

**Quelques observations sur la Directive no. 2019/2121 clarifiant la situation des sociétés migrantes dans l'Union européenne****Drd. Ana-Maria Dimofte**

Chargée de travaux dirigés

Faculté de Droit, Université de Bucarest

**Résumé :** *Les sociétés commerciales qui sont établies dans un État membre bénéficient de la liberté d'établissement. La combinaison des articles 49 et 54 de TFUE leur donnent cette prérogative. Elles peuvent, par conséquent, décider de s'établir dans un autre État membre, de faire leur activité sur ce territoire. Ces dernières années, les sociétés soumises au droit d'un État membre ont commencé à être plus actives sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne, sans plus limiter leurs activités au seul l'État membre en application de la loi duquel elles avaient été constituées et sur le territoire duquel elles avaient leur siège. Par cet élargissement des activités elles ont trouvé, de même, des États et des législations plus appropriées pour leur besoins juridiques, économiques ou sociaux. C'est le moment où le transfert du siège social ou, parfois, le changement de la lex societatis a commencé à être de plus en plus attractif. Le marché intérieur a, c'est bien entendu, favorisé ce phénomène et l'a doté non seulement de légitimité, mais aussi des moyens effectifs de sa mise en œuvre. La jurisprudence de la Cour de Justice est abondante en matière de transfert du siège social et s'est orienté de plus en plus en faveur de l'étendu de la liberté d'établissement des sociétés commerciales européennes. Toutefois, en raison d'une nécessité croissante de clarté et de transparence, aussi que d'un cadre procédural cohérent et prévisible, une nouvelle directive est apparue dans le droit de l'Union européenne, directive qui vise à organiser les règles nationales visant le transfert des sociétés d'un État membre à autre – la directive no. 2019/2121 du 27 novembre 2019.*

**Mots-clés :** *transfert du siège social; lex societatis; Directive no. 2019/2121; droit des sociétés; liberté d'établissement.*

**Câteva observații asupra Directivei nr. 2019/2121 ce clarifică situația societăților migratoare în Uniunea Europeană**

**Rezumat:** *Societățile stabilite într-un stat membru al Uniunii Europene beneficiază de libertate de stabilire. Prin aplicarea cumulativă a articolelor 49 și 54 TFUE, această prerogativă le este conferită. Acestea pot, astfel, să decidă să se stabilească într-un alt stat membru și să-și desfășoare activitatea pe teritoriul respectiv. În ultimii ani, societățile guvernate de dreptul unui stat membru au început să fie din ce în ce mai active pe întregul teritoriu al Uniunii europene, fără a mai fi limitate la desfășurarea activității în statul unde își au sediul social. Prin lărgirea sferei de cuprindere a activității desfășurate, acestea au descoperit legislații mai potrivite nevoilor lor economice, juridice și sociale. Acesta a fost momentul în care transferul sediului social și, uneori, schimbarea lex societatis au devenit*

*din ce în ce mai atractive. Piața interioară a Uniunii a favorizat acest fenomen și i-a conferit nu numai legitimitate, ci și mijloace efective de realizare. Jurisprudența Curții de Justiție est abundantă în materia transferului sediului social și s-a orientat din ce în ce mai mult în favoarea extinderii libertății de stabilire a societăților. Cu toate acestea, din cauza nevoii din ce în ce mai mari de claritate și transparență, precum și de un cadru procedural coerent și previzibil, o nouă directivă a apărut în dreptul unional, directivă ce are drept obiectiv organizarea regulilor naționale în materia transferului societăților dintr-un stat membru în altul – este vorba de directiva nr. 2019/2021 din 27 noiembrie 2019.*

**Cuvinte cheie:** *transferul sediului social; lex societatis; Directiva nr. 2019/2121; drept societar; libertatea de stabilire.*

### **A few observations on the Directive no. 2019/2121 clarifying the situation of migrant companies in the European Union**

**Abstract:** *The companies registered in a Member State benefit from the freedom of establishment. The application of the articles 49 and 54 TFUE offers this prerogative. Thus, they can decide to establish in another Member State and do business there. In the last years, the companies governed by the law of a Member State began to be more and more active throughout the entire Union. This was the moment when the transfer of the statutory seat and, sometimes, the change of the lex societatis, began to become much more attractive. The interior market favoured this phenomenon and not only conferred legitimacy to it, but established the means in order to ensure its effectiveness. The caselaw of the Court of Justice is abundant in the matter of transfer of statutory seat and is oriented towards the extension of the freedom of establishment. Nevertheless, given the growing need for clarity and transparency, as for a coherent and predictable framework, a new directive was adopted in the EU, a directive aiming to organise the national laws in matter of transfer of companies from one State to another – it is the Directive no. 2019/2021 adopted on 27th of November 2019.*

**Key words:** *transfer of the statutory seat; lex societatis; Directive no. 2019/2121; company law; freedom of establishment.*

## **I. INTRODUCTION**

Les décisions de la Cour de Justice en interprétant les articles 49 et 54 TFUE, ont créé le cadre pour la mobilité intracommunautaire des sociétés et ont étendu la portée de cette liberté à travers les lois de l'État membre d'origine et de l'État membre d'accueil de la société migrante<sup>1</sup>. Toutefois, un instrument législatif restait toujours une nécessité pour que les règles et les procédures relatives au transfert transfrontalier du siège social soient claires, transparentes et accessibles. Dans ce sens, la doctrine a observé à juste titre que la conséquence est que, pour que le droit au transfert du siège soit effectif du point de vue tant de l'État de départ que de l'État de destination, un instrument normatif doit être mis en place pour l'harmonisation des procédures de radiation du registre d'origine et la

---

<sup>1</sup> V. dans ce sens, Commission européenne, Guide de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'UE relative aux Articles 49 s. du Traité FUE : La liberté d'établissement, disponible en ligne à l'adresse URL: <https://ec.europa.eu>, dernière visite: 30.08.2023.

réinscription dans le registre de commerce de l'État d'accueil, notamment au but de protéger les créanciers et les minoritaires<sup>2</sup>. Cet instrument est la Directive no. 2019/2121 pour les transformations, fusions et scissions transfrontalières<sup>3</sup>, adopté le 27 novembre 2019 et qui devrait être transposée par les États membres avant le 31 janvier 2023.

