membre, diverses solutions s'offrent à elle. Elle peut effectuer des services depuis son pays de constitution, fusionner avec une société de l'État membre dans lequel elle souhaite transférer ses activités, créer un établissement secondaire, ou encore transférer son siège¹²³.

Différentes questions et problématiques apparaissent lorsqu'une société choisit comme solution le transfert de son siège. Il faut distinguer le cas où une société souhaite transférer son siège statutaire ou son siège réel étant donné que ce choix ne pose pas les mêmes soucis juridiques¹²⁴. L'intérêt pour une société de déplacer son siège statutaire est de se voir appliquer une loi plus avantageuse ou d'être plus proche factuellement de ses activités¹²⁵. A

¹²¹ PROGINS / EPINEY / MOSTERS, p. 91 ; TRUCHOT, art. 43 CE n° 24, art. 54 CE, n° 2.

¹²² BISACRE, p. 252.

¹²³ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 78.

¹²⁴ *Idem*, p. 79.

¹²⁵ *Ibidem*.

contrario, l'intérêt pour une société de transférer seulement son siège réel, c'est de transférer l'essentiel de l'entreprise tout en restant soumise à la loi d'origine¹²⁶.

Les problèmes liés au transfert du siège statutaire ou réel d'une société sont la conséquence directe de la coexistence de plusieurs théories en matière de rattachement des sociétés¹²⁷. Par exemple une question d'« apatridie » se pose lorsqu'une société constituée dans un État membre appliquant le critère du siège réel, déplace son siège réel dans un État membre appliquant le critère du siège statutaire¹²⁸. Des problèmes de double nationalité se posent lorsqu'une société constituée dans un État membre appliquant la théorie de l'incorporation transfère son siège réel dans un État membre appliquant la théorie du siège réel¹²⁹. Si une société constituée dans un État membre appliquant la théorie de l'incorporation souhaite transférer siège statutaire dans un État membre qui applique la théorie du siège réel, cela sera impossible si la société reste administrée dans l'État d'origine¹³⁰. Par conséquent les sociétés se retrouvent dans des situations juridiques qui sont réglementées par des lois nationales, et ce seulement dans une certaine mesure¹³¹. Une zone grise est alors créée étant donné la disparité des systèmes juridiques nationaux et l'application de différents critères de rattachement¹³². Certains États ont des législations plutôt libérales tandis que d'autres plutôt protectionnistes¹³³. Cela rend le transfert de siège complexe, crée de nombreux soucis relatifs à la prévisibilité et la sécurité du droit ainsi qu'un risque de restrictions à la liberté d'établissement¹³⁴. Ces problèmes auraient pu être résolus par une uniformisation du droit des sociétés en ce qui concerne le transfert de siège, mais

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ TOGNI, n° 35.

¹²⁸ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 80.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ TOGNI, n° 35.

¹³¹ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 80 ; TOGNI, n° 35.

¹³² MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 80.

¹³³ MCELEAVY / BORG-BARTHET, p. 1027.

¹³⁴ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 80s.

malheureusement elle n'existe pas encore. Cela crée donc une cohabitation difficile entre la nationalité d'une société, la liberté d'établissement et la liberté de déplacement du siège d'une société¹³⁵.

B. L'évolution de la jurisprudence de la CJUE

La Cour a rendu plusieurs arrêts, afin de dessiner de manière communautaire les contours de la liberté d'établissement et du transfert du siège d'une société. Le but étant de donner une certaine direction au droit international privé des États membres en matière de transfert de siège d'une société. Au fil du temps, la position de la CJUE a considérablement évolué.

