

Université Panthéon-Assas

Ecole doctorale de Droit international, droit européen, relations
internationales et droit comparé

Thèse de doctorat en Droit international
soutenue le 8 décembre 2011

Le transfert international de siège social



Université Panthéon-Assas

Thèse de Doctorat / Décembre 2011

Auteur:
Muriel AZENCOT

Directeur de recherche:
Monsieur le Professeur Georges KHAIRALLAH,
Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Membres du jury :

- Monsieur François AMELI,
maître de conférences à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)

Rapporteur

- Madame Marie-Elodie ANCEL,
professeur à l'Université Paris Est-Créteil (Paris 12)

Rapporteur

- Monsieur Daniel COHEN,
professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

- Monsieur Georges KHAIRALLAH,
professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

A Monsieur le Professeur Georges KHAIRALLAH qui m'a accompagnée, écoutée et conseillée tout au long de l'élaboration de mon travail de recherche,

A ma famille et mes amis pour leur présence et leur soutien tout au long du chemin qui m'a conduite à la conclusion de ma thèse.

Le transfert international de siège social (résumé)

1. Le droit français ne définit pas de manière précise la notion de siège social d'une société malgré son importance particulière. Il permet de localiser et de retrouver la société dans l'environnement juridique, économique et géographique où elle évolue. Il constitue son domicile et permet de déterminer quelle est la *lex societatis* voire la nationalité de la société considérée. Selon le système français de conflit de lois, le siège social est le critère qui permet de désigner la loi applicable à une société mais il est aussi et dans le même temps celui retenu pour savoir si elle peut se prévaloir de la nationalité française. Or, quand le terme de siège social est évoqué, il convient de déterminer s'il s'agit du siège social réel ou statutaire de l'entreprise car il est possible de dissocier le siège social en ces deux éléments.

2. Chacune des composantes du siège social a une finalité particulière et complémentaire de celle de l'autre. Conformément à la législation et à sa nature propre qui est purement juridique, le siège social statutaire permet de localiser de manière objective une société et de la rattacher à un système juridique dont les règles lui seront applicables. Si un doute surgit sur la réalité de ce siège, doute qui ne peut être révélé que devant les tribunaux, le siège réel et sérieux se substitue au siège social statutaire pour permettre de localiser l'implantation réelle de la société, reflet de son activité sociale et économique. Cette possibilité de dissocier physiquement le siège statutaire et le siège réel d'une société conduisent à soulever la question de la possibilité pour cette société d'user de cette dualité. En effet, l'entreprise pour des raisons économiques, pour des motifs de compétitivité, d'adaptation, de restructuration..., peut décider d'user de cette possibilité ou de ne pas en user. Cette simple constatation renvoie à un sujet bien plus délicat qu'il n'y paraît de prime abord : il s'agit du transfert international du siège social de l'entreprise.

3. Dans le cadre de cette étude, le transfert du siège social est défini comme une opération impliquant pour une société de migrer de son pays d'origine vers un Etat où elle désire s'installer en déplaçant son siège social sans avoir l'obligation de se dissoudre dans son Etat d'origine pour se reconstituer dans l'Etat d'accueil. Partant de cette définition, le transfert international de siège social apparaît comme un projet juridiquement et économiquement lourd impliquant pour l'entreprise migrante une mobilisation importante de ses ressources financières et humaines, qui va la conduire à une profonde restructuration de son organisation et de son environnement juridique. Dans le cadre d'une opération qui la contraint à ne pouvoir se dissoudre pour se reconstituer dans l'Etat où elle désire se déplacer, la société doit s'assurer de la survie au cours du transfert et de la reconnaissance par son Etat d'accueil de sa personnalité morale afin de pouvoir bénéficier de sa pleine capacité juridique au moment de son implantation et ainsi s'adapter à son nouvel environnement. Ces conditions préalables à la réalisation du transfert sont un prérequis qui complexifie le transfert international de siège social. Dès lors deux problématiques se présentent: le droit français, et notamment le droit international privé, permet-il de remplir ces conditions ? Qu'en est-il du droit européen ?

4. L'examen de ces questions fait apparaître qu'en droit français, la survie et la continuité de la personnalité morale de la société qui souhaite procéder au transfert de son siège hors de France est possible conformément aux textes législatifs et à la jurisprudence. Quant à la société qui désire migrer vers la France, il lui appartient de s'assurer que cette condition soit remplie avant de procéder au transfert de son siège. En ce qui concerne la reconnaissance d'une société qui désire migrer hors ou vers la France, il apparaît que si le transfert international du siège de l'entreprise porte sur ses deux composantes que sont le siège statutaire et le siège réel l'opération est possible conformément au critère de rattachement alternatif utilisé en droit international privé français. Par contre, en raison de ce critère alternatif, à partir du moment où la société désire dissocier les deux composantes au cours de l'opération, la condition de la reconnaissance de sa personnalité morale donc de sa capacité juridique dans son nouvel environnement ne peut être accomplie. Procéder au transfert international de son siège social par dissociation maintient la société migrante sous l'empire de sa loi d'origine ou génère des situations juridiques incongrues voire rend l'opération impossible. De plus, il apparaît qu'une société qui transférerait son siège social en dissociant ses composantes réaliserait un transfert qui pourrait facilement être présumé frauduleux. De telles modalités de transfert conduisent à s'interroger sur la question de l'intention et de la motivation avec lesquelles l'opération est réalisée.

5. L'influence du droit européen sur les conditions préalables au transfert international de siège social entraîne une imbrication de ces dernières : l'une n'est pas possible sans l'autre. Par le biais d'une jurisprudence évolutive de l'arrêt Daily Mail à l'arrêt Cartesio, la CJUE fixe ainsi les principes selon lesquels une société ressortissante d'un Etat membre peut exercer sa liberté d'établissement pour transférer son siège d'un Etat membre à un autre. Elle a posé une *summa divisio* entre le transfert de siège social impliquant ou pas un changement de *lex societatis* pour la société migrante. Dans le cadre d'un transfert qui entraînerait un changement de loi applicable, la CJUE considère en l'état actuel du droit communautaire qu'une société peut procéder au transfert de son siège. La CJUE, par cette prise de position, assimile un transfert de siège social international au sein de l'Union européenne à un simple transfert de siège social au sein d'un même et unique espace juridique. Tant que la société migrante en déplaçant son siège d'un Etat membre à un autre se maintient sous l'empire de la législation d'un Etat membre, elle peut bénéficier de la liberté d'établissement et son transfert de siège est assimilé à une simple transformation au sein de l'espace juridique communautaire. Il apparaît alors que la question de la survie de sa personnalité morale et de sa reconnaissance ne se pose plus dans la mesure où le droit européen lui garantit l'exercice de sa liberté d'établissement sur les territoires des Etats membres de l'Union européenne. Dans le premier cas, elle fait une interprétation orthodoxe et claire des articles 43 et 48 du Traité CE et maintient ainsi l'affirmation selon laquelle il n'existe pas en droit communautaire de droit au transfert de siège social accordés par les textes fondateurs. Ceci implique que la survie de la personnalité morale de la société migrante et donc sa potentielle reconnaissance dépendent du droit international privé des Etats d'origine et d'accueil de l'entreprise car l'Etat membre d'origine est libre de décider des critères de rattachement permettant de maintenir les liens qui font de cette entreprise une de ses ressortissantes.

6. Une fois les conditions préalables à la réalisation du transfert international de son siège social remplies, la société migrante que ce soit hors ou dans le champ d'application du droit communautaire se doit de procéder à différentes démarches: une prise de décision

du transfert conforma à sa loi d'origine, la radiation de son ancienne immatriculation et l'acquisition d'une nouvelle, et enfin et surtout la délicate adaptation de ses statuts dans le respect du pacte social qui lie les associés de l'entreprise. En effet, le transfert du siège de la société ne doit le dénaturer. Une bonne adaptation des statuts de la société lui permettra de s'intégrer correctement sans nouvel environnement juridique et économique.

7. Les problématiques posées par la réalisation du transfert international de siège social conduisent à s'intéresser aux nouvelles formes sociales européennes que sont la Société Européenne (SE), la Société Coopérative Européenne (SCE) et la future Société Privée Européenne (SPE) qui bénéficient du droit de transférer leur siège social et dont les statuts juridiques ont évacué les conditions préalables à la réalisation du transfert. Au cours de cette étude, il est apparu que le statut de la SE a servi de base pour l'élaboration de ceux de la SCE et de la future SPE. Les trois sociétés partagent par conséquent certains points forts et certains défauts mais également possèdent leurs propres particularités. Toutefois, des propos qui ont été exposés, il est ressorti que ces nouvelles formes sociales sont loin de répondre aux attentes et aux besoins des milieux professionnels ce qui diminue leur attractivité et les rend moins compétitives face aux formes sociales nationales. La question d'une réforme du statut de la SE et donc des autres sociétés européennes se pose et conduit à envisager à nouveau le thème récurrent de l'élaboration d'une quatorzième directive consacrée au transfert de siège social. Toutefois, il ne saurait être affirmé qu'il s'agirait d'une solution actuellement réalisable.

The international transfer of a company's headquarters (abstract)

1. The French law does not specifically define a company's head office despite its particular importance. The head office allows one to situate and characterize a company in the legal, economic and geographical environment in which it operates. It constitutes its place of residence and it determines the company's *lex societatis* or even its nationality. According to the French system of conflict of laws, the head office is the criterion which permits the designation of the law applicable to a company but it is also the criterion applied to determine if the company can be considered as a French national. However, when the term of "head office" is invoked, the issue that arises is to determine which component of the head office is referred to, the statutory seat or the real seat, as it is possible to dissociate the head office of a company into these two elements.

2. According to the French international private law, each of the head office components has a particular and complementary purpose to each other. Pursuant to the legislation without consideration to any extraneous factors other than the company statutes, the statutory seat allows to objectively situate a company in order to assign an applicable legal system to it. If any doubt is raised about the reality of the statutory seat, doubt which can be only revealed when legal proceedings are instituted, the real seat is substituted to the statutory one in order to determine the real head office of the company, reflection of its social and economic activities. The possibility of dissociating the statutory seat of a company from the real seat raises the issue of the use of this duality by the company. Indeed this a company can decide to use this duality for economic reasons, for motives based on competitiveness, adaptation and restructuring,

3. The foregoing leads to the question of the international transfer of a company's head office that is defined in this study as an operation by which a company migrates by moving its head office from its country of residence to a host state where it wishes to settle without having to be dissolved in its country of origin in order to proceed to its reconstitution in its host state. As just defined, the international transfer of a head office appears as an extensive undertaking legally and economically which will imply for the migrant company an important mobilization of its financial and human resources. The transfer is going to draw the company to a broad restructuring of its organization and to adapt to its new legal environment. During such an operation which obliges the company to avoid its dissolution in order to prevent its reconstitution in its host state, the company has to ensure that its corporate personality is to survive throughout the transfer in order to be recognized by the state where it wishes to settle. The migrant company will keep its full legal capacity while adapting to its new legal environment. These requirements to an international transfer complicate the realization of the operation. Therefore two questions are raised: does the French law, in particular the private international law, allow to fulfil these prerequisites? What about these prerequisites under the European law?

4. Following the analysis of these questions shows that in French law the survival and the continuity of the corporate personality of a company that wishes to transfer its head

office from France is possible according to the legislation and the case law. Concerning the company which wishes to move its head office to France, it has to ensure that the law of its country of residence allows to fulfil this condition before transferring its head office. Regarding the recognition of a company which wants to migrate from or to France, it appears that if the international transfer of a company's head office concerns its statutory and real seats, the operation is possible according to the alternative criterion used in French international private law. However, because of this alternative criterion, from the moment that a company elects to separate the components of its head office during the transfer, the prerequisite of the acknowledgement of its corporate personality, thus of its legal capacity, by the state where the company wants to settle cannot be achieved. To proceed to a international transfer of a company's head office by dissociation maintains the migrant company under the influence of its original law or generates improper legal situations and even makes the operation impossible. Furthermore, it seems that a company which would transfer its head office by separating its components would realize an operation which could easily be presumed fraudulent. A transfer realized in these circumstances raises the question of the intent and the motivation for the operation.

5. The influence of the European law on the prerequisites to an international transfer of a company's head office leads to an interdependence of them. Through the evolution from the Daily Mail decision to the Cartesio case, the CJEU holds the principles according to which a company, as a national of a EU member state, can exercise its freedom of establishment to transfer its head office from a member state to another one. The CJEU case law put a summa divisio between the transfer involving or not a change of *lex societatis* applicable to the migrant company. During a transfer involving a change of the applicable law, the CJEU considers, as is the European law, that a company can proceed to the transfer of its head office. By asserting this principle, the CJEU assimilates the international transfer of a head office within the European Union to a simple transfer of a head office within a single and unitary legal space. As long as the migrant company by moving its head office from a member state to another one remains under the legal authority of a EU member state, it can benefit from the freedom of establishment. The transfer of its head office is assimilated to a simple transformation within the European legal space. It appears that the issue of the survival and the recognition of the company's corporate personality become moot as the European law guarantees the exercise of its freedom of establishment within the European Union. Regarding the transfer that doesn't involve a change of the applicable law to the migrant company, the CJEU holds an orthodox and clear interpretation of the articles 43 and 48 of the EC Treaty. This interpretation states and maintains that it does not exist in the European law any right to transfer a company's head office granted by the freedom of establishment. Therefore this implies that the survival of the migrant company's corporate personality and then its potential recognition are matters ruled by the international private law of the company's state of origin and the host state.

6. Once the prerequisites to the realization of the international transfer of its head office are achieved, the migrant company has to take steps whether the operation is in or out of the application field of the European law: a decision to transfer that complies with its law of origin, the radiation of its former registration and the acquisition of a new one and finally the delicate adaptation of its statutes. Indeed, the transfer of a company's head

office does not have to distort it. A good adaptation of a company's statutes will allow it to integrate properly into its new legal and economic environment.

7. The problems that arise from the realization of an international transfer of a company head office lead to study the types of the new European companies that are the European Company, the European Co-operative Company and the future European Private Company to which the right to transfer their head office is granted. In this study it appears that the statute of the European Company was used as basis to draft the statutes of the other European companies. These three companies consequently share certain key points and certain defects but also possess their own peculiarities. However, it stands out that these new entities are far from meeting the expectations and the needs of the professionals which diminish their attractiveness and make them less competitive compared to the national corporate formats. The issue of a reform of the statute of the European Company and therefore the statutes of the others European companies leads to consider again the recurring theme of the drafting of the fourteenth directive dedicated to the transfer of a head office. However, it could not be asserted that it would be currently a workable and practical solution.