Nous analysons en suite, ainsi, premièrement la nécessité de la directive **(A)**, les raisons pour lesquels on a finalement mis en place le mécanisme d'harmonisation des lois nationales des États en matière de mobilité transfrontalière des sociétés et, deuxièmement, les principales dispositions de la directive **(B)** pour entendre, en concret le système créé par l'acte européen et pour le corroborer avec les principes antérieurement posés par la jurisprudence.

### A. LA NECESSITE DE LA DIRECTIVE 2019/2121 SUR LE TRANSFERT TRANSFRONTALIER DE SIEGE

Une société commerciale siégée dans un État membre peut avoir l'intérêt de transférer son siège dans un autre État membre. Cet intérêt peut découler, *inter alia*, d'un changement de la structure du marché ou de la position de l'entreprise en question sur le marché respectif<sup>4</sup>, même si les raisons de chaque société pour procéder à une telle opération peuvent grandement varier. Complémentairement, la société peut trouver des lois nationales plus avantageuses dans un autre État membre sur des questions plus importants pour cette société, telles que la réglementation fiscale, administrative, les dispositions relatives aux apports, aux relations avec les créanciers, les travailleurs ou les autres tiers intéressés et, parfois, un régime de droit des sociétés plus favorable pour attirer les investisseurs ou les prêteurs<sup>5</sup> ou, fréquemment, un régime favorable concernant les procédures d'insolvabilité ou l'insolvabilité elle-même.

Comme la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne a consacré plusieurs fois, le transfert du siège social est possible. Cette liberté a été étendue et son cadre a été organisé par la jurisprudence, mais sa portée reste encore aujourd'hui incertaine et incomplète. Comme il a été souligné par l'organe du Parlement Européen, European Added Value Unit (EAVA), « *les méthodes actuellement disponibles pour tels transferts comportent des inconvénients importants que le transfert du siège statutaire d'une société en vertu d'une directive spécifique ne rencontrerait pas* »<sup>6</sup>.

Le principal problème qui se retrouve dans le système actuel du transfert de siège social dans l'espace intra-européen est hétérogénéité des législations nationales. Un premier risque dans ce sens est l'absence d'une réglementation spécifique sur le transfert

<sup>2</sup> C. Gerner-Beuerle, F. M. Mucciarelli, E. Schuster, M. Siems, Cross-border Reincorporation in the European Union: The Case for Comprehensive Harmonisation, Journal of Corporate Law Studies, Vol. 18, Issue 1, 2018, DOI: 10.1080/14735970.2017.1349428, p. 32.

<sup>3</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières – **Directive Mobilité**, 12 décembre 2019, disponible en ligne à l'adresse URL : <http://data.europa.eu>, dernière visité : 30.08.2023.

<sup>4</sup> European Added Value, Directive on the cross-border transfer of a company's registered office 14th Company Law Directive, EAVA 3/2012, disponible en ligne à l'adresse URL : <https://www.europarl.europa.eu>, dernière visite: 30.08.2023, p. 35 (par la suite, **EAVA, Directive on the cross-border transfer...**).

<sup>5</sup> *Idem*, p. 36.

<sup>6</sup> EAVA, *Directive on the cross-border transfer...*, p. 37.

transfrontalier dans la loi d'un des États impliqués. D'après l'arrêt **VALE Építési**<sup>7</sup>, on peut observer une tendance de la Cour de Justice de condamner les lois d'un État membre qui ne prévoient pas les normes pour le transfert international de siège, parce qu'elles constituent des discriminations si l'effet de ce manquement est l'impossibilité de reconnaissance d'une transformation transfrontalière. En l'espèce le manquement était de la part de l'État d'accueil, on ne saurait pas quel aurait été la réponse pour une carence similaire dans l'État d'origine, mais on peut en déduire que si cela se traduira dans un obstacle à la libre circulation, la loi aurait été considérée en violation du droit communautaire. L'arrêt **Cartesio**<sup>8</sup> nous indique dans ce sens que si le transfert est accompagné d'un changement de la loi applicable, la loi de l'État d'origine ne peut l'empêcher.

Si l'absence d'une réglementation spécifique pour les transferts internationaux ne représente pas une entrave aux libertés fondamentales, elle ne résultera pas, en principe en une condamnation par la Cour de Justice, mais cela ne signifie que la société se trouve dans une situation favorable. Elle ne peut pas anticiper son régime et les conséquences de son transfert et, notamment, elle ne connaît pas les procédures à suivre.

C'est possible que le transfert international soit assimilé à une conversion nationale<sup>9</sup>, mais l'incertitude reste et cela va à l'encontre de l'intérêt de la société commerciale pour laquelle la rapidité de l'opération et la réduction des coûts sont les priorités. Dans ce sens, la jurisprudence pouvait se trouver efficace, en bénéficiant d'effet direct, mais l'absence des règles aussi substantielles que procédurales pour l'opération en question compliquait d'une manière importante le transfert désiré par la société commerciale.