Premièrement, il y a l'arrêt *Daily Mail*¹³⁶ rendu en 1988. Dans cette affaire, une société ayant son siège principal en Angleterre souhaite transférer son siège effectif aux Pays-Bas pour des raisons fiscales¹³⁷. Nonobstant la société ne souhaite pas perdre sa personnalité juridique afin de rester soumise à la loi de l'État d'origine¹³⁸. La Cour, relève qu'en l'état actuel du droit communautaire, les conditions de déplacement du siège d'une société relève du droit national des états membres¹³⁹. « Un État membre a la possibilité d'imposer à une société constituée en vertu de son ordre juridique des restrictions au déplacement du siège effectif de celle-ci hors de son territoire pour que cette société puisse conserver la personnalité juridique dont elle bénéficie en vertu du droit de ce même État membre »¹⁴⁰. Cela se justifie par le fait qu'il n'est pas possible de bénéficier de la nationalité d'un État membre et en même temps de transférer son siège statutaire dans un autre État membre, et ce peu importe la théorie de rattachement appliquée¹⁴¹. Ce principe découle du fait que les sociétés n'ont d'existence qu'au travers des différentes législations nationales

¹³⁵ SANTORO, p. 355.

¹³⁶ CJCE, *Daily Mail*.

¹³⁷ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 84.

¹³⁸ SANTORO, p. 361.

¹³⁹ CJCE, *Daily Mail*, n° 14.

¹⁴⁰ *Idem*, n° 24.

¹⁴¹ Santoro, p. 362.

qui les constituent¹⁴². La Cour a finalement tranché qu'en l'état actuel du droit communautaire, on ne pouvait déduire des art. 49 et 54 TFUE un droit « à une société constituée en conformité avec la législation d'un État membre et y ayant son siège statutaire, de transférer son siège de direction dans un autre État membre »¹⁴³. En d'autres termes, il n'est pas possible de transférer, sans une liquidation en amont, le siège de direction d'une société¹⁴⁴.

Deuxièmement, l'arrêt *Centros*¹⁴⁵ rendu en 1999. Dans cette affaire la société Centros Ltd n'a exercé aucune activité commerciale depuis sa création dans son État d'origine¹⁴⁶. Elle a fait une demande d'immatriculation d'une succursale au Danemark (État d'accueil)¹⁴⁷. La Cour a admis dans cette affaire que l'instauration d'un établissement secondaire au Danemark, correspondait à un transfert de siège et cela même si dans les faits, l'État d'accueil représentait le lieu effectif d'activité de la société¹⁴⁸. Refuser d'immatriculer une succursale d'une société, possédant son siège dans un autre État membre, entraîne une restriction du droit d'établissement (art. 49 *cum* 54 TFUE) des sociétés constituées conformément à la législation de cet autre État membre¹⁴⁹. Dès lors qu'une société remplit les conditions de l'art. 54 TFUE, alors elle a le droit, d'après la Cour, de constituer une succursale pour y exercer l'ensemble de ses activités dans un autre État membre que celui de sa constitution¹⁵⁰. Cela est, dans les faits assimilés à un transfert de siège réel¹⁵¹. Par conséquent dans cette affaire la Cour admet la liberté des sociétés de décider le droit qui leur sera applicable¹⁵². Ainsi le rattachement au droit anglais, jugé comme fictif par les autorités danoises, doit être admis au regard de la garantie de la liberté

¹⁴² CJCE, *Daily Mail*, n° 19.

¹⁴³ *Idem*, n° 25.

¹⁴⁴ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 85 ; SANTORO, p. 362.

¹⁴⁵ CJCE, *Centros*.

¹⁴⁶ *Idem*, n° 3.

¹⁴⁷ *Idem*, n° 2.

¹⁴⁸ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 87.

¹⁴⁹ CJCE, *Centros*, n° 21.

¹⁵⁰ *Idem*, n° 20.

¹⁵¹ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 86.

¹⁵² CJCE, *Centros*, n° 27 ; MENJUCQ, n° 274.

d'établissement¹⁵³. Nonobstant la Cour précise que cela n'exclut pas le droit des États membres de prendre des mesures afin d'éviter que des sociétés ne fassent un usage abusif de la liberté d'établissement ainsi que d'éviter des fraudes fiscales¹⁵⁴. Dans cette affaire la Cour a limité la marge de manœuvre des États membres qui appliquent la théorie du siège réel¹⁵⁵. Ceux-ci n'ont plus la faculté de refuser la reconnaissance et l'immatriculation d'une société relevant d'un autre État membre¹⁵⁶. Par conséquent en admettant qu'une société puisse transférer son siège effectif, sous forme d'un établissement secondaire dans un autre État membre apporte un important changement en matière d'harmonisation du droit européen des sociétés¹⁵⁷. Cela a suscité une discussion significative dans la doctrine à propos de l'avenir de la théorie du siège réel¹⁵⁸.