Principales abréviations

Bull Joly Sociétés	Bulletin Joly des Sociétés
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation
D.	Recueil de jurisprudence Dalloz
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JCP	La Semaine Juridique
JDI / Clunet	Journal de Droit International
RCDIP	Revue Critique de Droit International Privé
RDAl	Revue de Droit des Affaires Internationales
Rec	Recueil de la jurisprudence de la CJUE
Rec. Acad. La Haye	Recueil des cours - Académie de droit international de La Haye
Rev Soc	Revue des sociétés
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RTD civ	Revue Trimestrielle de Droit civil
RTD com	Revue Trimestrielle de Droit commercial
S.	Recueil de jurisprudence Sirey

Sommaire

INTRODUCTION	15
SECTION 1 : LE SIEGE SOCIAL D'UNE SOCIETE	16
§1/ Les éléments caractéristiques du siège social	16
§2/ Nationalité et lex societatis d'une société	28
A- Le débat en doctrine classique	28
B- Le débat en doctrine contemporaine	31
SECTION 2 : LE TRANSFERT INTERNATIONAL DE SIEGE SOCIAL	36
§1/ Le transfert international de siège social hors du champ d'application du droit communautaire	37
§2/ Le transfert international soumis au droit communautaire	40
PREMIERE PARTIE : LA POSSIBILITE ET LA REALISATION DU TRANSFERT INTERNATIONAL DE SIEGE SOCIAL	46
CHAPITRE I : LES POSSIBILITES DE REALISATION DU TRANSFERT INTERNATIONAL DE SIEGE SOCIAL	49
SECTION 1 : LA SURVIE DE LA PERSONNALITE MORALE DE LA SOCIETE MIGRANTE AU COURS DE L'OPERATION	49
§1/ Analyse doctrinale de la nature de la personnalité morale	50
A- Le débat doctrinal classique : est-elle une fiction ou une réalité ?	51
1. La personnalité morale en tant que fiction	51
2. La personnalité morale en tant que réalité	59
B- La notion de personne morale au regard de la doctrine contemporaine	66
1. La fin du débat en doctrine classique	66
2. La personne morale en tant que technique juridique	68
§2/ La personnalité morale et le droit positif français	72
A- La nature de la personnalité morale en droit positif français	72
B- La neutralisation de la portée du droit fiscal français	78
§3/ L'influence du droit communautaire sur la survie de la personnalité morale	84
A- L'arrêt Daily Mail : le refus du droit de transfert en droit communautaire et le renvoi aux droits nationaux	85
B- L'arrêt Überseering : la limitation de la portée de l'arrêt Daily Mail	88
C- L'arrêt Cartesio : la confirmation de la portée relative de l'arrêt Daily Mail et l'application de la liberté d'établissement au transfert international de siège social	91
D- La nature et la survie de la personnalité morale au regard de la jurisprudence de la CJCE	94
SECTION 2: LA RECONNAISSANCE DE LA PERSONNALITE MORALE DE LA SOCIETE MIGRANTE	99
§1/ Le transfert du siège social d'une société en France	101
A- Hypothèse d'une société originaire d'un Etat d'incorporation	103
1. Premier cas de figure : la société transfère son siège réel et sérieux en France et maintient son siège statutaire dans son pays d'origine	103
a. Le conflit mobile : le débat doctrinal	107
b. Le transfert international de siège social et le conflit mobile	119
2. Second cas de figure : la société transfère son siège statutaire en France et maintient son siège réel et sérieux dans son pays d'origine	121
a. Le renvoi : le débat doctrinal	123
b. Le transfert international de siège social et le renvoi	133
B- Hypothèse d'une société originaire d'un Etat de siège social	138



1. Premier cas de figure : la société transfère son siège réel et sérieux en France et maintient son siège statutaire dans son pays d'origine	138
2. Second cas de figure : la société transfère son siège statutaire en France et maintient son siège réel et sérieux dans son pays d'origine	139
§2/ Le Transfert du siège social d'une société hors de France	140
A- Hypothèse du transfert vers un Etat d'incorporation	141
1. Premier cas de figure : la société transfère son siège réel et sérieux dans le pays d'incorporation et maintient son siège statutaire en France	141
2. Second cas de figure : la société transfère son siège statutaire dans le pays d'incorporation et maintient son siège réel et sérieux en France	143
B- Hypothèse du transfert vers un Etat de siège social	144
1. Premier cas de figure : la société transfère son siège statutaire dans le pays de siège social et maintient son siège réel et sérieux en France	144
2. Second cas de figure : la société transfère son siège réel dans le pays de siège réel et sérieux et maintient son siège statutaire en France	145
§3/ La reconnaissance de la personnalité morale de la société migrante en droit communautaire	147
A- La répartition de compétence entre les ordres juridiques communautaire et nationaux	148
B- La reconnaissance de la personnalité morale en droit communautaire	152
1. L'influence de la jurisprudence de la CJCE sur la reconnaissance de la personnalité morale	152
2. L'influence de la jurisprudence de la CJCE et la théorie du siège social	158
CONCLUSION DU CHAPITRE I	171
CHAPITRE II : LES MODALITES DU TRANSFERT INTERNATIONAL DE SIEGE SOCIAL	176
§1/ Une décision de transfert conforme à la loi d'origine de la société migrante	177
§2/ Nouvelle immatriculation et radiation de la société migrante	181
§3/ Mise en conformité des statuts de la société avec sa nouvelle lex societatis	183
A- La portée de l'adaptation des statuts	184
B- Les différentes méthodes d'adaptation des statuts élaborées par la doctrine française	188
CONCLUSION DU CHAPITRE II	196

DEUXIEME PARTIE : CAS PARTICULIERS DE TRANSFERT INTERNATIONAL DE SIEGE SOCIAL **197**

CHAPITRE I : LES NOUVELLES FORMES SOCIALES COMMUNAUTAIRES	198
SECTION I : LA SOCIETE EUROPEENNE (SE)	199
§1/ Genèse de la <i>Societas Europaea</i>	200
§2/ Définition et régime juridique de la Société Européenne	207
A- La définition de la Société Européenne	208
B- Une hiérarchie des normes applicables particulière	210
C- Le law shopping institutionnalisé	212
D- La question fiscale	215
§3/ Le transfert international du siège social d'une Société Européenne	219
A- Le siège social, critère paradoxal du rattachement étatique de la Société Européenne	220
B- Les étapes de l'opération	226
§4/ Conclusion sur la SE et évolution potentielle de son statut en matière de mobilité	244
SECTION 2 : LA SOCIETE COOPERATIVE EUROPEENNE (SCE)	254
§1/ Genèse de la <i>Societas Cooperativa Europaea</i>	255
§2/ Définition et régime juridique de la Société Coopérative Européenne	260
§3/ Le transfert international de son siège social d'une Société Coopérative Européenne	262
§4/ Conclusion sur la Société Coopérative Européenne ou sur la « Société Européenne coopérative »	278
SECTION 3 : LA SOCIETE PRIVEE EUROPEENNE (SPE)	280
§1/ Genèse de la <i>Societas Privataea Europaea</i>	281
§2/ Définition et régime juridique de la Société Privée Européenne	287



§3/ Le transfert international du siège social d'une Société Privée Européenne	294
A- Le siège social, critère de rattachement étatique de la Société Privée Européenne	295
B- Les étapes de l'opération	297
§4/ Conclusion sur la Société Privée Européenne et sur son potentiel	305
CONCLUSION DU CHAPITRE I	310
CHAPITRE II : LE TRANSFERT INTERNATIONAL DE SIEGE SOCIAL FRAUDULEUX	314
SECTION 1 : TRANSFERT INTERNATIONAL DE SIEGE SOCIAL ET FRAUDE A LA LOI EN DROIT INTERNATIONAL	315
§1/ Description et définition de la fraude au cours d'un transfert	318
A- Le mécanisme de la fraude à la loi	319
1. La fraude en droit international	319
a. Qu'est-ce-que la fraude ?	319
b. La fraude à la loi étrangère	324
2. Application au transfert international de siège social	328
B- Les éléments constitutifs de la fraude à la loi	332
1. L'élément intentionnel	333
2. L'élément matériel	334
§2/ Sanction de la fraude à la loi suite à un transfert de siège social	336
A- Les modes de sanction	336
B- La mise en œuvre de la sanction	339
1. Utilisation de la théorie du siège social fictif pour une sanction adaptée du transfert international reconnu comme frauduleux	339
2. Application	350
a. Application particulière en matière fiscale	350
b. Application particulière en matière de faillite internationale	353
SECTION 2 : TRANSFERT INTERNATIONAL DE SIEGE SOCIAL ET FRAUDE A LA LOI EN DROIT COMMUNAUTAIRE	360
§1/ Exclusion de l'existence d'un principe général de fraude	366
§2/ Définition et régime de la fraude dans le cadre d'un transfert de siège	371
A- Approche prospective	372
B- Fraude et intérêt général	377
CONCLUSION DU CHAPITRE II	385
CONCLUSION	388
BIBLIOGRAPHIE	402
INDEX	422

INTRODUCTION

1. Une société, de sa constitution à sa dissolution, interagit avec son environnement pour y exercer et développer ses activités. Ces liens qu'elle tisse impliquent de pouvoir la localiser dans l'espace juridique, économique et géographique où elle évolue¹ : la société doit avoir un domicile. Ce rôle revient à son siège social. Cependant, il convient d'entendre ce terme de domicile dans un sens bien plus large que celui donné au domicile des personnes physiques. Cette analogie, bien que confirmée par les jurisprudences de la Cour Européenne des Droits de l'Homme² et de la CJCE³, n'est qu'une description partielle des fonctions remplies par le siège social d'une société. Ces simples constatations appellent plusieurs questions. Si le siège social d'une entreprise est bien plus qu'un simple domicile physique, comment peut-il être défini ? Et si la finalité principale du siège social est de permettre de situer une société dans le cadre de ses activités, comment permet-il de remplir cette fonction ?

¹ Guyon, *Droit des affaires*, Economica, 12^e éd., 2003, Tome 1, §178

² CEDH, 16 avr 2002, *Sté Colas et autres c. France*, n°3797/97

³ CJCE, 17 oct 1989, *JCP ed E*, 1990, II, n°15776; Il est à noter que depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en date du 1er décembre 2009, la Cour de Justice des Communautés Européennes ou CJCE est devenue la Cour de Justice de l'Union Européenne ou CJUE. Toutefois, dans cette étude, le choix sera fait de conserver l'appellation de Cour de Justice des Communautés Européennes pour conserver une cohérence en raison de la jurisprudence citée.f

SECTION 1 : Le siège social d'une société

2. A la question de la définition du siège social, il est difficile d'apporter une réponse précise. En effet, le siège social en tant que concept juridique n'est défini ni par la doctrine ni par la jurisprudence. Cependant divers éléments additionnés les uns aux autres permettent de le caractériser. Quant à l'interrogation relative à la localisation d'une société à raison de son siège social, ceci découle de ses caractéristiques même. Bien au-delà de la simple localisation géographique de la société, le siège social permet de définir l'environnement juridique national et international d'une entreprise, de déterminer sa nationalité et surtout la loi qui lui est applicable pour régir son fonctionnement, son organisation ainsi que ses activités, c'est-à-dire sa *lex societatis*. Deux paragraphes seront consacrés à l'étude des caractéristiques du siège social et à ses fonctions de détermination de la nationalité d'une société et de la loi qui lui est applicable :

Paragraphe 1 : Les éléments caractéristiques du siège social

Paragraphe 2 : Nationalité d'une société et *lex societatis*

§1/ Les éléments caractéristiques du siège social

3. Bien que la doctrine et la jurisprudence aient donné quelques éléments de réflexion, le siège social d'une société n'est défini ni sur le plan légal ni dans les textes internationaux⁴.

⁴ *Lamy Sociétés commerciales*, 2005, n°499

Cependant il présente une importance toute particulière dans le cadre des activités exercées par une société. En effet, il permet de déterminer⁵ soit l'Etat auquel la société se rattache en raison de sa nationalité et de la loi qui lui est applicable soit en raison de sa nationalité ou de la loi qui lui est applicable, les juridictions territorialement compétentes pour connaître des litiges éventuels auxquels serait confrontée la société, le lieu où se tiennent les assemblées générales, où les informations destinées aux associés minoritaires et aux créanciers sont délivrées, où sont effectuées les formalités de publicité relative à la société, où la société doit être immatriculée au registre du commerce. Ici, l'analogie qui peut parfois être faite entre le domicile des personnes physiques et le siège social des personnes morales montre ses limites.

4. Il apparaît alors que le siège social répond à deux finalités principales. La première est de permettre de localiser la société dans l'espace et au cours de sa vie juridique. Ceci ressort de la possibilité de détermination de la nationalité et de la loi applicable que permet le siège social. Cette constatation conduit à évoquer le premier critère de localisation d'une société qui est intentionnel et correspond au siège statutaire de l'entreprise. Il présente des caractères formels et subjectifs. La seconde finalité à laquelle répond le siège social est d'être le domicile de la société, notamment en permettant la tenue d'assemblées générales ou l'hébergement de services administratifs. Apparaît alors le second critère de localisation d'une société qui est matériel et correspond au siège réel de l'entreprise⁶. Il présente des caractères concrets et objectifs.

⁵ *Lamy Sociétés commerciales*, 2005, n°500

⁶ Bougnoux, « Le siège social », *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc 28-30 ; M Menjucq, « Transfert international de siège social : état du droit positif », *JCP ed E*, 14 oct 1999, n°41, page 1617

5. Le siège social statutaire ne peut être considéré que sous l'angle formel et n'être abordé que de manière objective car il ne constitue qu'une description de la société en tant que personne morale en un lieu donné et d'un point de vue externe : « le siège social est ainsi une simple description de la personne morale en un lieu donné de manière externe (...) le fait qu'il s'agisse d'une mention inclus dans les statuts d'un sujet de droit implique qu'il n'est nul besoin de se référer à des critères spécifiques pour le déterminer. Seule la lecture des statuts permettra de le connaître »⁷. En effet, les statuts sont les seuls documents sociaux ayant vocation à fixer le siège social statutaire d'une société. Il en découle que le siège social défini par les statuts d'une société est un facteur d'identification de celle-ci et ensuite un facteur de détermination du lieu où est censé être situé le centre de la vie économique de l'entreprise. La personne morale est ainsi localisée en raison de la mention de son siège social dans les statuts, acte créateur de la société qui exprime la volonté de localisation des associés et des fonctions que recouvre le siège statutaire dans l'existence de la société elle-même.