Même si les lois nationales des États impliqués prévoyaient des normes spécifiquement conçues pour le transfert international de siège, des risques existaient encore, celui des divergences entre les provisions nationales et celui de la diversité et pluralité des procédures à être accomplies par l'entreprise. Nous ne parlons pas nécessairement des procédures de liquidation ou de dissolution dans l'État d'origine, parce qu'après les arrêts **Cartesio** et, notamment, **Polbud**<sup>10</sup>, la Cour de Justice a laissé une marge très restreinte, voire presque inexistante, pour les États d'imposer ce type des restrictions au départ d'une manière générale. Toutefois, l'absence d'une obligation de liquidation ou de dissolution ne rend pas l'opération assez facile. Des démarches administratives peuvent être requises de la part de tous les deux États, démarches qui ne sont toujours simples ou cohérentes unes avec les autres.

<sup>7</sup> CJEU, aff. C-378/10, **VALE Építési Kft**, 2.07.2012, ECLI:EU:C:2012:440 (par la suite **CJEU, VALE Építési Kft, ...**). Pour en savoir plus, v. *G. Parleani*, Après l'arrêt *Cartesio*, l'arrêt *Vale* apporte des nouvelles précisions sur la mobilité intra-européenne par "transformation". Note sous CJUE, 3e ch, 12 juillet 2012, aff. C-378/10, *Vale Építési kft*, *Rev. soc.*, 2012, p. 645.

<sup>8</sup> CJEU, aff. C-210/06, **CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt**, 16 décembre 2008, ECLI:EU:C:2008:723 (par la suite, **CJEU, Cartesio...**). Dans l'espèce, la société *Cartesio* est constituée selon le droit hongrois et a son siège à Hongrie, pays qui utilise le critère du siège réel - le centre de direction des affaires - comme rattachement pour déterminer la *lex societatis*. Elle décide de transférer son siège en Italie, mais souhaite garder sa qualité de société de droit hongrois. Les autorités hongroises refusent de modifier la localisation du siège de la société au motif que la société ne peut pas à la fois déplacer son siège réel dans un autre État et rester soumise au droit hongrois. La Cour de Justice de l'Union européenne n'a pas, dans ce cas, condamné la législation hongroise. Pour en savoir plus, v. *G. Parleani*, L'arrêt *Cartesio*, ou l'ingénieuse incitation à la migration intra communautaire des sociétés. Note sous CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, *Rev. soc.*, 2009, p. 147.

<sup>9</sup> EAVA, Directive on the cross-border transfer..., p. 16.

<sup>10</sup> CJEU, aff. C-106/16, **Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o.**, 25 octobre 2017, ECLI:EU:C:2017:804 (par la suite, **CJEU, Polbud...**).

De même, selon le cadre jurisprudentiel actuel, tout dépendait du système de rattachement de l'État d'accueil qui pourrait permettre ou non le transfert du seul siège statutaire ou, au contraire, demander la présence d'une activité économique ou juridique réelle sur son territoire<sup>11</sup>. Dans ce sens, la société doit procéder à une analyse très attentive de la loi de l'État de destination, pour déterminer s'il existe la possibilité de la société en question de conserver sa personnalité juridique<sup>12</sup>. Dans ce sens, l'organe du Parlement européen a constaté que les dispositions en vigueur dans les États membres sur le transfert international de siège comportent des divergences<sup>13</sup>, fait qui représentait une carence du système.

Un autre défaut du système avant la directive était, comme nous avons anticipé dans le préambule de l'étude, le caractère incomplet de la jurisprudence. Même si elle a tranché quelques problèmes importants et a créé le cadre de la mobilité des sociétés dans l'intérieur de l'Union comme un « *corollaire de la liberté d'établissement* »<sup>14</sup>, plusieurs critiques peuvent être apportées à ce système. Premièrement, le fait en tant que tel qu'il est créé d'une manière prétorienne implique quelques doutes. Le rôle de la Cour de Justice de l'Union européenne est en principe celui d'interpréter les dispositions en vigueur et de veiller que les États n'agissent à l'encontre des principes et buts communautaires. Ce n'est pas à la charge de la Cour de Justice de créer le cadre pour une opération transfrontalière, mais seulement de s'assurer que le cadre normatif en vigueur dans cette matière est respecté par les États membres. La jurisprudence en matière de mobilité des sociétés commerciales vient en interprétation des articles 49 et 54 TFUE, mais le cadre établit va au-delà de ce qu'on pourrait envisager que les auteurs du Traité ont conçu au moment de la rédaction. La Cour elle-même affirme<sup>15</sup> la nécessité d'une intervention du législateur dans ce domaine.

De même, comme nous avons précisé, les décisions de la Cour sont casuistiques et, par conséquent, ne peuvent pas couvrir toutes les situations et ne peuvent pas remplacer une intervention législative à vocation générale et abstraite. En outre, les arrêts analysent en principe les dispositions nationales substantielles, celles qui peuvent empêcher les transferts, celles qui imposent des conditions restrictives ou trop difficiles pour ce transfert et qui se traduisent dans des entraves à la liberté d'établissement garantie par les articles 49 et 54 TFUE. Les procédures administratives effectives, les conditions que la société doit remplir pour réaliser ce transfert restent sous la souveraineté des États membres, d'où les

---

<sup>11</sup> V. dans ce sens l'arrêt **VALE Épitési**, par. 161 et suiv.

<sup>12</sup> EAVA, Directive on the cross-border transfer..., pp. 14-15.