Troisièmement, l'arrêt *Überssering*¹⁵⁹ datant de 2002. Cet arrêt revêt une importance majeure. L'Allemagne refusait *in casu* d'attribuer la faculté d'ester en justice à la société hollandaise qui n'a transféré que son siège effectif en Allemagne¹⁶⁰. L'Allemagne considérait que la société était soumise à son droit car elle avait son siège réel sur son territoire, mais étant donné qu'elle n'avait pas été créée selon le droit allemand, la capacité juridique ne pouvait lui être reconnue¹⁶¹. Il est d'abord précisé dans cet arrêt que les dispositions appliquées par un État membre à une société, après le transfert de son siège effectif sur son territoire relèvent de la liberté d'établissement¹⁶². Dès le moment où une société a transféré son siège social, ce sont les dispositions de l'État d'accueil qui s'appliquent¹⁶³. Une société constituée selon la législation d'un État

¹⁵³ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 87.

¹⁵⁴ CJCE, *Centros*, n° 25.

¹⁵⁵ PROGINS / EPINEY / MOSTERS, p. 111.

¹⁵⁶ ROUSSOS, p. 14.

¹⁵⁷ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 87.

¹⁵⁸ LAUTERFELD, p. 80 ; PROGINS / EPINEY / MOSTERS, p. 111 ; ROUSSOS, p. 13.

¹⁵⁹ CJCE, *Überseering*.

¹⁶⁰ SANTORO, p. 358.

¹⁶¹ WYMEERSCH, p. 674.

¹⁶² MUSTAKI / ENGAMMARE, pp. 74, 89.

¹⁶³ SANTORO, p. 370.

membre, conserve la personnalité juridique dans l'État d'origine même en cas de transfert du siège réel dans un autre État membre¹⁶⁴. L'Allemagne doit reconnaître, qu'en vertu de la liberté d'établissement, la personnalité juridique ayant la capacité d'ester en justice de la société (qui n'a pour rappel d'existence qu'à travers les législations nationales)¹⁶⁵. Les États membres ont le droit de prévoir des règles qui restreignent le transfert du siège réel des sociétés constitués selon leur droit, et de prévoir des restrictions à la liberté d'établissement (pour autant qu'elles soient justifiées)¹⁶⁶. Mais il n'est pas possible par contre de ne pas reconnaître une société constituée selon son droit, cela est contraire à la liberté d'établissement¹⁶⁷. Le but est à la fois de respecter la souveraineté des États membres et le droit communautaire. Il est établi que la capacité juridique d'une société constitue le noyau inaliénable de la liberté d'établissement, il ne peut être restreint. Le critère de rattachement quant à lui ne justifie pas une restriction à la liberté d'établissement¹⁶⁸. Dans cette affaire, contrairement à l'affaire *Daily mail*, la liberté d'établissement était restreinte par l'État d'accueil et non par celui d'origine, par conséquent *Daily Mail* n'était pas applicable¹⁶⁹. Il y a donc une distinction à faire entre l'émigration et l'immigration des sociétés¹⁷⁰. A travers cet arrêt il est établi que l'arrêt *Daily Mail* est toujours applicable et que les doutes sur la compatibilité entre l'arrêt *Centros* et *Daily Mail* sont levés¹⁷¹. Cet arrêt élargit la portée de la liberté d'établissement des sociétés en étant comme dans l'arrêt *Centros* restrictif envers les États appliquant la théorie du siège réel¹⁷². Cette théorie ne peut limiter la portée de la liberté d'établissement, cela est incompatible avec les art. 49 et 54 TFUE. Le critère de rattachement ne justifie pas une restriction à la liberté

¹⁶⁴ CJCE, *Überseering*, n° 73.