6. Le siège statutaire permet ainsi une localisation globale et volontaire de la société en tant que personne morale tant d'un point de vue matériel que sur le plan juridique⁸. Il est possible dans le même temps par le biais du siège social statutaire de saisir directement et juridiquement la société, sujet de droit et de localiser de manière indirecte et formelle la société personne morale par le biais de la détermination de son lieu d'implantation à partir du moment où il n'est pas frauduleux. Il permet ainsi une localisation globale et volontaire de la personne morale. Cependant en tant que critère de localisation, le siège social statutaire ne peut suffire à lui seul. Il ne reflète que le contenu de l'acte juridique qui a permis la

⁷ Boulin, *Le siège social*, thèse, Paris, 1985, vol 1, page 191

⁸ Boulin, *Le siège social*, thèse, Paris, 1985, vol 1, pages 182-192

constitution et l'attribution de la personnalité morale à une société. Il ne tient pas compte des aspects économiques et matériels de la société et ne prend en compte que le plan juridique de son existence dans la mesure où il permet la localisation juridique de l'entreprise. Le siège social statutaire ne représente et ne présente qu'un aspect du siège social d'une société. Toutefois, il demeure une composante essentielle car il permet de traduire la volonté d'implantation et de rattachement d'une société à un Etat et sa législation⁹.

7. Si le siège social statutaire est le critère formel permettant de localiser une société, il a également été évoqué précédemment un critère matériel. Il s'agit du siège social réel et sérieux ou principal établissement d'une société qui constitue « la localisation des rapports de droit par leur élément matériel »¹⁰ constituant une réalité objective directement constatable. Un siège social réel et sérieux peut être réel et ne pas être sérieux mais il ne peut être sérieux sans être réel. La jurisprudence est la seule source qui définit la notion de « principal établissement ». Elle a dégagé des critères généraux et particuliers afin de pouvoir identifier le siège social réel et sérieux d'une société.

8. Les deux catégories de critères doivent être associées pour permettre de déterminer si un établissement d'une entreprise est son principal ou pas. En effet, les critères généraux définis par les tribunaux demandent une approche globale et une adjonction de critères secondaires pour déduire la nature de l'établissement avec certitude. Impliquant une approche pragmatique et factuelle, ils correspondent à des fonctions d'exécution, de gestion et de production au sein de la société soumise à l'examen judiciaire. Rentrent ensuite en jeu les critères secondaires qui permettent une approche plus détaillée voire particulière et

⁹ Boulouin, *Le siège social*, thèse, Paris, 1985, vol 1, pages 203-205

¹⁰ Batiffol, « Aspects philosophiques du droit international privé », page 251 n° 114

qualificative afin de dégager les composantes spécifiques de la personne morale. Sont donc pris en compte tous les facteurs d'intégration de la société dans un environnement et un lieu donné. Par cette approche multicritère de la personne morale à partir de facteurs d'identification faciles à reconnaître, la jurisprudence arrive à déterminer "le degré d'intensité de présence " de la personne morale en un lieu donné et connu¹¹.

9. Essayer de hiérarchiser les critères généraux et particuliers au regard de l'approche fonctionnelle et spécifique de la personne morale pratiquée par la jurisprudence n'a pas vraiment de sens : ce qui importe c'est la fonction à laquelle est associé le critère et ce qu'il représente dans la vie de la société. « Ce n'est pas le critère en tant que tel qui joue un rôle que la fonction qu'il doit recouvrir »¹². Il s'agit de s'attacher non aux critères en tant que tels mais à la fonction qu'ils représentent au sein de la société et qui permet de préciser la réalité de cette dernière et de son implantation. La jurisprudence va s'employer à analyser quatre types de fonctions en particulier pour déterminer la localisation du siège réel et sérieux ou principal établissement de la société. Il s'agit du lieu d'exercice des fonctions de direction, de contrôle, d'administration et de production de la personne morale.

10. En conclusion, pourrait-on admettre alors que le principal établissement soit assimilé à la localisation de l'activité sociale de la personne morale sachant que cette activité serait définie comme étant l'activité économique de la société soutenue sur le plan juridique par l'activité du sujet de droit ? La réponse semble devoir être positive. En effet, le principal établissement de l'entreprise est celui où se concentrent le plus de fonctions liées à l'activité de

¹¹ Boulin, *Le siège social*, thèse, Paris, 1985, vol 1, pages 242-245

¹² Boulin, *Le siège social*, thèse, Paris, 1985, vol 1, pages 250

la société traduisant l'intensité de la manifestation de la présence de la personne morale en ce lieu donné. Il est essentiellement lié à l'activité économique de la société mais est identifiable par les fonctions de la vie sociale qui s'y attachent.

11. Il ressort de ces propos que le siège social d'une société présente une dualité certaine quant à ses composants. Le siège social statutaire est directement lié à la forme juridique de la société. Le siège social réel et sérieux est lié au contenu de cette dernière. L'un est du droit pur, l'autre est du fait. Deux cas de figure peuvent alors être envisagés car il peut y avoir coïncidence ou dissociation des deux catégories de siège social distinguées. Si le siège statutaire et le siège réel et sérieux d'une société coïncident, il en découle que le siège social de l'entreprise cumule les caractères des deux types de siège exposés. Cette approche renvoie à la théorie du siège social¹³. Si le siège statutaire et le siège réel de l'entreprise sont

¹³ Selon cette théorie, il s'agit de rattacher de la manière la plus objective et la plus réelle possible une société à l'espace économique dans lequel elle exerce son activité afin d'éviter toute fraude éventuelle : ce lien objectif existe entre le pays d'enregistrement ou d'immatriculation de la société et le lieu où elle a effectivement établi son siège social. Ceci a pour but de pouvoir protéger les tiers qui établissent des liens juridiques de quelque nature qu'ils soient avec la société.

La France fait partie des pays qui appliquent la théorie du siège social mais avec la prise en compte à la fois du siège statutaire et du siège réel de la société, sachant qu'en cas de non concordance entre les deux, le siège réel prédomine (**Article L210-3 du Code de commerce ; Article 1837 alinéa 2 du Code civil**). Ceci découle d'un souci de réalisme dans la localisation de la société. Cependant l'application en France de la théorie du siège social n'a pas toujours été d'actualité.

En effet, ce n'est qu'à partir d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 20 juin 1870 (**S.1870.I.373**) que le critère de siège social a été appliqué en France par la jurisprudence. Dans l'affaire du « Débarcadère de Cadix », le siège social n'apparaît toutefois cité que parmi un certain nombre de facteurs de rattachement d'une société au territoire français : cela ressemble plus à la technique du faisceau d'indices qu'à une réelle considération du siège social comme facteur pertinent de rattachement d'une société à un Etat (**Levy, La nationalité des sociétés, thèse, Paris, 1984, page 192**).

Ainsi, l'arrêt « Débarcadère de Cadix » ne peut être considéré comme significatif dans l'emploi du critère du siège social bien qu'il marque la première apparition de celui-ci dans une décision des juridictions françaises. En effet, ces dernières utilisaient le critère du centre d'exploitation pour déterminer le rattachement d'une société à un Etat. La décision de justice qui traditionnellement illustre l'application de ce critère est l'arrêt rendu par la Cour de cassation dans l'affaire *Remington Typewriter* (**Req, 12 mai 1931, D. 1933, I, page 60**). La filiale française de la société américaine Remington Typewriter entendait bénéficier de la législation sur les baux commerciaux, législation dont la jouissance était réservée à l'époque aux citoyens français. Or dans son arrêt la Cour de cassation a constaté que la filiale française avait pour seule raison d'exister la commercialisation en

France des produits de la société américaine. De plus la quasi-totalité du capital appartenait à la société mère. Forte de ces constatations qui dénonçaient l'absence d'indépendance de la filiale française par rapport à sa société mère, la Haute cour devait conclure dans cet arrêt qu'il était possible de « *déduire de ces circonstances souverainement constatées que la société, bien qu'opérant en France, n'y avait pas son centre d'exploitation et n'était pas une société française* » au sens de la législation applicable en matière de baux commerciaux à cette époque. Il n'était pas possible de considérer la filiale française comme économiquement rattachée à la France, donc a fortiori de la considérer comme une société française.

Cependant si le critère du centre d'exploitation semble aisé et simple à appliquer, il présente un inconvénient majeur. Ce critère a le désavantage de ne pas rendre compte du rattachement exact d'une société à un Etat lorsque la société considérée exerce son activité sur un plan international. Il suffit qu'une société exerce son activité sur le territoire de plusieurs Etats pour qu'il devienne impossible de la rattacher à l'un quelconque d'entre eux. Ceci a conduit les juridictions françaises à changer de critère et dans un souci de réalisme à choisir celui du siège social. Toutefois comme tout choix, celui-ci a fait l'objet de contestations.

Les premières critiques adressées au critère du siège social sont nées au cours de la Première guerre mondiale. En effet, dans un contexte de conflit, que faire des sociétés et de leurs biens possédés par des ressortissants de puissances ennemies ? Sur quel critère les reconnaître quand l'exercice de leurs activités économiques est un lien réel avec l'économie nationale ?

Suite à un arrêt rendu par la Chambre des requêtes en date du 20 juillet 1915, une *circulaire ministérielle du 29 février 1916* recommandait de placer sous séquestre les biens d'une société « *dès que, notoirement, sa direction ou ses capitaux, sont en totalité ou en majeure partie entre les mains de sujets ennemis* » (**RCDIP 1916, 366 ; JDI 1916, 701**). Cette circulaire instaurait ainsi en France un nouveau critère pour rattacher une société à un Etat, le critère du contrôle. La caractéristique première de ce critère est son instabilité. En effet, la notion de contrôle d'une société est fluctuante : la cessibilité des titres d'une société implique pour celle-ci d'être tributaire des changements qui affecteront son actionnariat et de fait son rattachement à un Etat. Le critère du contrôle ne peut donc convenir et être mis en œuvre que dans le cadre de circonstances exceptionnelles ayant pour conséquences un ralentissement de l'activité des sociétés ainsi qu'un trouble de l'économie. De fait, il est clair que dans le cadre d'un contexte économique sain où une société peut exercer son activité en toute liberté à la fois sur les plans national et international, il apparaît difficile de mettre en œuvre le critère du contrôle qui de par sa nature instable tend à devenir un facteur de confusion en termes de rattachement d'une société à un ordre étatique précis. Ceci explique pourquoi une fois les circonstances exceptionnelles au cours desquelles est né le critère du contrôle, c'est-à-dire la Première guerre mondiale, se sont terminées, la jurisprudence française est revenue à l'application du critère du siège social. Toutefois, il faut noter que le critère du contrôle est encore utilisé aujourd'hui par les juridictions françaises pour localiser le siège social réel d'une société à titre secondaire, le siège social demeurant le critère principal.

Ces propos sont illustrés par l'arrêt rendu par la Cour de cassation en date du 30 mars 1971, dans l'affaire Caisse centrale de la réassurance des mutuelles agricoles c. Mutuelle centrale d'assurance et de réassurance des mutuelles agricoles et Société Générale (**Civ 1, 30 mars 1971, C.C.R.M.A., RCDIP 1971, page 451, note P. Lagarde ; JDI 1972, page 834, note Loussaour ; JCP 1972, II, 17101, note Oppetit**). En l'espèce, il s'agissait d'une société la Caisse centrale de la réassurance des mutuelles agricoles ou CCRMA dont le siège était situé à Alger, à l'époque sous souveraineté française. Suite à l'indépendance de l'Algérie et à des décisions de nationalisation prises par le gouvernement algérien, les dirigeants de la CCRMA qui étaient revenus en France décidèrent de transférer le siège de la société à Paris. Dès lors deux groupements sociaux, l'un français et l'autre algérien, s'affirmèrent comme continuateur de la société. Le litige qui devait s'élever entre les deux concernait des valeurs mobilières détenues par la Société générale pour le compte de la CCRMA. Chaque groupement social en revendiquait la propriété et l'attribution. Pour déterminer quel groupement était l'héritier des droits de la CCRMA, la Cour de cassation devait affirmer : « Si, en principe, la nationalité d'une société se détermine par la situation de son siège social, pareil critère cesse d'avoir application lorsque le territoire sur lequel est établi ce siège social, étant passé sous une souveraineté étrangère, les personnes qui ont le contrôle de la société et les organes sociaux investis conformément au pacte social ont décidé de transférer dans le pays auquel elle se rattachait le siège de la société afin qu'elle conserve sa nationalité et continue d'être soumise à la loi qui la régit ». Cet attendu de principe met en lumière les propos exposés ci-dessus. La Haute juridiction tout en réaffirmant avec orthodoxie l'emploi du critère et de la théorie du siège social, a utilisé en raison des

dissociés, le siège social de l'entreprise ne cumule pas l'ensemble des caractères que présentent les deux types de siège. Dans la pratique, il apparaît que la préférence sera donnée au siège statutaire qui sera considéré comme le siège social de l'entreprise. Cette approche renvoie à la théorie de l'incorporation¹⁴.

circonstances particulières qui ont entouré le litige à savoir l'accession à l'indépendance de l'Algérie, le critère du contrôle pour déterminer la nationalité et la *lex societatis* de la CCRMA. La déterminant comme française, elle validait par là même la décision de validation de transfert de siège prise par le groupement français qui devenait ainsi le successeur de la CCRMA au regard du droit français.

Certes le critère du siège social permet selon la conception française de rattacher une société à un Etat et à son système juridique. La question qui se pose est de savoir ce qu'implique cette notion de rattachement. Selon la doctrine, une société se rattache à un Etat quand elle en est ressortissante donc quand elle possède la nationalité de cet Etat. Le fait de considérer une société comme la ressortissante d'un Etat par le biais de la nationalité implique deux sortes de conséquences pour la société considérée : la jouissance des droits et de la protection de l'Etat dont elle est ressortissante, la reconnaissance de son existence ainsi que la détermination de la loi qui lui est applicable c'est-à-dire la détermination de la *lex societatis*.