<sup>13</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>14</sup> *Idem*, p. 24.

<sup>15</sup> V. dans ce sens l'arrêt **VALE Épitési** par. 43-45 : « 43. À cet égard, il convient de rappeler, en premier lieu, que le droit dérivé de l'Union ne prévoyant pas, en l'état actuel, de règles spécifiques régissant des transformations transfrontalières, les dispositions qui permettent la mise en œuvre d'une telle opération ne peuvent se trouver que dans le droit national, à savoir celui de l'État membre d'origine duquel relève la société cherchant à se transformer et celui de l'État membre d'accueil dont relèvera la société à l'issue de cette transformation.

44. En effet, la mise en œuvre d'une transformation transfrontalière nécessite, comme il résulte du point 37 du présent arrêt, l'application consécutive de deux droits nationaux à cette opération juridique.

45. En deuxième lieu, s'il ne saurait être inféré des articles 49 TFUE et 54 TFUE des règles précises susceptibles de se substituer aux dispositions nationales, l'application de ces dernières dispositions n'est pas exemptée de tout contrôle au regard desdits articles. »

divergences entre les normes nationales et les difficultés pour les sociétés migrantes<sup>16</sup>. À cet égard, même si les arrêts de la CJEU sont obligatoires et opposables *erga omnes*, la cadre en vigueur pour la mobilité des sociétés n'est pas complet et cohérent sur tous les paliers. Toutes ces difficultés et ces complications dans les procédures à suivre par les sociétés dans le cadre d'une opération de transfert intra-européen de siège se traduisent dans des coûts plus élevés et dans une période plus longue de réalisation du processus entier<sup>17</sup>.

De l'autre côté, les divergences entre les lois des États membres et le système casuistique des arrêts de la CJEU peuvent donner lieu aux risques pour les tiers, tels que les créanciers, les travailleurs ou les actionnaires minoritaires. Ces parties intéressées peuvent être affectées par la situation confuse du système actuel et peuvent souffrir par suite des transferts opportunistes et à la dissociation entre l'activité réelle de l'entreprise et l'implantation juridique par le siège statutaire sur un territoire d'un État membre<sup>18</sup>.

Ainsi, même si le cadre actuel permet la mobilité transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'Union et, en principe, la jurisprudence de la Cour s'est prouvée particulièrement favorable à cette opération, une intervention législative était longtemps invoquée comme la meilleure solution pour les défauts du système avant la directive. Dans ce sens, en raison des spécificités des réglementations nationales quant au droit des sociétés, notamment en ce qui concerne la détermination de la *lex societatis*, une directive était l'instrument le plus approprié, parce qu'il vise à harmoniser les normes nationales, sans unifier d'une manière stricte le cadre législatif en vigueur. À cet égard, les États membres peuvent, en principe, garder quelques mécanismes nationaux importants pour eux, sans que la diversité qui résulte affecte la prévisibilité ou les coûts impliqués par l'opération.

Comme l'EAVA l'a observé « *au niveau européen, une directive renforcerait des principes européens de base comme la liberté d'établissement, et le ferait bien plus rapidement que la jurisprudence* »<sup>19</sup>, l'étude en question ajoute que « *la directive renforcerait également la sécurité juridique, simplifierait les procédures liées aux transferts et permettrait dès lors de réaliser des économies* »<sup>20</sup>. À cet égard, la directive sur la mobilité des sociétés au sein de l'Union contribue à la prévisibilité, l'accessibilité et la sécurité des opérations de transfert international de siège social, tous étant éléments essentiels d'un cadre législatif cohérent et conforme aux exigences en matière des droits fondamentaux. Même si la jurisprudence a le même but de créer un système cohérent, celui mis en place par une directive, un instrument normatif, est plus complet, plus accessible et donne toutes les règles dans le même temps, par opposition aux décisions de la Cour de Justice qui ont établi les principes les plus importants dans une période de 30 ans.

La nécessité de la directive 2019/2121 est, à notre avis, claire après cette analyse et son adoption s'est avérée essentielle pour créer un système cohérent et complet qui assure l'effectivité de la liberté d'établissement prévue dans les articles 49 et 54 TFUE<sup>21</sup>. À cet

<sup>16</sup> EAVA, Directive on the cross-border transfer..., p.18.

<sup>17</sup> *Idem*, pp.16-17.

<sup>18</sup> C. Gerner-Beuerle, F. M. Mucciarelli, E. Schuster, M. Siems, *op.cit.*, p. 38.

<sup>19</sup> EAVA, Directive on the cross-border transfer..., p.36.

<sup>20</sup> *Idem*, p.38.

<sup>21</sup> V. sans ce sens, J. Johnson-Stampe, The Need for a 14th Company Law Directive on the Transfer of Registered Office, University of Lund, 2010 ; L. Benoît, Étude d'impact concernant le projet de 14e directive sur le transfert transcommunautaire de siège social, Rev. soc., 2009, p. 198 ; D. Kling, Favoriser la mobilité des sociétés en Europe - Vers une 14ème directive en droit des sociétés, disponible à : <http://docplayer.fr> , dernière visite: 30.08.2023.

égard, nous allons finir notre étude avec une brève analyse des dispositions les plus importantes de cet acte normatif si attendu.

## B. LES PRINCIPALES DISPOSITIONS DE LA DIRECTIVE 2019/2121

Le Parlement européen a demandé à plusieurs reprises l'adoption d'une directive sur le transfert transfrontalier des sièges sociaux<sup>22</sup>. Finalement, après nombreuses consultations et projets, la directive 2019/2121 a été adoptée le 27 novembre 2019 qui modifie l'ancienne directive 2017/1132<sup>23</sup>.