¹⁶⁵ *Idem*, n° 76.

¹⁶⁶ CJCE, *Überseering*, n° 76 ; CJCE, *Cartesio*, n° 107 ; MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 89.

¹⁶⁷ CJCE, *Überseering*, n° 93 ; MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 89.

¹⁶⁸ SANTORO, p. 359.

¹⁶⁹ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 89.

¹⁷⁰ WYMEERSCH, p. 676.

¹⁷¹ LAUTERFELD, p. 81 ; ROUSSOS, p. 14s.

¹⁷² MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 89.

d'établissement¹⁷³. A préciser que même si cet affaire traite principalement de la capacité juridique d'une société, il est possible de l'étendre à d'autres questions vis-à-vis du transfert de siège des sociétés¹⁷⁴.

Quatrièmement, il y a l'arrêt *Inspire Art*¹⁷⁵ rendu en 2003. Cet arrêt précise le principe de la liberté d'établissement secondaire et les limites aux entraves que fixent les États membres aux sociétés voulant transférer leur siège sur leur territoire¹⁷⁶. Il s'agit d'un cas pouvant être assimilé à un transfert de siège effectif¹⁷⁷. La Cour a admis que le fait d'imposer des obligations plus strictes vis-à-vis des sociétés étrangères, représentait des entraves contraires à la liberté d'établissement (art. 49 et 54 TFUE)¹⁷⁸. Il n'est pas possible d'imposer un formalisme plus poussé au niveau des établissements secondaires pour les sociétés ayant leur siège statutaire dans un autre État membre¹⁷⁹. Il faut une égalité des conditions pour la création d'établissements secondaires pour les sociétés nationales et pour les sociétés ayant leur siège statutaire dans un autre État membre¹⁸⁰. Cet arrêt réduit donc la marge de manœuvre des États d'accueil¹⁸¹. Il s'inscrit dans la lignée des arrêts *Centros* et *Überseering* et vient les compléter¹⁸². La Cour adopte une approche restrictive vis-à-vis de la théorie du siège réel et rappelle qu'il n'est pas possible de justifier des restrictions par le critère de rattachement¹⁸³.

Cinquièmement, il y a l'arrêt *Cartesio*¹⁸⁴ datant de 2008. Cette affaire traite d'un cas de transfert réel. Il rappelle plusieurs principes notamment que les

¹⁷³ SANTORO, p. 359.

¹⁷⁴ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 72.

¹⁷⁵ CJCE, *Inspire Art*.

¹⁷⁶ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 90.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ TOGNI, n° 42.

¹⁷⁹ SANTORO, p. 366.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 90.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ SANTORO, p. 359.

¹⁸⁴ CJCE, *Cartesio*.

sociétés n'ont d'existence qu'à travers le droit national d'un État membre ou la distinction entre l'établissement et le déplacement du siège d'une société¹⁸⁵. La Cour admet que les art. 49 et 54 TFUE ne s'opposent pas à des règles prévues par l'État membre d'origine empêchant « ...une société constituée en vertu du droit national de cet État membre de transférer son siège dans un autre État membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'État membre selon la législation duquel elle est constituée »¹⁸⁶. La Cour introduit une nouvelle distinction dans cette affaire entre le transfert transfrontalier et la transformation transfrontalière¹⁸⁷. Le transfert transfrontalier équivaut à un changement de siège sans changement de *lex sociatis*¹⁸⁸. La transformation transfrontalière équivaut quant à elle à un transfert de siège mais avec changement de *lex sociatis*¹⁸⁹.