¹⁴ La théorie de l'incorporation prend en compte un critère formel pour rattacher une société à un Etat. La personnalité morale de la société ne naît pas de l'accord de volonté de s'associer qui lie ses créateurs. Elle naît de son enregistrement auprès d'une autorité publique qui, la reconnaissant comme existante, lui confère la personnalité morale qui lui donnera vie en tant que sujet de droit (**Dicey & Morris, *Dicey and Morris on the conflict of laws*, Sweet & Maxwell, 13^e éd, 2000, page 1109-1110, Clause of the Rule 154**). Ce choix de rattachement provient de l'analogie faite par les juristes anglo-saxons entre le lieu d'immatriculation d'une société et le « domicile of origin », notion qui en droit anglais désigne le domicile des personnes physiques. L'anthropomorphisme de cette analogie se retrouve dans cette citation : « *Every person, natural or artificial, acquires at birth a domicile of origin by operation of law. In the case of the natural person, it is the domicile of his father, in the case of the juristic person, it is the country in which it is born i.e. it is incorporated* » (**Gasque v. Inland Revenue Comrs (1940), 2 K B 80, cité par Ceshire, *Private International Law*, 9^e éd, North, Londres, 1974, n° 86, page 197**). Le lieu d'incorporation de la société est considéré comme son lieu de naissance (**Dicey & Morris, *Dicey and Morris on the conflict of laws*, Sweet & Maxwell, 13^e éd, 2000, page 1101-1103, Clause of the Rule 152**).

Cette théorie permet d'une manière simple et souple, de rattacher une société au système juridique d'un Etat par simple consultation des registres de l'autorité de l'Etat où les associés de la société ont décidé de l'incorporer. Le lieu d'enregistrement de la société est facile à déterminer, il est apparent. Il offre ainsi une certaine prévisibilité dans la mesure où il est plus facilement identifiable qu'un siège social qu'il s'agit de localiser. Cette aisance d'identification du lieu d'incorporation d'une société représente un avantage certain pour les cocontractants et les créanciers d'une société. Cet avantage se double d'une grande souplesse de ce critère en raison de son caractère formel.

Toutefois, l'application de la théorie de l'incorporation peut conduire à une certaine fiction du rattachement d'une société à un Etat. En effet, le simple fait qu'une société n'apparaisse rattacher à un Etat que par le biais de son enregistrement auprès de ses autorités peut ne pas correspondre à la réalité des activités que mènent cette entreprise : il y a un risque d'utilisation frauduleuse de la souplesse conséquente à l'application de la théorie de l'incorporation.

12. En droit international privé classique, ces deux théories sont reconnues par la doctrine pour déterminer le rattachement étatique d'une société. Le lien qui unit une société à un Etat peut se composer, alternativement, de sa nationalité ou de la loi qui lui est applicable ou, cumulativement, de sa nationalité et de la loi qui lui est applicable. En d'autres termes, une société peut être reconnue comme une de ses ressortissantes par un Etat et se voir appliquer sa législation en tant que *lex societatis* ou alors bénéficier de la nationalité d'un Etat et dépendre de la loi d'un autre Etat. La question qui se pose est de savoir ce qu'implique plus précisément cette notion de rattachement. Si la société bénéficie de la nationalité d'un Etat et dépend également de sa loi, deux sortes de conséquences sont impliquées pour la société considérée. Les premières relèvent de sa qualité de nationale. En tant que telle elle jouit des droits inhérents à sa condition et de la protection de l'Etat dont elle est ressortissante, elle est également redevable des obligations qui en découlent. Les secondes conséquences relèvent de l'application de la loi de cet Etat en tant que *lex societatis* de la société : la reconnaissance de son existence en tant que sujet de droit ainsi que la détermination des règles légales qui lui sont applicables. Toutefois, si une société se rattache à un Etat uniquement par sa nationalité et à un autre Etat uniquement par l'application de la loi nationale de ce dernier à cette dernière, les deux sortes de conséquences se dissocient et ne dépendent plus des mêmes souverains. Ainsi, pour préciser la double acception de la notion de rattachement d'une société à un Etat, il convient de se poser la question du critère d'attribution de la nationalité d'un Etat à une société et du critère déterminant l'application du droit de cet Etat à une société. En droit international privé français, le critère du siège social remplit traditionnellement cette fonction : la localisation du siège social d'une entreprise permet de déterminer la nationalité et la *lex societatis* de la société au regard du droit français.

13. Le critère du siège social en France permet en effet de déterminer la loi applicable à une société plus précisément il permet de répondre à la question de l'application ou pas de la loi française en tant que *lex societatis* à une entreprise. Selon l'article 3 de la loi du 24 juillet 1966 et l'article 1837 du Code civil : « Toute société dont le siège social est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française.

Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est opposable par la société si le siège social est situé en un autre lieu ».

14. Dans les propos qui précèdent il a été démontré que le siège social statutaire et le siège social réel et sérieux ou principal établissement d'une société étaient l'un de droit pur et l'autre de fait. Ce lien entre activité économique de la société en tant qu'entreprise et son principal établissement est d'autant plus fort que la jurisprudence ne prend pas en compte le siège social statutaire lorsqu'elle cherche à localiser le principal établissement d'une société. « Malgré tout, bien que l'on soit en présence d'une donnée de fait, parfois dissociée du juridique, on doit reconnaître qu'il s'agit d'un critère parfait. En effet, sa détermination permet de localiser la personne morale, dans sa totalité. A partir du moment où un doute surgit quant à la localisation du sujet de droit, il est de jurisprudence constante, que le siège social réel et sérieux - le principal établissement - prime sur le siège social statutaire. On ne prend en ligne de compte que ce qui apparaît de manière économique aux yeux des tiers. Cela semble devoir signifier - et cela résulte du sens du terme principal - que le principal établissement est une donnée unique et est le composant économique du sujet de droit. Ce dernier ne peut avoir qu'un seul principal établissement. »¹⁵.

¹⁵ Boulin, *Le siège social*, thèse, Paris, 1985, vol 1, pages 277

15. Le principal établissement apparaît alors comme une donnée de fait qui permet de rechercher dans l'espace le contenu de la personne morale qu'à partir du moment et uniquement s'il y a un doute sur la location de la société à raison de son siège statutaire. Les tribunaux sont souverains pour en apprécier la localisation au regard des données matérielles d'une espèce, ce qui explique l'absence de définition claire et précise de la notion de siège social réel et sérieux ou principal établissement car même si la méthodologie pour le localiser est constante les faits sur lesquels se base cette recherche ne le sont pas. Ceci ne permet donc pas de définir de critères précis et fixes pour reconnaître le démembrement d'une société comme son principal établissement. Un examen d'identification et de localisation est nécessaire pour chaque nouveau cas.

16. Ainsi de par leurs natures respectives, le siège social statutaire et le siège social réel et sérieux ne peuvent entrer en conflit l'un avec l'autre mais coexistent et se complètent l'un l'autre, le principal établissement venant suppléer le siège statutaire s'il apparaît un doute sur celui-ci, doute qui ne peut être révélé que lorsque la question de la dissociation entre les deux se posent devant les tribunaux. La fonction du siège social réel et sérieux est alors de servir à lever ce doute et à donner un nouvel éclairage d'une espèce donnée en rapport avec la réalité des faits et de la vie de la société.¹⁶ Ceci est conforme aux articles 3 de la loi du 24 juillet 1966 et 1837 du Code civil¹⁷.

¹⁶ Boulouin, *Le siège social*, thèse, Paris, 1985, vol 1, pages 278-282

¹⁷ Cf Partie 2, chapitre 2, section 1

17. Quant à la nationalité d'une société, si la France utilise également le critère du siège social pour la déterminer, la question de la différenciation entre l'utilisation d'un même critère en apparence pour deux finalités complètement différentes s'est posée d'autant que le seul vocable auquel se réfère la jurisprudence est celui de « nationalité » des sociétés. Le terme « *lex societatis* » n'apparaît pas. Il y aurait donc confusion entre les deux notions : la nationalité déterminant la loi applicable à une société. Ce qui reviendrait selon le droit international privé français à attribuer la nationalité d'un Etat à une société de manière arbitraire. Or, chaque Etat, en sa qualité de souverain, définit les critères selon lesquels une société peut bénéficier de sa nationalité. Dès lors l'interrogation qui logiquement se pose est de savoir comment doit être déterminée la nationalité d'une société : de manière unilatérale ou bilatérale ? Doit-elle être déterminée par un Etat seul en tant que souverain ou en fonction de l'application des règles de conflit de lois de chacun des Etats où la société exerce ses activités ?

18. La réponse à cette question paraît évidente. Si la *lex societatis* se définit comme la loi qui gouverne la constitution, le fonctionnement et la dissolution de la personne morale qu'incarne la société, la vie entière d'une société est régie par la *lex societatis* dont elle dépend que ce soient des formalités qu'il s'agit d'accomplir pour la constituer, en passant par l'émission éventuelle de titres et les pouvoirs des organes sociaux ou les règles et formalités à suivre pour la dissoudre. Sachant que la nationalité qui rattache une société à un Etat implique la jouissance de droits et d'obligations ainsi que la protection de cet Etat, il semble évident que la détermination de la nationalité d'une société est unilatérale et ne peut intervenir que du fait d'un Etat souverain acceptant de la reconnaître en tant que ressortissante en fonction de

ses propres critères. Malgré cette réponse à l'interrogation de la détermination de la nationalité d'une société qui semble naturelle et logique au juriste aujourd'hui, la doctrine en a débattu allant jusqu'à contester l'existence même du concept de nationalité des sociétés. L'intérêt de rappeler ce débat est de pouvoir distinguer entre les deux concepts de nationalité d'une société et de *lex societatis* et d'affirmer clairement leur différence au regard d'une jurisprudence parfois confuse.

§2/ Nationalité et *lex societatis* d'une société

A- Le débat en doctrine classique

19. Le débat, clos aujourd'hui, qui anima la doctrine classique au début du vingtième siècle sur le sujet de la nationalité des sociétés fut ouvert à nouveau par la Première Guerre mondiale bien que la question semblait être résolue. En effet, alors que la jurisprudence utilisait traditionnellement le critère du siège social, la participation de certaines sociétés à l'effort de guerre au profit de l'ennemi a conduit à considérer leurs nationalités. Les litiges nés à l'issue du conflit ont amené la question de la détermination à se poser en jurisprudence et ont conduit la doctrine du début du vingtième siècle à l'examiner, certains auteurs allant jusqu'à nier l'existence du concept même de nationalité d'une société.¹⁸

20. Selon une partie de la doctrine qui suivait l'approche bilatérale de la détermination de la nationalité d'une société par la jurisprudence, une entreprise, en tant que fiction, n'était

¹⁸ Ancel & Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^e éd, 2001

qu'une façade derrière laquelle apparaissait l'activité des associés. Par conséquent, il fallait considérer non la nationalité de la société qui n'existait pas en elle-même mais celles des associés qui auraient permis de déterminer celle de l'entreprise. Se retrouve ici le critère du contrôle qui fut appliqué par les tribunaux français suite aux premier et deuxième conflits mondiaux. Selon une approche unilatérale, Niboyet, qui avait déjà fait remarqué au début du vingtième siècle qu'un Etat détermine souverainement les critères selon lesquels il désire faire bénéficier certaines personnes physiques de sa nationalité, avait également noté que la jurisprudence utilisait le critère du siège social de manière bilatérale pour établir de quel Etat une société est ressortissante. Cependant, selon cet auteur, ceci aboutissait à attribuer à une société la nationalité d'un Etat que lui-même ne lui conférait pas. Dans une optique d'opposition à l'existence de la nationalité des sociétés, ceci l'a conduit à conclure à une profonde différence de nature entre la nationalité des personnes physiques et celle des personnes morales et par là, considérant l'attribution de la nationalité par l'Etat comme un exercice de sa souveraineté, à l'inexistence de la nationalité des sociétés par définition. En effet, le champ que recouvrait la notion de nationalité ne pouvait inclure le concept de nationalité d'une personne morale dans la mesure où il était conçu comme désignant l'appartenance à la population d'un Etat, population composée de personnes physiques : « un Etat est fait de ses nationaux qui en constituent la substance. Les formes sous lesquelles ceux-ci manifestent leur activité n'augmentent pas leur nombre. [...] S'il en était autrement un pays pourrait accroître fictivement le nombre de ses nationaux. »¹⁹. De plus, la nationalité impliquait selon Niboyet « un rapport d'ordre politique entre un individu et un Etat »²⁰ c'est-à-dire un lien générateur de droits et d'obligations réciproques, une communauté géographique, affective et culturelle qu'il était difficile de concevoir partager avec d'autres par une société.

¹⁹ Niboyet, « Existe-t-il une nationalité des sociétés? », *RCDIP* 1927.402

²⁰ Niboyet, « Existe-t-il une nationalité des sociétés? », *RCDIP* 1927.402

L'auteur faisait la distinction entre l'allégeance juridique et la nationalité : le fait qu'une société soit rattachée et soumise aux lois d'un Etat ne concernait pas la nationalité en tant que rapport d'ordre politique. Au demeurant, comment une société qui n'était qu'un simple contrat de droit privé, aurait pu être dotée d'une nationalité qui implique le bénéfice d'attributs politiques ? Le concept de nationalité en lui-même était inadéquat et ne pouvait s'appliquer à une fiction juridique.

21. Cependant, une partie de la doctrine partisane de l'existence de la nationalité des sociétés s'est opposée aux opinions doctrinales développées en objectant à certains arguments avancés par les auteurs niant l'existence de la notion même de nationalité. Tout d'abord en rejetant l'approche bilatérale du mode de détermination en pointant l'instabilité du critère retenu à savoir le critère du contrôle. En effet, pour cette partie de la doctrine française retenir un tel critère était irréaliste : la nationalité de la société aurait fluctué au gré du changement des associés et de leurs nationalités. De plus l'interrogation de la méthode de détermination de la nationalité de cette société ayant des associés de nationalités différentes se retrouvant en possession à part égale des titres de l'entreprise, demeurait sans réponse. Puis, l'argument relatif au caractère fictif de la personne morale ne permettant pas de lui attribuer une nationalité ni même de concevoir l'existence d'un tel concept pour une société a été écarté par la simple constatation du caractère également fictif de la personnalité juridique des individus physiques. En effet, la personnalité juridique des individus physiques qui leur permet d'être considéré comme national d'un Etat et d'accéder au statut de sujet de droit étant une construction juridique, la partie de la doctrine française partisane de l'existence de la nationalité des sociétés considérait que c'était le même type de construction qui conférait aux êtres collectifs la personnalité juridique pour en faire des personnes morales pouvant être

titulaire de droits et d'obligations pouvant être reconnues comme ressortissantes par un Etat²¹. Enfin, au regard de la définition donnée par Niboyet de la notion de nationalité, les partisans de l'existence de la nationalité des sociétés, cette opposition n'était que terminologique : il était possible d'en faire abstraction sans trop de difficulté. Et, aujourd'hui, force est de constater que l'usage du terme « nationalité » leur donne raison. Un seul mot revêt différentes acceptions qui ne sont pas uniquement dédiées à la démographie.