Avant commencer l'étude sur les principales dispositions de la directive 2019/2121 sur les transformations transfrontalières, nous nous interrogeons sur l'intérêt de la jurisprudence ci-dessus analysée. Pendant 30 ans la Cour de Justice a créé le cadre pour la mobilité transfrontalière des sociétés et a construit la base sur laquelle la directive a été fondée et dont elle s'inspire, mais à partir du moment de l'expiration du délai de transposition, est-ce que cette jurisprudence est remise en cause, devienne-elle désuète ou inutile ? À notre avis, la réponse est non. Le carrousel prétorien de l'arrêt *Daily Mail*<sup>24</sup> jusqu'à l'arrêt *Polbud* reste applicable pour plusieurs raisons et dans plusieurs contextes.

### 1. L'intérêt encore vivant de la jurisprudence en matière de transfert du siège social

Premièrement, même après l'expiration du délai de transpositions, il n'y a aucune garantie que les États vont remplir leur obligation de transposition. Ils existent des moyens pour appliquer la directive elle-même, en vertu des invocabilités et en vertu d'un éventuel effet direct<sup>25</sup>. Toutefois, ces mécanismes ne garantissent pas la protection et l'effectivité de la liberté d'établissement des sociétés commerciales. La jurisprudence bien-établie et obligatoire peut le faire, parce qu'elle a construit la portée favorable de la liberté prévue dans les articles 49 et 54 TFUE pour la mobilité transfrontalière et, même si elle est

<sup>22</sup> EAVA, Directive on the cross-border transfer..., p.3.

<sup>23</sup> Pour le texte avant la modification v. Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, 30 juin 2017, disponible en ligne à l'adresse URL : <http://data.europa.eu>, dernière visité : 30.08.2023.

<sup>24</sup> CJEU, aff. 81/87, *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27 septembre 1988, ECLI:EU:C:1988:456 (par la suite, CJEU, *Daily Mail*...). Cette décision était la première en matière de transfert de siège social dans l'Union européenne. Pour en savoir plus, v. *G. Jazzottes*, La Cour maintient la jurisprudence Daily Mail mais elle en restreint la portée et reconnaît l'applicabilité de l'article 43 CE à certaines hypothèses de transfert de siège d'une société, RTD com, 2009, p. 227 ; *M. Azencot*, Le transfert international de siège social, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 2011.

<sup>25</sup> Seulement pour un bref rappel de l'application du droit de l'Union, même avant la date maximale de transposition de la directive, les États doivent s'abstenir d'édicter ou d'appliquer des règles nationales qui aillent à l'encontre des dispositions de la directive, doivent interpréter les lois nationales à la lumière de la directive. De même, après l'expiration des délais de transposition, en cas de défaut ou imprécision de transposition, l'invocabilité d'interprétation reste applicable, et le même, en cas des dispositions bénéficiant d'effet direct, pour l'invocabilité de substitution ou d'exclusion. Pour en savoir plus sur les invocabilités des directives et sur leur effet direct v. *D. Simon (dir.)*, *G. Canivet*, *L. Idot*, Invocabilité du droit communautaire, Étude 210, Lamy procédures communautaires, janvier 2005 ; *D. Simon (dir.)*, *G. Canivet*, *L. Idot*, Primauté du droit communautaire, Étude 215, Lamy procédures communautaires, janvier 2005 ; *D. Simon*, *A. Rigaux*, Ordre juridique de l'Union européenne, cours donné à l'université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2016-2017, polycop.

casuistique et parfois manque de clarté, reste toujours applicable, d'effet direct et met en lumière la vision de la Cour de Justice et de l'Union européenne sur ce sujet.

Dans le même sens, si la directive est bien transposée, dans le temps elle peut se prouver incomplète ou vague sur certains points. Ici, la jurisprudence peut venir remplir les carences et interpréter les dispositions incertaines. Les décisions déjà rendues en matière de mobilité des sociétés peuvent contribuer à clarifier les objectifs de la directive et les mécanismes qui ont été envisagés et, à cet égard, révéler l'intention du législateur européen. Il est aussi important de rappeler qu'une directive est un acte de droit dérivé qui peut être, parfois, contraire au droit primaire, tel comme la liberté d'établissement prévue dans les articles 49 et 54 TFUE. Par conséquent, la jurisprudence reste encore valable pour certains points de la directive qui pourraient être contraires au droit primaire. Voilà l'intérêt encore vivant de la jurisprudence sur la mobilité des sociétés dans l'espace intra-européen.

## 2. L'analyse des principales dispositions de la directive

On doit se concentrer en ce qui suit sur les principales provisions de la directive 2019/2121 qui institue un premier cadre législatif sur la transformation transfrontalière des sociétés au sein de l'Union européenne.

Dans les considérants de la directive, le législateur européen reconnaît les évolutions et les apports de la jurisprudence qui ont favorisé la croissance économique, la concurrence effective et la productivité<sup>26</sup>. Toutefois, le considérant continue, ces opportunités doivent être mise en balance avec la protection des tiers, tels comme les créanciers, les travailleurs et les associés minoritaires. Pour ces raisons, il a apparu le besoin d'un cadre législatif claire et certain, avec des procédures qui permettent la réalisation facile de l'opération de transfert, mais sans préjudicier ou mettre en danger les parties intéressées<sup>27</sup>. La directive essaye aussi de combler les défauts de la complexité du processus sous les législations des États membres, vues séparées, par la réalisation des procédures requises en ligne, en instituant une obligation pour les États d'offrir cette possibilité et aussi en instituant le principe de la transmission unique d'informations, qui signifie la communication à un seul organe de l'État doit en principe suffire<sup>28</sup>.