Dans le cas d'une transformation transfrontalière, l'État membre d'origine ne peut exiger une liquidation de la société avant l'émigration de la société dans un autre État membre¹⁹⁰. Empêcher une transformation transfrontalière dans un autre État membre équivaut à une restriction de la liberté d'établissement¹⁹¹. Cette solution permet aux sociétés de se libérer du lien de rattachement avec l'État d'origine¹⁹². Cela se justifie par le fait qu'en modifiant sa loi durant le déplacement du siège, une société se libère du critère de dépendance vis-à-vis du droit national et du critère de rattachement¹⁹³. Cependant, il n'existe toujours pas de droit au transfert du siège de direction en maintenant l'existence de la personnalité juridique de la société¹⁹⁴. Lorsqu'une société désire conserver la personnalité juridique tout en restant soumise au droit de

¹⁸⁵ CJCE, aff. C-81/87, *Daily Mail*, n° 24 ; CJCE, *Überseering*, n° 70 ; *Idem* nos 104 et 107 ; TOGNI, n° 43.

¹⁸⁶ CJCE, aff. C-210/06, *Cartesio*, n° 124.

¹⁸⁷ Directive(UE) 2019/2121 ; *Idem*, n° 111.

¹⁸⁸ TOGNI, n° 43.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ CJCE, *Cartesio*, n° 112.

¹⁹¹ *Idem*, n° 113.

¹⁹² SANTORO, p. 369.

¹⁹³ MCELEAVY / BORG-BARTHET, p. 1027.

¹⁹⁴ PROGINS / EPINEY / MOSTERS, p. 106.

l'État de constitution elle ne peut qu'effectuer un transfert de son administration centrale si l'État applique le critère de l'incorporation¹⁹⁵. *A contrario* si elle souhaite déplacer son siège statutaire avec changement de loi applicable, elle peut le faire sans que l'État membre d'origine ne s'y oppose et cela peu importe le critère de rattachement appliqué¹⁹⁶. Cet arrêt étend donc la portée de la liberté d'établissement pour les sociétés migrantes, en admettant la transformation transfrontalière sans dissolution préalable de la société¹⁹⁷. La Cour concilie donc dans cette affaire le droit communautaire et le droit des États membres.

Sixièmement, l'arrêt *VALE Építési* datant de 2012, complétant les jurisprudences précédentes¹⁹⁸. Cette affaire octroie un droit à la transformation transfrontalière dans l'UE¹⁹⁹. La transformation transfrontalière est reconnue comme une modalité de la liberté d'établissement²⁰⁰. La Cour est opposée à « une réglementation nationale qui, tout en prévoyant pour des sociétés de droit interne la faculté de se transformer, ne permet pas, de manière générale, la transformation d'une société relevant du droit d'un autre Etat membre »²⁰¹. Nonobstant, l'État membre d'accueil a le droit de prévoir une réglementation vis-à-vis d'une telle opération, tout en respectant évidemment les principes du droit communautaire²⁰². C'est la première fois que la CJUE juge une situation de refus de reconnaissance d'un transfert de siège statutaire par l'État membre d'accueil²⁰³.

Finalement, il y'a l'arrêt *Polbud*²⁰⁴ rendu fin 2017 qui constitue la dernière évolution jurisprudentielle majeure au sujet de la liberté de déplacement du siège

¹⁹⁵ SANTORO, p. 369.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ CJCE, *VALE Építési*.

¹⁹⁹ TOGNI, n° 45.

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ CJCE, *VALE Építési*, n° 41.

²⁰² *Idem*, n° 62.

²⁰³ VERMEYLEN, p. 276.

²⁰⁴ CJCE, *Polbud*.