22. Bien qu'aujourd'hui la question de l'existence de la notion de nationalité soit résolue et que la doctrine contemporaine s'accorde unanimement sur son existence et rejoint la doctrine classique pour considérer qu'un Etat détermine unilatéralement les critères selon lesquels il décide d'attribuer le bénéfice de sa nationalité à des personnes physiques, une divergence d'opinions apparaît au sujet de l'attribution de celle-ci à des personnes morales. Et la jurisprudence des tribunaux français est à son origine.

B- Le débat en doctrine contemporaine

23. Sans tomber dans le relativisme excessif de l'arrêt Mayol Arbona²² selon lequel : « ...la nationalité des sociétés n'est définie par aucun texte général [...] elle ne peut être déterminée qu'au regard des dispositions législatives ou réglementaires dont l'application ou la non application à la société intéressée dépend du point de savoir si celle-ci est ou n'est pas française ; [...] dans ces conditions, la question de la nationalité d'une société doit être tranchée par la juridiction qui a compétence pour connaître de l'action à l'occasion de laquelle

²¹ Mazeaud, « De la nationalité des sociétés », *JDI* 1928.30

²² Trib Confl, 23 nov 1959, *Soc Mayol, Arbona et Compagnie*, *RCDIP* 1960.180, note Loussouarn

elle est soulevée et ne saurait constituer une question préjudicielle imposant à ladite juridiction l'obligation de surseoir à statuer. », la jurisprudence française a traditionnellement posé comme critère pour déterminer la nationalité d'une société le critère du siège social. Une illustration de ce propos est offerte par l'arrêt d'Assemblée Plénière du 21 décembre 1990, *Directeur général des impôts c. Société Roval*²³, selon lequel : « la nationalité, laquelle, pour une société, résulte, en principe, de la localisation de son siège réel, défini comme le siège de la direction effective et présumée par le siège statutaire ». Il ressort de cet attendu de principe que « la stricte orthodoxie de la décision mérite d'être soulignée tant au regard de la jurisprudence antérieure qu'au regard de l'article 3 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966 et de l'article 1837 alinéa 2 du Code civil. »²⁴.

24. Or l'auteur qui a annoté cet arrêt s'inscrit dans le courant doctrinal selon lequel la méthode de détermination de la nationalité d'une société est bilatérale. Suivant cette opinion, une société peut se voir conférer la nationalité d'un Etat sans que celui-ci soit consulté sur la question de cette attribution car il y a application des règles d'un système de conflit étatique autre sans implication de l'Etat concerné dans le processus de mise en œuvre. Il y a de ce point de vue exclusion de toute souveraineté étatique. Ce qui importe en l'occurrence est la détermination *lege fori* de la nationalité, même si celle-ci revêt une apparence de bilatéralité. En effet, une apparence seulement car cette règle de conflit conduit à la désignation d'un Etat que celui-ci soit d'accord ou non pour voir sa nationalité attribuée à une société. Elle ne désigne pas un système juridique étatique mais seulement un Etat afin de permettre aux juridictions françaises de déterminer si une société bénéficie de la nationalité française.

²³ Ass Plé, 21 déc 1990, *Directeur général des impôts c. Société Roval*, RCDIP 1992.70, note Duranton

²⁴ Ass Plé, 21 déc 1990, *Directeur général des impôts c. Société Roval*, RCDIP 1992.70, note Duranton

25. C'est là que peut s'inscrire le second courant doctrinal contemporain qui a une approche unilatérale de la question selon laquelle un Etat est seul compétent, en tant que souverain, pour reconnaître si une société est un de ses nationaux. Deux arguments permettent de fonder cette opinion. Le premier concerne la référence qui est faite par le premier courant doctrinal aux articles 3 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966 et 1837 alinéa 2 du Code civil. Selon ces deux articles qui possèdent le même texte et sont le pendant l'un de l'autre dans les matières commerciales et civile : « Toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française.

Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu. ». En effet, selon l'opinion de cette partie de la doctrine, ces deux textes visent la nationalité des sociétés et permettent en droit français d'établir le critère selon lequel une société sera reconnue comme ressortissante nationale ou non.

26. Cependant, à la simple lecture du texte de ces deux articles, il apparaît qu'ils visent non la nationalité des sociétés mais la *lex societatis*. Par conséquent, le premier courant doctrinal contemporain se fonde sur une analyse erronée des textes précités : il y a confusion entre la notion de nationalité et celle de *lex societatis* car la lecture faite par les auteurs qui s'inscrivent dans ce courant est basée sur l'interprétation qu'ils font de la jurisprudence de la Cour de cassation. Or, la Haute cour fait une utilisation floue du vocable « nationalité » dans ses arrêts. Elle emploie ce terme pour apprécier et déterminer la nationalité d'une entreprise dans le sens de lien qui fait d'une société la ressortissante d'un Etat ou bien la nationalité

d'une entreprise dans le sens de la loi qui lui est applicable. C'est pourquoi l'arrêt²⁵ rendu en date du 08 décembre 1998 par la Première chambre civile fut salué par la doctrine. Il constitue le deuxième argument venant étayer le second courant doctrinal contemporain. En effet, il ne fait aucune référence à la « loi nationale » ou à la « nationalité » pour déterminer la *lex societatis* : « la cour d'appel, qui a retenu que le siège de la Société Générale Accident était situé en Ecosse, a justement décidé que l'appréciation des pouvoirs des dirigeants sociaux relevait de la loi dont dépend la société, la loi française étant ainsi sans application en la matière. ». Cet arrêt écarte pour la première fois la confusion généralement faite entre les deux notions.

27. La nationalité et la *lex societatis* d'une société sont donc deux notions indépendantes l'une de l'autre qu'il s'agit de bien distinguer car elles ne remplissent pas les mêmes fonctions dans la vie d'une entreprise. La nationalité permet à une société d'être reconnue par un Etat en tant que ressortissante et de la faire ainsi bénéficier de la protection juridique et diplomatique de ce dernier. Elle est déterminée de manière unilatérale par l'Etat qui l'attribue, en tant que souverain, selon des critères qu'il a fixés. Quant à la *lex societatis*, il lui revient de régir la vie de la société considérée de sa constitution qui marque sa naissance à sa dissolution qui marque sa mort. Elle est déterminée de manière bilatérale car la loi applicable à une société dépend du système de conflits de l'Etat où elle décide d'exercer ses activités donc du système juridique de l'Etat avec lequel elle décide d'entrer en interaction. En conséquence, si la nationalité ne peut être relative, ce n'est pas le cas de la *lex societatis* qui dépend d'un système de conflit de lois et du critère de rattachement qui permet l'application de la règle de conflit.

²⁵ Civ 1^{er}, 08 déc 1998, *Société Général accident c. BNP et autres*

28. En conclusion, au cours des développements précédents, il est apparu que le siège social d'une société revêt une importance particulière. Il permet de localiser et de retrouver la société dans l'environnement juridique, économique et géographique où elle évolue. Dans un premier temps, le siège social permet de situer matériellement la société dans la mesure où il constitue son domicile au sens premier du terme. Dans un deuxième temps, il détermine quelle est la *lex societatis* voire la nationalité de la société considérée permettant ainsi de la positionner sur le plan juridique. Selon le système de conflit de lois français, le siège social est le critère utilisé pour désigner la loi applicable à une entreprise mais il est aussi et dans le même temps celui retenu par l'Etat français pour reconnaître une société comme une des ses ressortissantes. Or, quand le terme de siège social est évoqué, il s'agit de déterminer s'il s'agit du siège social réel ou statutaire de l'entreprise car il est apparu, dans les propos précédemment développés, qu'il était possible de dissocier le siège social en deux éléments, le siège statutaire et le siège réel de la société²⁶. Selon qu'est appliquée la théorie de l'incorporation ou celle du siège social, prédominance est donnée à l'un ou l'autre de ses éléments dans la détermination de la loi applicable à la société. En ce qui concerne, le droit international privé français, la position est intermédiaire.

29. Chacune des composantes du siège social a une finalité particulière et complémentaire de celle de l'autre. Conformément à la législation et à sa nature propre qui est purement juridique, le siège social statutaire permet de localiser de manière objective une société et de la rattacher à un système juridique dont les règles de droit lui seront applicables. Si un doute

surgit sur la réalité de ce siège, doute qui ne peut être révélé que par un « cas pathologique »²⁷ porté devant les tribunaux, le siège réel et sérieux ou principal établissement se substitue au siège social statutaire pour permettre de localiser l'implantation réelle de la société notamment en reflétant son activité social et économique²⁸. Cette possibilité de dissocier physiquement le siège statutaire et le siège réel d'une société conduisent à soulever la question de l'utilisation de celle-ci par la société et les opportunités que cette possibilité offre à une société. En effet, l'entreprise pour des raisons économiques, pour des motifs de compétitivité, d'adaptation, de restructuration..., peut décider d'user de cette possibilité ou de ne pas en user. Ceci va la conduire à vouloir procéder au déplacement de son siège social. Cette simple constatation renvoie à un sujet bien plus délicat qu'il n'y paraît de prime abord : il s'agit du transfert international du siège social de l'entreprise.

SECTION 2 : Le transfert international de siège social

30. Que ce soit face à ses concurrentes européennes ou autres, une société ne peut, sous peine de disparaître, développer ses activités sur un plan international si elle n'a pas une certaine taille et si elle ne sait pas s'adapter aux fluctuations des marchés économiques. Il en découle que sa capacité à se restructurer, à évoluer est vitale à sa survie²⁹. Favoriser sa mobilité est un moyen de favoriser cette capacité d'adaptation. Dès lors, le transfert international de siège social revêt une importance toute particulière. Pour se faire, elle devra procéder au déplacement de son siège de son Etat d'origine vers l'Etat où elle désire être accueillie.

²⁷ Crim, 31 janv 2007, *Elf-Gabon*, *Dalloz* 2007, page 1817, chron. Carron et Ménotti

²⁸ Cf Partie 2, Chapitre 2

²⁹ Pariente, « Les obstacles à la libre mobilité des entreprises européennes à l'intérieur de l'Union », *Bull Joly Sociétés*, janv 2002, page 21

31. Deux hypothèses se présentent alors. La première est celle du transfert qui se déroule en dehors du champ d'application du droit communautaire. Seront alors concernées les sociétés qui ne sont pas ressortissantes européennes ou qui étant ressortissantes européennes, veulent migrer vers un Etat qui n'appartient pas à l'Union européenne. Le second cas de figure est relatif au transfert international de siège social qui se déroule dans le cadre de l'Union européenne et entre alors dans le champ d'application du droit communautaire. Ces deux hypothèses posent des problèmes juridiques particuliers à chacune en raison de la mise en œuvre du droit européen. Il convient de les distinguer afin de pouvoir les examiner au cours de cette étude.

Paragraphe 1 : Le transfert international de siège social hors du champ d'application du droit communautaire

Paragraphe 2 : Le transfert international de siège social soumis au droit communautaire

§1/ Le transfert international de siège social hors du champ d'application du droit communautaire

32. Dans le cadre du transfert international de siège social n'entrant pas dans le champ d'application du droit communautaire, une telle opération est tout à fait envisageable. Cependant certains facteurs pourraient empêcher une société de se déplacer pour répondre aux besoins de ses activités. En effet, la doctrine a longtemps débattu non de la réalisation du transfert international de siège social mais bien de la simple possibilité de réaliser l'opération

elle-même. Plusieurs raisons ont conduit la doctrine à douter de la faisabilité du transfert international de siège social.

33. Tout d'abord, un transfert international de siège social n'est pas une chose évidente pour un Etat. Pour celui dont est originaire la société, le départ de cette dernière implique la perte d'un agent économique, créateur de richesses, d'emplois et source de revenus fiscaux. L'obliger à se dissoudre peut être une méthode pour prévenir la fuite de ces capitaux. Pour l'Etat d'accueil de la société, le transfert présente l'intérêt du gain des avantages perdus par l'Etat d'origine, mais l'arrivée d'une nouvelle société étrangère demande une adaptation à sa législation difficile et délicate. Il est plus simple de demander à une société de se reconstituer.

34. Ensuite, un transfert international de siège social n'implique pas comme un transfert à l'échelle nationale un seul ordre juridique dont l'ensemble des règles constituent un corps juridique unitaire et cohérent. Il implique forcément deux ordres juridiques, celui de l'Etat d'origine de la société et de son Etat d'accueil. Or, l'implication de plusieurs ordres juridiques entraîne la mise en œuvre d'une conception de la personnalité morale, de conditions de sa reconnaissance particulières à chacun. Ceci conduit à mettre en exergue deux conditions indispensables à la possibilité de réaliser un transfert international de siège social : la continuité de la personnalité morale de la société et sa reconnaissance par tous les ordres juridiques impliqués au cours de l'opération. En effet, il n'est pas possible de parler de transfert de siège social si la société qui décide de migrer doit se dissoudre dans son Etat d'origine pour se reconstituer dans celui où elle désire s'installer. Dans ce cas de figure, il y a mort de l'entité sociale primaire au profit de l'apparition d'une nouvelle ce qui conduit à la

perte de siège social originel et à la création d'un nouveau : il n'y a pas de transfert de siège social en tant que tel.

35. Deux difficultés surgissent alors : la survie de la personnalité morale de la société au cours de l'opération est-elle possible ? Si la réponse à cette première question est positive, la société sera-t-elle reconnue en tant que sujet de droit pouvant être titulaire de droits et d'obligations par l'Etat où elle désire être accueillie afin d'y poursuivre ses activités ? Ces deux dernières questions expliquent les raisons pour lesquelles la doctrine a pu débattre et se partager quant à l'existence même, au-delà du simple concept intellectuel, du transfert international de siège social. Mais les problèmes soulevés par la possibilité de réaliser cette opération ne s'arrêtent pas là.