Nous observons dans ce sens que le législateur européen prend en considération les apports de la jurisprudence et les transforme dans des dispositions légales, comme nous allons le voir plus tard dans notre analyse, et, dans le même sens, essaye de corriger les critiques apportées au mécanisme institué par l'intervention prétorienne, en réalisant une véritable harmonisation du système de transfert de siège social.

La directive annonce aussi dans le préambule l'effort pour éviter la création des sociétés « boîtes aux lettres » qui visent à se soustraire de l'application normale du droit communautaire ou d'un certain droit national. À cet égard, le risque posé par certains lignes jurisprudentielles est remis en cause<sup>29</sup>. Dans ce sens, c'est l'État de départ qui doit vérifier l'absence de fraude ou d'abus, fait qui nuance le raisonnement de l'arrêt *VALE Építési* qui a donné ce pouvoir d'appréciation à l'État d'accueil qui pourrait refuser l'immigration d'une société sans activité réelle sur son territoire, mais sans que l'État d'origine pourrait exercer le

<sup>26</sup> Considérant (4) de la Directive no. 2019/2121.

<sup>27</sup> Considérants (5), (6) et (32) de la Directive no. 2019/2121.

<sup>28</sup> Considérants (41) et (42) de la Directive no. 2019/2121.

<sup>29</sup> Considérants (35) et (36) de la Directive no. 2019/2121.

même pouvoir, aspect confirmé dans **Polbud**.

Toutefois, l'article premier de la directive qui ajoute des dispositions sur la transformation transfrontalière au texte de la directive de 2017 prévoit une définition de cette transformation. Il prévoit que la transformation transfrontalière représente « *une opération par laquelle une société, sans être dissoute ou liquidée ou mise en liquidation, transforme la forme juridique sous laquelle elle est immatriculée dans un État membre de départ en une des formes juridiques de l'État membre de destination, figurant à l'annexe II, et transfère au moins son siège statutaire dans l'État membre de destination, tout en conservant sa personnalité juridique* »<sup>30</sup>.

Ainsi, nous observons que la directive permet le transfert du seul siège statutaire et le reconnaît comme entrant dans le champ de la mobilité des sociétés et dans la sphère de la liberté d'établissement, fait qui confirme la récente jurisprudence **Polbud**. Dans ce sens, le déplacement du seul siège statutaire ne peut être considéré automatiquement comme une fraude, parce qu'à partir de cette directive, il relève expressément du champ de la transformation transfrontalière. À cet égard, « *la directive ne prend pas position pour la théorie du siège statutaire (possibilité de dissocier le siège statutaire du siège réel) ou celle du siège réel (obligation de faire coïncider les deux sièges). Elle n'impose donc pas que les activités réelles se situent dans l'État d'arrivée, tout comme elle n'interdit pas que ces dernières restent situées dans l'État de départ* »<sup>31</sup>.

L'essence de la procédure prévue par la directive est l'obtention d'un certificat préalable à la transformation, émis par l'État d'origine, mais elle implique aussi un contrôle de légalité à la charge de l'État d'accueil, notamment pour le respect de ses règles sur la constitution des sociétés et sur le droit de travail, comme nous allons le voir plus tard dans notre analyse.

La procédure prévue dans la directive comporte un premier document à être rédigé par la société, le projet de transformation transfrontalière<sup>32</sup>. Ce projet établit les lignes directrices de l'opération, telles que le calendrier indicatif, la forme de la société et la dénomination avant et après la transformation, les garanties offertes aux créanciers, les possibles effets sur l'emploi, certains droits des associés *etc.* Ce projet doit être publié dans le registre de l'État de départ, conformément à l'article 86 *octies* pct. 1 de la directive. Cette publication a le rôle de donner la possibilité des parties intéressées de présenter leur observations, droit qui est apporté à la connaissance de ces tiers par un avis qui est publié jointe au projet de transformation.

Deux rapports font aussi partie de la procédure, un rédigé par la société elle-même<sup>33</sup> pour les associés et les travailleurs pour les expliquer la transformation, ses buts et ses effets et l'autre rédigé par un expert indépendant<sup>34</sup> qui, de sa part, examine la transformation. Ce dernier rapport peut être écarté si tous les associés décident en ce sens<sup>35</sup>. Tous ces documents ont le but de mettre à la connaissance du public la transformation de la société

---

<sup>30</sup> Article 86 *ter* pct. 2.

<sup>31</sup> E. Lecourt, Enfin une directive sur la mobilité transfrontalière des sociétés ! Directive (UE) 2019/2121 du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *Rev. soc.*, 2020, p. 339.

<sup>32</sup> Article 86 *quinquies*.

<sup>33</sup> Article 86 *sexies*.

<sup>34</sup> Article 86 *septies*.

<sup>35</sup> Article 86 *septies* pct. 3.

et aussi d'assurer que l'opération se réalise d'une manière légitime et qu'elle n'affecte pas les tiers intéressés. La directive met l'accent, ainsi, sur la transparence et la légitimité du transfert intra-européen de siège.

Une disposition intéressante et celle qui s'occupe de la prise de la décision de transformation au sein de la société. L'article 86 *nonies* prévoit dans ce sens que la majorité requise pour décider la transformation est établie par les États membres, mais doit être entre deux tiers et 90% des voix. Ainsi, l'unanimité, qui était une condition selon le droit français par exemple pour le changement du siège, ne peut être requise pour n'empêcher par ce moyen les transformations, mais les associés sont protégés par le minimum imposé, la majorité qualifiée.