d'une société. La Cour de justice considère que les sociétés constituées en conformité avec la législation d'un État membre peuvent, en vertu de la liberté d'établissement (art. 49 et 54 TFUE), s'établir dans un autre État membre et ce peu importe les motifs du transfert²⁰⁵. En d'autres termes, une société peut déplacer son siège statutaire dans un autre État membre sans procéder à sa liquidation en amont en vertu de la liberté d'établissement. Les États membres d'origine n'ont désormais qu'une petite liberté pour adopter des règles empêchant le transfert de siège statutaire, et cela même si le transfert n'a pour but que de contourner la législation²⁰⁶. La fraude à la loi ne justifie plus une restriction à l'exercice de la liberté d'établissement²⁰⁷. La Cour en profite au passage pour rappeler que l'art. 54 al. 1 TFUE énonce les seules conditions qu'une société doit remplir pour voir les dispositions relatives à la liberté d'établissement s'appliquer²⁰⁸. La Cour n'admet désormais plus les entraves qu'elle avait admises par le passé afin de limiter la portée de l'arrêt *Centros*, tel que l'exigence d'une activité économique effective dans l'État membre d'accueil par exemple²⁰⁹. Par conséquent, la Cour élargit encore une fois le champ d'application de la liberté d'établissement et encourage la compétition entre les diverses législations nationales²¹⁰. Il est désormais exclu que les États membre imposent une obligation de liquidation aux sociétés voulant transférer leurs sièges statutaires dans un autre État membres²¹¹. Le transfert de siège statutaire, sans transfert du siège effectif, est à présent protégé par la liberté d'établissement²¹².

²⁰⁵ TOGNI, n° 46.

²⁰⁶ CJUE, *Polbud*, n°s 40 et 62.

²⁰⁷ TOGNI, n° 47.

²⁰⁸ CJUE, *Polbud*, n° 32.

²⁰⁹ *Idem*, n° 37 ; TOGNI, n° 48.

²¹⁰ TOGNI, n° 48.

²¹¹ CJUE, Communiqué de presse.

²¹² CJUE, *Polbud*, n° 44.

C. La réglementation européenne

La Cour, en plus de développer durant plus de trente ans une jurisprudence ayant pour but de donner un cadre communautaire au transfert de siège d'une société, reconnaît déjà en 1988 le manque de réglementation en matière de transfert de siège d'une société²¹³. Au fil de l'évolution jurisprudentielle, la Cour a réitéré son souhait que des travaux législatifs ou conventionnels harmonisent le droit de déplacement du siège d'une société²¹⁴. Conscient de l'absence de réglementation et des divergences entre les différents arrêts de la Cour, développant des principes à la fois incomplets et complexes en matière de transfert de siège, le Parlement a demandé à la Commission d'adopter une quatorzième directive sur le droit des sociétés²¹⁵. La première proposition de réglementation date de 1997 et se basait sur une étude du KPMG²¹⁶. Il y avait donc une élaboration d'un projet de proposition d'une 14^{ème} directive²¹⁷. Malheureusement au vu de l'évolution jurisprudentielle, un décalage s'est creusé entre les solutions apportées par le projet et celles apportées par la Cour en matière de transfert de siège d'une société, ce qui a conduit la Commission à abandonner le projet en 2007²¹⁸. Nonobstant, ce projet ne proposait qu'une harmonisation limitée car il traitait uniquement des questions de droit applicables et de leur reconnaissance²¹⁹. Il renvoyait aux solutions nationales en vigueur pour les questions non résolues²²⁰.

En 2002 sort un rapport du groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés²²¹. Ce rapport contient une série de recommandations au sujet du transfert de siège et invite la Commission à présenter une nouvelle proposition pour

²¹³ CJCE, *Daily Mail*, nos 21, 22 et 23.

²¹⁴ CJCE, *Überseering*, n° 69 ; CJCE, *Cartesio*, n° 108.

²¹⁵ TOGNI, n° 50.

²¹⁶ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 90; *KPMG, étude sur le transfert de siège*.

²¹⁷ *Proposition d'une quatorzième directive*.

²¹⁸ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 90s.

²¹⁹ ROUSSOS, p. 18.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ *Rapport du Groupe de haut niveau d'expert*.

une quatorzième directive sur le droit des sociétés. Un plan d'action est alors adopté sur la base de ce rapport²²². La Commission y déclare son intention de présenter une nouvelle proposition de quatorzième directive des sociétés relative au transfert de siège²²³. Dans un communiqué de presse la Commission a exposé de manière générale ses objectifs²²⁴. Cependant selon l'étude d'impact relative au transfert de siège d'un État membre à un autre publiée en décembre 2007, l'adoption d'une directive n'apparaît pas comme la solution optimale pour remplir les divers objectifs fixés²²⁵. L'étude a conclu que les effets de la directive sur la fusion transfrontalière, adoptée en 2005, étaient encore inconnus, par conséquent il valait mieux attendre afin d'observer le résultat de ses développements²²⁶. De plus la jurisprudence de la Cour permet de clarifier les différentes problématiques liées au déplacement de siège et apporte des solutions au niveau communautaire (même si elles sont incomplètes)²²⁷.