36. A supposer que cette possibilité soit acquise, des facteurs de complication vont venir jouer un rôle : il s'agit des changements que peut impliquer le transfert international de siège social. Le premier est le changement de nationalité de la société migrante qui n'est pas systématique. Le second qui lui est systématique ou presque est le changement de la loi applicable à la société, c'est-à-dire le changement de *lex societatis*. En effet, la loi a vocation à régir la vie de la société au cours du transfert international de son siège social n'est pas la même puisque plusieurs ordres juridiques nationaux sont impliqués pendant l'opération. Ce facteur de complication, en particulier, va influencer sur la reconnaissance de la personnalité juridique de la société migrante dans la mesure où cette dernière doit être reconnue par l'ordre juridique sur le territoire géographique d'application duquel elle désire exercer ses activités. Des conflits de systèmes et des conflits mobiles risquent de voir le jour. De plus, au cours de la réalisation du transfert international du siège social de la société, le

changement de loi applicable va engendrer d'autres difficultés : la radiation et la nouvelle immatriculation de la société, la modification de ses statuts pour leur mise en conformité avec la nouvelle lex societatis. Ce sont des points délicats. Il y a également le problème de la fraude. Dans la mesure où il est possible de dissocier le siège statutaire d'une entreprise de son siège réel, donc de créer une distorsion dans l'image de l'activité de la société telle qu'elle apparaît aux yeux des tiers notamment de ses créanciers, est-il possible de se prémunir contre le transfert international de siège social frauduleux ? La fraude peut-elle être sanctionnée ? Comment ?

§2/ Le transfert international soumis au droit communautaire

37. Toutes ces questions que pose le transfert international de siège social se compliquent quand se fait sentir l'influence du droit communautaire lorsque l'opération se déroule, selon la deuxième hypothèse envisagée, d'un Etat membre de l'Union européenne vers un autre. En effet, si un transfert de siège social a lieu au sein de l'Union européenne, les Etats membres doivent adapter leur législation nationale aux normes européennes en raison de leur primauté. Dès lors, le jeu des règles de conflit de lois en est modifié et les données des problèmes que soulève un transfert international de siège social d'un Etat membre à un autre, en sont également modifiées. De facto, des interactions vont se développer entre le droit communautaire et celui des Etats membres, notamment le droit international privé. La question qui se pose alors est celle de l'influence du droit communautaire. Trouver la réponse à cette question implique forcément de déterminer avec précision le domaine d'application de chaque ordre juridique afin de pouvoir clairement établir quelles règles viennent régir le transfert international de siège social à chaque instant de son déroulement.

38. Il faut également prendre en compte le fait que l'Union européenne est un espace particulier où une législation sui generis est en développement permanent. Les Etats membres sont liés les uns aux autres par un ensemble de règles auxquelles sont soumises leurs sociétés. Bien que de nombreuses directives aient été prises afin de favoriser l'uniformisation des droits nationaux des sociétés, l'harmonisation en ce domaine n'est pas complète. La mobilité des entreprises fait partie des sujets à traiter. Alors une question se pose : peut-il être encore considéré que « le droit européen des sociétés n'est pas un droit de la mobilité des sociétés »³⁰ ?

39. Au sein de l'Union européenne, le transfert international de siège social s'inscrit dans le cadre défini par les objectifs posés par le Traité de Rome³¹ de 1957, fondateur de la Communauté européenne. Pour les rédacteurs du Traité, il fallait que les Etats membres de la Communauté européenne donnent aux entreprises les moyens d'être mobiles au sein du territoire géographique européen. Ceci ressort des dispositions de l'article 293 (ex-220) alinéa 3 du Traité selon lesquelles « Les Etats membres s'engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants : [...] –la reconnaissance mutuelle des sociétés [...], le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert de siège de pays en pays [...] »

La finalité de ce texte est de permettre aux Etats membres de mettre en œuvre une des libertés fondamentales accordées par le Traité aux ressortissants européens : la liberté de

³⁰ Le Nabasque, « Le droit européen des sociétés et les opérations transfrontalières », *Mélanges Champaud*, Dalloz, 1997, page 431

³¹ Il est à noter que depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en décembre 2009, le Traité instituant la Communauté Européenne - Traité CE - communément appelé Traité de Rome a été renommé Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne ou TFUE.

d'établissement. Elle relève de l'article 43³² (ancien article 52) du Traité instituant la Communauté européenne. Cette liberté est accordée aux sociétés ressortissantes de l'Union européenne au sens de l'article 48³³ (ancien article 58) du Traité de Rome.

40. Les Etats membres ont essayé à plusieurs reprises mais sans succès de remplir cet objectif de mobilité fixé par l'article 293 du Traité, notamment en essayant d'assurer la reconnaissance mutuelle des sociétés des Etats membres. La Convention de La Haye du 1^{er} juin 1956 relative à la reconnaissance des personnes morales étrangères et la Convention de Bruxelles du 29 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés ne sont jamais entrées en vigueur. Toutefois, l'harmonisation des législations des Etats membres a fait naître un corps de règles nationales communes rendant difficile la non reconnaissance d'une société notamment si elle est de capitaux. Cependant, en matière de transfert international de siège social, les objectifs du Traité n'ont pas été atteints malgré la proposition d'une quatorzième directive sur le transfert du siège social intracommunautaire qui permettrait³⁴ de réaliser les libertés fondamentales de libre circulation et d'établissement accordées par le Traité aux personnes morales. Comment dans l'espace européen, le transfert de siège social, objectif

³² Art 43 (ex 52) du Traité de Rome :

« Dans le cadre des dispositions visées ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat sont interdites.

Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un Etat membre établis sur le territoire d'un Etat membre ».

« La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux ».

³³ Art 48 (ex 58) du Traité de Rome :

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

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

³⁴ La Commission européenne après une étude de l'impact de l'adoption de la quatorzième directive a jugé qu'un texte communautaire n'était pas indispensable : Benoît Lecourt, « Etude d'impact concernant le projet de 14^e directive sur le transfert transcommunautaire de siège social », *Revue des sociétés* 2008, page 198

posé par le Traité de Rome, peut-il être réalisé ? S'il n'est pas encore possible d'affirmer clairement que le droit communautaire est un droit de la mobilité des sociétés, les institutions communautaires ont largement pris conscience de la demande des milieux d'affaires en la matière. Depuis une vingtaine d'années, la Cour de Justice des Communautés Européennes a fait évoluer cette question qui restait en suspens. Par une jurisprudence vivante, elle pose les jalons de la mobilité des sociétés au sein de l'Union Européenne. Et les nouvelles formes de sociétés d'après leurs statuts juridiques devraient renforcer ce mouvement.

41. Qui parle de mobilité des sociétés au sein de l'Union européenne, se doit d'évoquer également la concurrence législative entre les Etats membres qui risquent de naître de l'exercice de leur liberté d'établissement par les sociétés, ressortissantes européennes désirant procéder à un transfert international de siège social. Les hypothèses où une société pourrait faire usage de la liberté de se mouvoir qui lui est accordée avec des intentions frauduleuses ne peuvent être écartées. Dès lors, la démarche législative des Etats membres cherchant à limiter la mobilité des sociétés afin de protéger certains intérêts particuliers, tels ceux des créanciers ou des associés minoritaires d'une société, est compréhensible. En conséquence, une dynamique et la recherche permanente d'un équilibre doivent se mettre en place entre la mise en œuvre de la liberté d'établissement et les législations des Etats membres.

42. Des propos qui viennent d'être exposés, le transfert international de siège social entendu au sens de cette étude – c'est-à-dire une opération impliquant pour une société de migrer de son pays d'origine vers un Etat où elle désire s'installer en déplaçant son siège social sans avoir l'obligation de se dissoudre dans son Etat d'origine pour se reconstituer dans celui où elle souhaite être accueillie – apparaît plus complexe qu'il ne semble l'être de prime

abord. En effet, avant de la réaliser, la question de pouvoir procéder à une telle opération se pose car deux problématiques doivent être résolues. La première est celle de la survie de la personnalité morale de la société migrante au cours de l'opération afin de prévenir la dissolution de l'entreprise dans son Etat d'origine. Est-ce possible en droit international privé français comme en droit communautaire ? La seconde est celle de la reconnaissance de la personnalité morale de la société migrante par l'Etat qui va l'accueillir pour qu'elle n'ait pas à se reconstituer en une nouvelle entité sociale. Comment le droit international privé français et le droit communautaire régissent cette question ? Si les conditions préalables au transfert sont remplies alors sa réalisation et ses modalités sont envisageables. Comment une société quitte son environnement juridique d'origine pour s'intégrer dans celui où elle désire être accueillie ? Ces questions seront analysées dans le cadre de la première partie de cette étude.

43. La problématique de la réalisation du transfert internationale de siège social conduit à s'intéresser aux nouvelles formes sociales européennes que sont la Société Européenne (SE), la Société Coopérative Européenne (SCE) et la future Société Privée Européenne (SPE) qui bénéficient du droit de transférer leur siège social et dont les statuts juridiques ont évacué les questions qui se posent dans le cadre d'un transfert international de siège social d'une société nationale. Comment l'opération peut-elle être réalisée pour chacune de ces sociétés ? Des propos précédemment exposés, il est également apparu que la problématique de la réalisation du transfert international de siège social conduit à s'interroger sur la question de l'intention et de la motivation avec lesquelles l'opération est réalisée. Ceci renvoie à la thématique du transfert international de siège social frauduleux qu'il soit réalisé par des sociétés nationales comme européennes. La deuxième partie de cette étude portera également sur ce sujet en droit



international privé comme en droit communautaire. Ainsi, deux parties sont à envisager qui traiteront des différents aspects du transfert international de siège social :

Première partie : La possibilité et la réalisation du transfert international de siège social

Deuxième partie : Cas particuliers de transfert international de siège social

PREMIERE PARTIE : La possibilité et la réalisation du transfert international de siège social

44. Le transfert international de siège social est une opération susceptible d'entraîner diverses conséquences pour la société qui envisage une telle opération. La première est le changement de localisation de la société qui fait l'objet de la décision. Le transfert international de siège social est une opération qui implique la migration d'une société de son Etat d'origine vers un autre Etat qui l'accueillera et où elle désire exercer ses activités. Il en découle une perte du siège social primaire pour en acquérir un nouveau localisé sur le territoire de l'Etat d'accueil de la société. Ceci entraîne pour l'Etat d'origine de la société la disparition d'un acteur économique donc la fuite de revenus fiscaux et de capitaux. Ces désagréments pour l'Etat d'origine sont, évidemment, autant d'avantages pour l'Etat d'accueil de la société. La seconde conséquence engendrée par le transfert international de siège social est éventuelle : elle peut se produire ou non. Il s'agit du changement de nationalité que peut entraîner une telle opération. Il ne dépend que des législations nationales des Etats d'origine et d'accueil de la société migrante. En tant que souverain de droit libre de désigner et de reconnaître ses ressortissants dans les conditions qu'il aura déterminées de par sa volonté, chaque Etat applique ses propres critères légaux en la matière. La troisième conséquence impliquée par une opération de transfert international de siège social est le changement de la lex societatis. Il s'agit de déterminer, selon les différentes hypothèses de transfert qui peuvent se présenter, si l'opération est susceptible d'entraîner l'application à la société dont le siège

social est transféré, d'une loi nationale différente de celle de son Etat d'origine, à savoir la loi de l'Etat qui va l'accueillir.

45. Ces bouleversements lourds pour la société concernent essentiellement la réalisation de l'opération. Toutefois, certaines questions relatives à la possibilité de réaliser l'opération même se posent préalablement aux interrogations engendrées par sa réalisation. Ces questions découlent également du changement de *lex societatis* qu'entraîne un transfert international de siège social. En effet, les conséquences du transfert international de siège social ne peuvent intervenir que si la personnalité morale de la société qui transfère son siège, survit. Il s'agit de se demander si la possibilité de procéder à l'opération peut être remise en cause. Il n'est pas question de parler de transfert international de siège social si l'opération conduit à la dissolution de la société donc à la disparition de la personne morale dans l'Etat d'origine, puis à la constitution d'une nouvelle société donc d'une nouvelle personne morale dans l'Etat d'accueil. La notion de transfert de siège social implique obligatoirement la continuité de la personnalité morale de la société qui décide de migrer. En conséquence, avant d'envisager les problématiques que pourraient engendrer un changement de nationalité ou de *lex societatis* de la société en raison du transfert international de son siège social, il convient de se demander si la personnalité morale de cette dernière pourrait survivre à une telle opération. En d'autres mots, la question qui se pose est de savoir si la personnalité morale attribuée à la société au moment de sa constitution selon la législation de son Etat d'origine, lui reste attachée une fois qu'elle lui a été accordée ou dépend-elle exclusivement de son rattachement à cet Etat d'origine ?

46. A supposer que la survie de la personne morale au cours du transfert soit possible, une autre interrogation surgit : celle de sa reconnaissance en tant que personne juridique par le système juridique dans lequel elle désire s'intégrer. En effet, sans cette reconnaissance, le transfert international du siège social de la société migrante n'est pas envisageable. Dans son Etat d'origine la société était une personne morale disposant de la personnalité juridique, c'est-à-dire apte en tant que sujet de droit à être titulaire de droits et d'obligations et pouvant jouer un rôle au sein d'un système juridique qui la reconnaît. Si elle ne dispose pas de cette même reconnaissance par l'Etat où elle désire s'installer, la société migrante ne pourra exercer aucune activité au sein de son nouveau système juridique. De ces constatations, deux types de problématiques se distinguent : celles relatives aux conditions préalables au transfert international du siège social d'une société donc à la possibilité même de réaliser une telle opération et celles relatives à la Société Européenne qui lui sont spécifiques en raison de la particularité de cette société. Elles seront abordées au cours de deux chapitres :

Chapitre I : Les possibilités de la réalisation du transfert international de siège social

Chapitre II : Les modalités de réalisation du transfert international de siège social

CHAPITRE I : Les possibilités de réalisation du transfert international de siège social

47. Dans le cadre de cette étude, le transfert international de siège est entendu comme étant l'opération par laquelle une société procède au déplacement de son siège social d'un Etat à un autre sans que son intégrité en soit altérée : elle demeure une seule et même entité, une seule et même personne morale. A la lumière de cette définition, il convient de considérer la question de la survie de la personnalité morale de cette société au cours de l'opération. Mais cela ne suffit pas. Selon les propos précédemment exposés, cette survie est inutile si la société n'est pas reconnue comme pouvant bénéficier de la personnalité juridique lui permettant d'être titulaire de droits dans l'Etat où elle désire s'implanter. Deux sections seront consacrées à ces questions :

Section 1 : La survie de la personnalité morale de la société migrante au cours de l'opération

Section 2 : La reconnaissance de la personnalité juridique de la société migrante

SECTION 1 : La survie de la personnalité morale de la société migrante au cours de l'opération

48. La réalisation d'un transfert international de siège social implique au préalable la survie de la personnalité morale de la société qui procède à l'opération. Cette continuité va dépendre de l'environnement juridique dans lequel l'opération se déroule. Deux hypothèses se distinguent : la première est relative au transfert qui s'effectue en dehors du champ d'application du droit communautaire et la seconde concerne le transfert qui entre dans ce champ d'application donc qui a lieu au sein de l'Union européenne.