La protection des associés est réalisée, de la même manière, par le droit de retrait. La directive prévoit dans l'article 86 *decies* pct. 1 qu'au moins les associés qui ont voté contre le projet de transformation doivent avoir le droit de céder leurs actions en contrepartie d'une soulte. En ce qui suit, la directive laisse la possibilité des États de donner ce droit aux autres associés aussi. Ce droit de retrait est un élément important de la directive pour l'ensemble de la procédure envisagée, évidemment il ne pourrait pas être envisagé dans le mécanisme jurisprudentiel parce qu'il ne relève de la compétence de la Cour de s'occuper des droits des parties prenantes si les libertés du droit communautaire ne sont pas en jeu.

Nous observons à cet égard un grand avantage de la codification des normes relatives à la mobilité des sociétés commerciales au sein de l'Union. Le droit de retrait est un bénéfice légitime donné aux associés, parce que la transformation de la société pourrait impliquer un changement de la *lex societatis*<sup>36</sup>, ce qui est souvent le cas, et peut avoir des conséquences importantes sur les droits des associés ou sur la participation de ces derniers au sein de la société. Pour ces raisons il apparaît justifié qu'ils doivent avoir la possibilité de se retirer avec une contrepartie adéquate, fait qui, dans certaines lois, notamment dans la loi roumaine, relève d'une longue tradition législative concernant les modifications survenues dans la structure d'une société<sup>37</sup>.

En ce qui concerne les associés qui bénéficient de ce droit, la doctrine a remarqué que « *la prise en compte de seuls votes contre l'opération permettait à la société d'anticiper dans un certaine mesure les demandes de remboursement et, donc, la recherche des liquidités* »<sup>38</sup>. Donner le même droit aux associés qui ont voté pour la transformation semble encourager une approche opportunistique et sans prévisibilité ou stabilité à l'opération. De l'autre côté, pour les associés qui ne sont pas prononcés sur la proposition de transformation en raison d'absence du droit de vote apparaît légitime<sup>39</sup>.

Les créanciers antérieurs au moment de publication du projet de transformation bénéficient du droit d'obtenir certaines garanties s'ils peuvent justifier un risque. Les garanties offertes par la société sont prévues dans le projet de transformation, mais conformément à l'article 86 *undecies*, ils ont le droit de demander de garanties si elles ne sont pas incluses dans le projet ou de le renforcer, mais ils doivent justifier un intérêt. Dans ce sens, les garanties ne sont pas dues par la société d'une manière automatique, parce que cela pourrait, à notre avis, équivaloir à une présomption de fraude. La marge des États à ce

<sup>36</sup> E. Lecourt, *op.cit.*, p. 348.

<sup>37</sup> V. dans ce sens, art. 134 de la Loi no. 30/1990, modifié après la transposition de la Directive Mobilité dans la loi roumaine.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 349.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

point relève aussi dans leur possibilité de demander une déclaration de la situation financière de la société, sa valeur étant établie par chaque État membre conformément à son droit national<sup>40</sup>.

Outre que le droit d'information, mise en œuvre dans le projet de transformation, et de présenter leurs observations, les travailleurs bénéficient d'une protection spéciale. Dans ce sens, l'article 86 *terdecies* pct. 2 prévoit que le droit de l'État d'accueil en matière de travail ne s'appliquera pas s'il ne prévoit pas le même niveau de participation des travailleurs ou les mêmes droits de participations que l'État d'origine. Par ces dispositions la directive s'assure d'absence d'un abus ou d'une fraude quant aux droits des travailleurs de la société et impose que l'État d'accueil doit avoir le même degré de protection en certaines matières ou ce droit ne s'applique pas.

Toutes ces conditions sont analysées par l'État d'origine au but de délivrer le certificat préalable à la transformation. Dans ce sens, les autorités de l'État de départ vérifient si les procédures sont remplies correctement et, aussi, vérifient l'absence de fraude ou d'abus, en analysant d'une manière globale certains éléments indiqués par la directive d'une manière exemplificative<sup>41</sup>. À cet égard, nous observons encore une nuance apportée par rapport à la jurisprudence **VALE Épitési**. Dans cette décision, l'État d'accueil a été donné la liberté et le pouvoir de vérifier une possible fraude, il étant en mesure de refuser l'implantation d'une société qui ne déroulait aucune activité sur son territoire. L'État d'origine dans cette situation n'ayant pas le droit d'interdire ou de poser des obstacles quant au départ de la société. Nous observons que sous le mécanisme de la directive, l'État d'origine obtienne le pouvoir de refuser la délivrance du certificat préalable à la transformation s'il suspecte d'une manière concluante une fraude ou un abus.

Néanmoins, la vérification d'un potentiel abus est laissé à la charge de l'État d'origine et à son autonomie procédurale. Les éléments indicatifs de fraude sont présentés d'une manière exemplificative dans le considérant (36) du préambule de la directive, mais les autorités des États membres restent souveraines sur l'appréciation et le mécanisme de la vérification. À cet égard, nous rappelons que l'autonomie procédurale des États est encadrée par les principes d'équivalence qui vise à assurer le traitement non discriminatoire et d'effectivité qui vise à assurer l'exercice réel du droit en question. Ces deux principes ont été analysé aussi dans l'affaire **VALE Épitési** et la loi hongroise en cause a été condamnée en raison de leur dépassement.