Depuis 1988, le droit de déplacement du siège d'une société manque cruellement de réglementation²²⁸. De plus les changements de position de la Cour, qui tente au fil des années d'éclaircir les zones grises, donne lieu à une jurisprudence complexe et incomplète n'aidant pas à apporter une solution claire aux diverses questions liées au transfert de siège²²⁹. Le Parlement a donc demandé à plusieurs reprises l'adoption d'une directive sur le transfert transfrontalier de sièges des sociétés (quatorzième directive sur le droit des sociétés) qui tarde à arriver²³⁰. Ce qui fait qu'à ce jour, aucune réglementation européenne ne concilie les différents éléments de cette problématique.

²²² *Communication de la Commission.*

²²³ *Idem*, p. 23s.

²²⁴ *Communiqué de presse de la Commission.*

²²⁵ *Étude d'impact*, p. 6.

²²⁶ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 97.

²²⁷ *Idem*, p. 97s.

²²⁸ CJCE, *Daily mail*, n^{os} 22 et 23.

²²⁹ MUSTAKI / ENGAMMARE, p. 80s.

²³⁰ BALLESTER / DEL MONTE, p. 11.

IV. Conclusion

Un groupement juridique souhaitant bénéficier de la liberté d'établissement doit rentrer dans le champ d'application de la définition communautaire de la société, être reconnu par un État membre, et être rattaché à la Communauté (art. 54 TFUE) (*supra* I). Dès lors qu'une société bénéficie de la liberté d'établissement, les États membres ont l'interdiction de prendre des mesures non justifiées portant atteinte à la liberté d'établissement de la société (*supra* II). Une fois installée dans un État membre, une société peut, au cours de son existence, vouloir déplacer son siège statutaire ou effectif. Comme on l'a vu, cela pose un certain nombre de problèmes au niveau du droit européen (*supra* III/A). C'est afin de pallier à ces problèmes que la Cour tente depuis des décennies d'éclaircir tant bien que mal les zones d'ombre créées par des litiges sur des questions de déplacement du siège des sociétés (*supra* III/B). Ce vide juridique est causé par de nombreux projets, études, etc. n'ayant pas aboutis à l'adoption d'une quatorzième directive sur le droit des sociétés (*supra* III/C).

Nonobstant, on peut s'interroger sur l'optimalité de cette directive. Complèterait-elle vraiment tous les vides juridiques encore présents en droit européen sur des questions liées au transfert de siège ? On peut être plus ou moins sceptique face à l'adoption d'une telle réglementation. En effet cela fait longtemps que les institutions européennes s'efforcent sans grands résultats d'adopter cette quatorzième directive sur le droit des sociétés. De plus cela risque de rompre un équilibre déjà fragile entre le droit européen et le droit national au niveau de la reconnaissance des sociétés. On peut facilement penser que le droit européen a une présence trop lourde sur les ordres juridiques nationaux et que les diverses questions liées au transfert du siège des sociétés peuvent faire l'objet d'accord bi(multi)latéraux entre États membres. Néanmoins, une quatorzième directive sur le droit des sociétés permettrait de clarifier de nombreuses questions liées à la liberté de déplacement du siège d'une société et sa relation avec la liberté d'établissement, et ainsi d'éviter une position de la Cour en évolution constante sur ces questions. Au vu des travaux que les institutions et les divers organismes européens entreprennent depuis

des années, il y a bon espoir, que cette quatorzième directive voit le jour, et qu'elle fasse avancer le droit européen des sociétés.

Fribourg, le 5 janvier 2022

Valentin De Palma