49. Ces deux hypothèses conduisent à une approche dualiste de la question de la survie de la personne morale. Dans un premier temps, il s'agit de l'aborder sous l'angle du droit international privé classique sans que soit prise en compte l'influence du droit communautaire. La nature de la personnalité morale va alors jouer un rôle déterminant au regard de sa survie et de la possibilité de réaliser le transfert international du siège social d'une entreprise. Dans un deuxième temps, il convient de prendre en compte l'application du droit européen qui va modifier les données du problème en raison de la mise en œuvre de la liberté d'établissement. Ces différents points seront étudiés au cours de trois paragraphes :

Paragraphe 1 : Analyse doctrinale de la nature de la personnalité morale

Paragraphe 2 : La survie de la personnalité morale

Paragraphe 3 : L'influence du droit communautaire sur la survie de la personnalité morale

§1/ Analyse doctrinale de la nature de la personnalité morale

50. La nature de la personnalité morale a fait l'objet d'une controverse doctrinale passionnée. Plusieurs théories se sont affrontées reconnaissant ou niant l'existence de la personnalité morale, en limitant les effets ou non. Dans le cadre de cette étude, il n'est pas nécessaire de revenir sur la totalité des débats auxquels cette notion a donné lieu³⁵. Cependant dans la mesure où déterminer la nature de la personnalité morale est indispensable à la réalisation d'un transfert international de siège social car elle permettra d'établir si la société

³⁵ Nathalie Baruchel, *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, thèse, Grenoble, 2002 ; LGDJ 2004

peut survivre au cours de l'opération, il semble important de donner un aperçu des principales théories qui se sont confrontées sur la question. Deux sous-paragraphes seront consacrés à ces thèmes :

Sous-paragraphes A : Le débat doctrinal classique : est-elle une fiction ou une réalité ?

Sous-paragraphes B : La notion de personne morale au regard de la doctrine contemporaine

A- Le débat doctrinal classique : est-elle une fiction ou une réalité ?

1. La personnalité morale en tant que fiction

51. Le postulat de base qui sous-tend la possibilité de procéder au transfert international du siège social d'une société est que l'entreprise survive au cours de sa migration car l'opération n'altérera pas sa personnalité morale. Il en découle la continuité nécessaire de la personnalité morale. Or pour une partie de la doctrine française³⁶, cela était impossible. En effet, une opération qui consisterait pour les associés d'une société à vouloir déplacer son siège social d'un Etat vers un autre Etat impliquerait obligatoirement la dissolution de cette dernière et donc la disparition de la personne morale dans le premier Etat puis sa reconstitution dans l'Etat vers lequel s'effectuerait la migration et donc l'apparition d'une nouvelle personne morale, à moins que les statuts de la société ne prévoient ce changement. Dans ce cas, il s'agirait d'une simple modification statutaire³⁷. Plus simplement, la première

³⁶ Niboyet, *Traité*, II, n°751 ; Levasseur, « Du changement de nationalité des sociétés anonymes », *Rev. Soc.* 1914, page 321 ; Pillet, *Des personnes morales en droit international*, n°109

³⁷ Levasseur, « Du changement de nationalité des sociétés anonymes », *Rev. Soc.* 1914, page 321

société disparaît au profit de l'apparition d'une seconde qui se voit transmettre le patrimoine de la première dans son intégralité.

52. Pourquoi, selon ces auteurs, était-il nécessaire de dissoudre et de reconstituer une société pour que des associés puissent au travers d'une personne morale changer l'Etat où ils désiraient pouvoir exercer une activité économique ? Ils considèrent la personnalité morale comme une attribution de la *lex societatis*, c'est-à-dire de la loi organique de la société qui la demande : « Nous estimons même, bien que la question soit fortement controversée, qu'en toute circonstance, le changement de nationalité volontaire équivaut à la disparition de la personnalité morale primitive. Si, comme nous le pensons, la personnalité morale n'est pas une réalité mais un bienfait de la loi, accordé par elle et délimité par elle, ce bienfait cesse quand la loi qui l'a accordé est écartée par les associés »³⁸. Or une des conséquences possible du transfert du siège social d'une société d'un Etat à un autre est le changement de *lex societatis*. Dans ce cas, si la personnalité morale est considérée comme une simple faveur conférée par la loi qui est applicable pour régir la vie de la société migrante, le changement de celle-ci ne permet pas à la *lex societatis* primitive de continuer à attribuer la personnalité morale à la société dans la mesure où une nouvelle loi est devenue compétente pour s'appliquer à cette dernière. La personne morale ne peut survivre dans ces conditions. De cette opinion doctrinale ainsi exposée, il découle que la personnalité morale apparaît comme une simple fiction juridique. Elle est conférée par la loi qui est compétente pour régir la vie de la société considérée alors comme un simple groupement de personnes, les associés, auquel il convient de permettre d'exercer son activité en toute sécurité tant pour eux que pour les tiers.

³⁸ Hamel et Lagarde, *Traité de droit commercial*, Dalloz, 2^e éd, 1980, I, n°429

Dès lors, la société en tant que bénéficiaire de la personnalité morale ne peut avoir d'existence qu'au travers de cette loi et dans le cadre des limites géographiques où elle s'applique.

53. Cette partie de la doctrine française se rattache à l'école dite de la fiction inspirée par Savigny³⁹, lui-même inspiré par le droit romain. En effet, la conception de la personnalité morale en tant que fiction juridique y trouve son origine : le droit n'existe que par et pour les humains. La personnalité véritable suppose une existence corporelle et biologique, une volonté d'agir et de faire. Il en découle que « seul l'homme, et l'homme en tant qu'il est seul, peut être réellement sujet de droit, avoir une capacité juridique »⁴⁰. Les personnes morales ne sont qu'un expédient basé sur un raisonnement analogique, elles deviennent alors de « simples artifices créés pour des raisons d'efficacité »⁴¹, notamment patrimoniales⁴². Il apparaît alors que l'attribution tacite ou expresse de la qualité de sujet de droit aux personnes morales donc aux sociétés n'a pour raison d'être que de permettre la réalisation de leurs finalités. Dès lors les effets de la personnalité morale doivent être interprétés de manière stricte et limités par les textes légaux qui la confèrent⁴³.

54. Kelsen a poussé ce raisonnement à l'extrême : « la 'personne physique' n'est pas un homme, mais l'unité personnifiée des normes juridiques qui obligent et des normes juridiques qui investissent de droits un seul et même individu. Ce n'est pas une réalité naturelle, mais une construction juridique créée par la science du droit, un concept auxiliaire dans la

³⁹R von Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Ch Guenoux, Firmin-Didot, Tome 2, 2^e ed, 1860, pages 223 et s

⁴⁰ Carbonnier, *Droit civil*, Tome 1, PUF 2004, page 739

⁴¹ Prujiner, « La personnalité morale et son rattachement en droit international privé », *Les Cahiers de Droit*, vol. 31, n°4, 12/1990, page 1049-1073

⁴² Carbonnier, *Droit civil*, PUF, 2004, tome 1, page 740

⁴³ Nathalie Baruchel, *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, thèse, Grenoble, 2002 ; LGDJ 2004, pages 22-23

description et formulation de données de droit »⁴⁴. La personnalité juridique n'étant qu'une fiction et la personne morale n'étant qu'une métaphore anthropomorphique⁴⁵, cette dernière devient elle-même une fiction : « Lorsqu'on dit que l'ordre juridique confère la personnalité juridique à une corporation, cela signifie que l'ordre juridique institue des obligations et des droits qui ont pour contenu la conduite d'hommes qui sont organes ou membres de la corporation fondée par des statuts, et que cette donnée compliquée peut être décrite avantageusement, parce que d'une façon relativement simple, en recourant à une personnification des statuts qui fondent la corporation. Mais, répétons-le, cette personnification et son résultat, le concept auxiliaire de personne juridique, ne sont pas les produits du droit lui-même, mais les produits de la science du droit attachée à décrire le droit »⁴⁶.

55. L'école de la fiction a eu une large influence autant sur les systèmes de Droit civil que sur les systèmes de Common Law au cours du dix-neuvième siècle. Mais elle a marqué ces derniers d'une empreinte bien plus profonde. En effet, bien que la controverse sur la nature de la personnalité morale se soit éteinte et que la doctrine majoritaire considère ce débat comme obsolète⁴⁷, la théorie de la fiction de la personnalité morale a influencé fortement les systèmes de droit anglo-saxons que ce soit d'un point de vue doctrinal ou légal. Par exemple, selon l'école de l'analyse économique du droit, la personnalité morale n'apparaît que comme un simple instrument économique permettant de réduire les coûts d'investissements et une meilleure répartition des risques économiques entre les véritables acteurs que sont les

⁴⁴ Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Eisenmann, Dalloz, 1962, page 231

⁴⁵ Prujiner, « La personnalité morale et son rattachement en droit international privé », *Les Cahiers de Droit*, vol. 31, n°4, 12/1990, page 1049-1073

⁴⁶ Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Eisenmann, Dalloz, 1962, page 251-252

⁴⁷ Prujiner, « La personnalité morale et son rattachement en droit international privé », *Les Cahiers de Droit*, vol. 31, n°4, 12/1990, page 1049-1073

personnes physiques. Ici, la préoccupation première est l'efficacité d'un mécanisme pour l'efficience de ses résultats⁴⁸. La jonction avec les théories de la fiction de la personnalité morale d'une société et de Kelsen⁴⁹ est proche dans la mesure où la personne morale ne devient qu'un instrument juridique et non une réalité préexistante ayant besoin de la reconnaissance étatique pour déployer ses effets sur le plan juridique.

56. Sur le plan légal, l'influence de la théorie de la fiction transparaît dans la nature formaliste des systèmes de droit anglo-saxons⁵⁰. En effet, le Législateur intervient pour fixer les conditions d'attribution de la personnalité morale dans la mesure où une société ne peut en devenir bénéficiaire que si elle entreprend de suivre les formalités légales pour s'incorporer. Une parfaite illustration de ces propos est offerte par la nouvelle législation anglaise relative aux sociétés qui est entrée en vigueur en octobre 2008. Le Companies Act de 2006 vient réformer et remplacer le Companies Act de 1985 jusqu'ici en vigueur. Bien que la section 16⁵¹ du Companies Act de 2006 remplace la section 13 (3) à (5)⁵² du Companies Act de 1985,

⁴⁸ Posner, *Economic analysis of law*, Aspen law & Business, 1998, 5^e ed., pages 427 et s.

⁴⁹ Prujiner, « La personnalité morale et son rattachement en droit international privé », *Les Cahiers de Droit*, vol. 31, n°4, 12/1990, page 1049-1073

⁵⁰ Simonart, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruylant-Bruxelles, 1995, page 68 et pages 75 et s

⁵¹ 16. Effect of registration

“(1) *The registration of a company has the following effects as from the date of incorporation.*

(2) *The subscribers to the memorandum, together with such other persons as may from time to time become members of the company, are a body corporate by the name stated in the certificate of incorporation.*

(3) *That body corporate is capable of exercising all the functions of an incorporated company.*

(4) *The status and registered office of the company are as stated in, or in connection with, the application for registration.*

(5) *In the case of a company having a share capital, the subscribers to the memorandum become holders of the shares specified in the statement of capital and initial shareholdings.*

(6) *The persons named in the statement of proposed officers-*

(a) *as director, or*

(b) *as secretary or joint secretary of the company,*

are deemed to have been appointed to that office.”

⁵² 13. Effect of registration

“(1) *On the registration of a company's memorandum, the registrar of companies shall give a certificate that the company is incorporated and, in the case of a limited company, that it is limited.*

(2) *The certificate may be signed by the registrar, or authenticated by his official seal.*

le nouvel Act maintient l'obligation faite aux sociétés, qui désirent être considérées sur le plan juridique comme des sujets de droit, de s'enregistrer auprès d'un des registres nationaux – Angleterre, Ecosse, Irlande – des sociétés anglais en fonction de la localisation de son siège statutaire. A la suite de l'enregistrement d'une société, un certificat d'incorporation lui est délivré. Son incorporation a pour effet de créer une nouvelle entité juridique qui sur le plan légal est une personne différente des gens qui la possèdent ou la gèrent. L'influence de la théorie de la fiction sur le système juridique anglais apparaît clairement dans la mesure où une société ne devient une personne morale sujet de droit qu'à la suite de son incorporation⁵³.

57. Quant au système juridique américain, dans la mesure où il s'agit d'une fédération, il conviendrait de consulter le droit de chacun des Etats. Cependant une certaine homogénéité existe sur la question de l'incorporation. Ainsi, si les statuts d'une société doivent être immatriculés et enregistrés auprès d'un organisme étatique, le *Secretary of State*, les sociétés peuvent jouir de la personnalité morale à partir de cette immatriculation ou à partir de la

(3) From the date of incorporation mentioned in the certificate, the subscribers of the memorandum, together with such other persons as may from time to time become members of the company, shall be a body corporate by the name contained in the memorandum.

(4) That body corporate is then capable forthwith of exercising all the functions of an incorporated company, but with such liability on the part of its members to contribute to its assets in the event of its being wound up as is provided by this Act and the Insolvency Act.

This is subject, in the case of a public company, to section 117 (additional certificate as to amount of allotted share capital).

(5) The person named in the statement under section 10 as directors, secretary or joint secretaries are, on the company's incorporation, deemed to have been respectively appointed as its first directors, secretary or joint secretaries.