Donc, même si la directive prévoit la possibilité pour l'État de départ d'analyser une possible fraude ou un éventuel abus, ce pouvoir n'est pas illimité et la liberté d'établissement prévue par les articles 49 et 54 TFUE peut encore limiter les procédures nationales, même si elles mettent en place les dispositions de la directive. Dans le même sens, l'affaire **Polbud** nous donne un exemple très clair de condamnation d'une loi nationale pour la raison qu'elle institue une présomption de fraude en prévoyant une condition de liquidation notamment pour la protection des tiers. Ainsi, les États de départ peuvent analyser les intentions de la société quant à la transformation, mais les législations nationales ne peuvent pas instituer des présomptions de fraude par leurs mécanismes. On voit ici un intérêt encore vivant de la jurisprudence CJEU en matière de mobilité des sociétés.

---

<sup>40</sup> Article 86 *undecies* pct. 2.

<sup>41</sup> Article 86 *quaterdecies* pct. 8 et 9.

Ainsi, à notre avis, la réserve de la fraude ne diffère considérablement du mécanisme antérieur, jurisprudentiel, mais, peut-être, les États bénéficient des certains critères d'appréciation, présentés dans le préambule, et aussi la compétence de chaque État est plus claire. La protection réelle des tiers se réalise, nous considérons, plutôt par le droit d'information, l'obligation de publicité pour un nombre important des documents, les droits de poser des observations, de se retirer de la société ou la vérification des dispositions du droit de travail dans l'État d'accueil par rapport au droit de l'État d'origine.

La procédure mise en place par la directive donne des obligations aussi à la charge de l'État d'accueil. Il effectue un contrôle de légalité, comme il est indiqué dans l'Article 86 *sexdecies*, notamment pour vérifier la légalité de la constitution et de l'immatriculation de la société sur son territoire et, de même pour la protection spéciale des travailleurs que nous avons analysée ci-dessus.

Dans ce sens, nous observons l'indifférence de la directive quant au critère de rattachement, elle laissant à la charge de l'État d'accueil d'établir ses propres critères d'incorporation et de détermination de la *lex societatis* et d'en plus en instituant une obligation pour la société immigrante de les respecter, conformément aux principes posés par la jurisprudence.

Nous devons préciser, aussi, un élément important dans le mécanisme de la directive, celui de la séparation des compétences des États de départ et d'accueil. Tout qui relève de la procédure avant la délivrance du certificat est à la charge de l'État d'origine et les litiges issus de cette partie sont de la compétence exclusive des instances de cet État ; le même pour la partie de la procédure relevant de la compétence de l'État d'accueil. Cette harmonie du système de transformation est possible grâce à l'intervention législative au niveau européen, par opposition aux normes nationales qui ne peuvent pas instituer des droits ou des obligations pour les autres États membres et qui ne peuvent séparer les éléments de la procédure entre eux. Voilà encore un argument pour l'efficacité de l'harmonisation au niveau européen de la procédure de transformation des sociétés au sein de l'Union.

La procédure harmonisée connaît son sommet quant à l'activité des registres nationales. À cet égard, la radiation du registre de l'État d'origine ne peut se faire sans la preuve de l'immatriculation dans le registre de l'État d'arrivée<sup>42</sup>. Ainsi, la société ne remet dans aucun moment dans « *no man's land* », elle relève toujours du droit d'un État membre et existe selon les règles d'au moins un État membre. Cela peut signifier une préférence pour la théorie de la fiction de la personne morale qui « *n'a d'existence qu'à travers d'une loi nationale* », comme il était dit 30 ans plus tôt dans l'arrêt **Daily Mail**. Une fois la transformation réalisée, elle ne peut être déclarée nulle ou non avenue, conformément à l'article 86 *unvicies*, fait qui signifie un sort d'harmonisation complète, qui, en dehors des articles qui donnent une marge plus large aux États, ne laisse pas la possibilité d'instituer un autre contrôle, d'autres conditions ou des nouvelles causes de nullité de la transformation.

## CONCLUSIONS

La directive no. 2019/2121 est une véritable évolution de la mobilité des sociétés au sein de l'Union. Elle renforce les libertés fondamentales, notamment celle d'établissement

---

<sup>42</sup> Article 86 *septdecies* pct. 2 et 3.

prévue dans les articles 49 et 45 TFUE et donne un plus de légitimité aux sociétés migrantes, y compris au seul transfert du siège social s'il ne se fait d'une manière abusive ou frauduleuse. Les sociétés commerciales disposent après l'adoption de la directive d'un cadre clair et prévisible. Les États aussi bénéficient de la directive, des normes qui imposent la transparence et qui divise et détermine les compétences de chaque État membre impliqué dans la procédure. Ce cadre favorise la mobilité, mais protège de la même manière les parties faibles ou les tiers intéressés, tels que les travailleurs, les créanciers et les associés de la société migrante.

La directive confirme le cadre jurisprudentiel antérieurement créé par la CJEU, qui favorisait le déplacement des sociétés et permettait le mouvement du seul siège social statutaire, sans que cela soit présumée fraude ou abus et ajoute, aussi, des innovations, parmi lesquelles nous observons l'émission du certificat préalable à la transformation, dans lequel l'État de départ est chargé d'analyser la légitimité de la transformation et quelques procédures administratives pré-transformation, la protection spéciale des travailleurs par l'analyse des normes de l'État d'accueil et l'inapplicabilité de ces règles si elle sont moins protectrices, aussi que le droit de retrait donné aux associés qui se sont opposés à la transformation et qui ne veulent pas être soumis au nouvel régime juridique de la société ainsi transformée. Les compétences des deux États sont réparties clairement et les procédures sont spécifiques à chaque phase de l'opération du transfert.