(6) Where the registrar registers an association's memorandum which states that the association is to be a public company, the certificate of incorporation shall contain a statement that the company is a public company.

(7) A certificate of incorporation given in respect of an association is conclusive evidence:

(a) that the requirements of this Act in respect of registration and of matters precedent and incidental to it have been complied with, and that the association is a company authorised to be registered, and is duly registered, under this Act, and

(b) if the certificate contains a statement that the company is a public company, that the company is such a company."

⁵³ Companies Act 2006 – Explanatory Notes, page 10 (http://www.opsi.gov.uk/acts/en2006/ukpgaen_20060046_en.pdf) :

« This means that on registration a company becomes a legal person in its own right, which is distinct from the people who own it (the members) and the people who manage it (the directors). »

délivrance d'un certificat d'incorporation⁵⁴. Ici se rencontre un autre exemple de l'influence de théorie de la fiction sur les systèmes juridiques de Common Law.

58. Cette influence se fait également sentir au niveau des tribunaux appartenant à un système de Common Law, qui, d'une manière générale, prennent en considération en tant que personne morale uniquement la société qui a été incorporée au sein de leur système juridique. Si elle ne l'a pas été, elle ne peut bénéficier de la personnalité morale. Selon un auteur, « la personnalité morale demeure étroitement confinée à la notion de corporation, au point que le terme de *corporate personality* y est le plus naturel pour le concept de personnalité morale »⁵⁵.

59. En ce qui concerne l'influence de l'école de la fiction sur les pays de Droit civil, pour les partisans de cette théorie de la fiction au sein de la doctrine française, la disparition de la société en tant que personne morale ayant eu une activité qui a engendré des effets juridiques n'est pas un obstacle à l'application de leur théorie. En effet, la dissolution et la reconstitution de la société en tant que personne morale ne posent pas de problèmes pour les créanciers sociaux dans la mesure où la société nouvelle est l'héritière de la première société dissolue de facto au cours du déplacement de l'activité des associés d'un Etat vers un autre. En conclusion, la théorie de la fiction ne s'oppose à la mobilité des sociétés mais rend impossible le transfert international de siège social en tant que tel.

⁵⁴ Simonart, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruylant-Bruxelles, 1995, page 83

⁵⁵ B. Bouckaert, « Corporate personality : myth, fiction or reality ? », in Rapport belge au XIII Congrès international du droit comparé, Montréal, 1990, page 1 d'après Prujiner, « La personnalité morale et son rattachement en droit international privé », *Les Cahiers de Droit*, vol. 31, n°4, 12/1990

60. En considération des concepts doctrinaux qui constituent cette théorie, il est facile de comprendre quelle est l'origine de la première problématique posée par le transfert international de siège social relative à la possibilité de réaliser cette opération : la personnalité morale de la société migrante peut-elle survivre au cours du transfert international de son siège social ? Toutefois, il n'est pas possible de se contenter de cette théorie pour déduire la réponse à cette question. En effet, elle se heurte à certaines objections. La théorie de la fiction de la personnalité morale repose sur un postulat initial selon lequel seul un être doué de la volonté d'agir et de faire peut être sujet de droit. Or il apparaît au cours de l'histoire que des êtres doués de volonté tels les esclaves sous l'Antiquité étaient considérés comme des objets au même titre que les animaux d'un point de vue juridique et que des êtres non doués de volonté tels l'infans ou le dément sont pourtant sujets et titulaires de droits. De plus, dans la mesure où ce sont des textes légaux donc le Législateur donc l'organe d'expression d'un Etat, personne morale publique par nature, qui confère la personnalité morale à une société, comment de manière logique est-il possible de la considérer comme une fiction ? Il y a là un non-sens car la personnalité morale est accordée à une société par un Etat lui-même personne morale... donc l'Etat serait également une fiction à laquelle aurait été également concédée la qualité de personne morale ? Or, nul n'ignore que l'Etat est lui-même source de la loi appelée à régir de la vie de la société et lui attribuer la qualité de personne morale. Ce raisonnement est biaisé. La théorie de la fiction aboutit ici dans une impasse du fait de cette contradiction⁵⁶. Face à ces constatations, la majeure partie de la doctrine française classique s'est détachée de cette conception de la personnalité morale en tant que simple fiction juridique et s'est tournée vers la théorie de la personnalité morale en tant que réalité.

⁵⁶ Nathalie Baruchel, *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, thèse, Grenoble, 2002 ; LGDJ 2004, pages 23-24 ; Simonart, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruylant-Bruxelles, 1995, page 39

2. La personnalité morale en tant que réalité

61. Les opposants⁵⁷ à la théorie de la fiction de la personnalité morale considèrent, au contraire, qu'elle est préexistante à la reconnaissance de la personne morale par la loi compétente pour s'appliquer à la société en tant que sujet de droit. La *lex societatis* se contente de la reconnaître et de fixer les conditions dans lesquelles elle sera accordée au groupement de personnes que constituent les associés d'une société. Selon cette partie de la doctrine française qui s'est intéressée au débat sur la nature de la personnalité morale et a développé plusieurs théories pour démontrer ce résultat, cette dernière est une réalité. Cette conception de la personnalité morale dont l'existence serait plus constatée par le droit que créée par le droit est apparue au dix-neuvième siècle dans l'œuvre d'un théoricien allemand, Gierke⁵⁸ : « la capacité de vouloir et d'agir de la collectivité, comme celle de l'individu, reçoit du droit le caractère d'une capacité juridique, mais n'est point créée par le droit. Le droit la trouve préexistante ; il la reconnaît et en délimite l'action »⁵⁹. Il s'agit d'avoir de la personnalité morale une approche teintée de psychologie et de sociologie. Le Législateur n'intervient pas pour créer une personne morale mais pour reconnaître une entité déjà existante dotée de l'attribut essentiel de la volonté⁶⁰. La personne morale préexiste à sa reconnaissance par le droit dans la mesure où elle est la marque et l'expression de la volonté

⁵⁷ Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, 7^e éd. ; Loussouarn, *Les conflits de loi en matière de sociétés*, thèse, Rennes, 1949, n° 122 ; Loussouarn, « Le transfert du siège social et le problème du statut juridique des sociétés », *Travaux du Comité français de Droit international privé*, 1946-1948, page 157 et suivantes.

⁵⁸ Prujiner, « La personnalité morale et son rattachement en droit international privé », *Les Cahiers de Droit*, vol. 31, n°4, 12/1990, page 1049-1073

⁵⁹ Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Weidmann, 1887, page 608, cité par Paynot-Rouvillois, *Personnalité morale et volonté*, n°28, 17, spéc. page 22

⁶⁰ Nathalie Baruchel, *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, thèse, Grenoble, 2002 ; LGDJ 2004, page 29

collective d'un groupement d'individus⁶¹, ce qui est différent de la somme des volontés des individus physiques qui la composent⁶². L'unité réside dans le but recherché et poursuivi par la pluralité des composants de ce groupe qui dès lors constitue un tout différent de ses parties mais possède tout comme eux une volonté⁶³. Or l'expression de la volonté est un des critères qui permet d'être reconnu en tant que sujet de droit doté de la personnalité morale. Ici se retrouve une analogie anthropomorphique. En effet, l'homme dispose de la personnalité juridique pendant de la personnalité morale pour les personnes physiques. Il en dispose car elle est le biais par lequel sa volonté peut exister et s'exercer sur le plan juridique.

62. En plus de cette première conception doctrinale de la théorie de la réalité de la personnalité morale basée sur la notion de volonté⁶⁴, d'autres opinions doctrinales ont été développées⁶⁵. Poussant l'analogie anthropomorphique à son paroxysme, la théorie organiciste ou organique compare une société à un organisme vivant dont chaque membre serait une cellule. La volonté collective, donc de la société, est la résultante de l'antagonisme entre ces cellules qui ont perdu leur individualité en intégrant la société considérée comme un être vivant au même titre que l'homme, organisme vivant composé de cellules dont la combinaison forme la volonté. Quant à la théorie de la conscience collective, elle pousse également l'analogie à ses limites en considérant que la volonté collective d'un groupement, donc d'une société dans le cadre de cette étude, distincte, de la somme des volontés individuelles des membres qui le composent, permet de lui conférer la personnalité morale et

⁶¹ Carbonnier, *Droit civil*, Tome 1, PUF 2004, page 742

⁶² Guyon, *Droit des affaires*, Economica, 12^e éd., 2003, Tome 1, page 138

⁶³ Nathalie Baruchel, *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, thèse, Grenoble, 2002 ; LGDJ 2004, page 32

⁶⁴ Zitelmann, *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, page 62 cité par Nathalie Baruchel, *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, thèse, Grenoble, 2002 ; LGDJ 2004, page 31

⁶⁵ Nathalie Baruchel, *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, thèse, Grenoble, 2002 ; LGDJ 2004, page 29-33

cette volonté collective est considérée comme l'expression de la conscience collective de ce groupement. Ce concept est défini comme « l'ensemble de croyance et des sentiments communs à la moyenne des membres d'une société »⁶⁶.

63. De ces différentes opinions doctrinales, il ressort que la notion de volonté collective est le critère de base qui fonde l'attribution de la personnalité morale à un groupement d'individus donc à une société. Cette volonté est l'expression de la somme des volontés individuelles mais distincte de celles des membres qui composent le groupe donc des associés d'une société. Ayant une volonté qui lui est propre, une société possède la qualité de personne morale donc est un sujet de droit bien avant qu'elle ne soit reconnue en tant que telle par un Législateur étatique. Cependant cette théorie, quelle que soit l'opinion doctrinale selon laquelle elle est considérée, présente des limites qui posent la question de son adéquation avec la structure et le fonctionnement d'une société⁶⁷. Pousser trop loin l'analogie anthropomorphique entre l'être humain en tant que sujet de droit et la société en tant que personne morale également sujet de droit peut conduire à vider cette dernière notion de son sens. En effet, que ce soit le trop grand rôle accordé à la volonté ou à la notion de conscience collective qui est incertaine de par sa définition, il apparaît que la théorie de la réalité de la personnalité morale ne prend pas en compte toute la dimension d'une société en tant que personne morale. Le simple critère de la volonté pour considérer une société comme une personne morale donc comme sujet de droit n'est pas suffisant en lui-même. Pour se rendre compte de ses limites, il convient de se baser sur l'analogie anthropomorphique à l'origine de la théorie de la réalité : la considération des sujets de droit qui ne disposent pas de volonté

⁶⁶ Durkheim, *De la division du travail social*, PUF, 7^e éd. 1960, page 46

⁶⁷ Nathalie Baruchel, *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, thèse, Grenoble, 2002 ; LGDJ 2004, page 29-33

mais n'en perdent pas pour autant leur qualité le démontre. Il s'agit de l'infans et du dément. L'absence de volonté chez le jeune enfant ou la volonté malade chez le dément n'ont fait que pousser le Législateur à déléguer l'exercice de leurs droits à un représentant légal, le tuteur. Cependant ils en demeurent les titulaires⁶⁸. C'est le point de départ de la théorie élaborée par Léon Michoud, qui a cherché à se détacher du critère de la volonté pour établir une théorie de la réalité de la personnalité morale fondée sur d'autres critères⁶⁹. Il a déplacé le débat de l'assimilation des personnes morales aux personnes physiques vers les notions de sujet de droit et de droit subjectif⁷⁰.

64. Pour Léon Michoud, le critère de la volonté n'est pas déterminant pour caractériser l'existence de la personnalité morale car il est possible d'être titulaire de droits sans pour autant pouvoir les exercer. Il ne l'est pas également dans la mesure où ce que le Droit protège, ce n'est pas la volonté en elle-même mais l'intérêt qu'elle représente : « ...ce que le Droit veut protéger quand il sanctionne une volonté, ce n'est pas l'acte de volition en lui-même, c'est son contenu. On ne peut pas vouloir sans vouloir quelque chose ; c'est ce quelque chose qui est l'objet de la protection légale... »⁷¹. La volonté apparaît alors uniquement comme un moyen, son rôle devient secondaire. Elle n'est protégée ni pour elle-même, ni en elle-même mais devient le simple instrument par le biais duquel est exercé un intérêt qui est protégé par le droit naturel et devient de ce fait un droit subjectif digne de la protection légale. Le Législateur donc l'Etat en accordant une protection juridique à ce droit subjectif ne le crée

⁶⁸ Michoud, *Théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ, 3^e ed., 1932, pages 102 et s.

⁶⁹ Nathalie Baruchel, *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, thèse, Grenoble, 2002 ; LGDJ 2004, page 35 et s

⁷⁰ Simonart, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruylant-Bruxelles, 1995, page 43 et s

⁷¹ Michoud, *Théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ, 3^e ed., 1932, pages 104-105

pas. Il ne fait que le reconnaître et le défendre. Ici, l'auteur s'inspire de la définition du droit subjectif donnée par Jhering⁷².

65. Partant de ces constatations, l'auteur note que si l'homme doit être le premier centre d'intérêts que l'Etat doit prendre en compte en lui reconnaissant la personnalité juridique, il doit aussi considérer et protéger les intérêts collectifs des groupements humains pour coller à la réalité sociale. Reconnaître les intérêts poursuivis par ces groupements par le biais d'une expression de volonté collective revient implicitement à leur reconnaître une personnalité juridique donc à les traiter en personne morale. Michoud s'inscrit ici dans la droite ligne de Gierke quand il affirme qu'il n'est pas du rôle de l'Etat de créer des personnes morales, il ne peut que les reconnaître⁷³. Il dégage deux conditions⁷⁴ nécessaires et suffisantes pour que soit caractérisée et attribuée la personnalité morale à un groupement humain et par conséquent à une société également.

66. La première condition⁷⁵, selon Michoud, est l'existence d'intérêts collectifs et permanents distincts des intérêts individuels. Pour une société, ceci implique une différenciation entre les intérêts de la société de ceux de chacun des associés. La seconde condition⁷⁶ va servir de support à la réalité de la personnalité morale en lui permettant de poursuivre et de réaliser le premier critère raison de son existence. Il s'agit de l'organisation mise en place et permettant de dégager une volonté collective afin de représenter, d'exprimer

⁷² Michoud, *Théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ, 3^e ed., 1932, pages 112 et s. ; Simonart, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruylant-Bruxelles, 1995, page 44

⁷³ Michoud, *Théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ, 3^e ed., 1932, page 130

⁷⁴ Simonart, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruylant-Bruxelles, 1995, page 45

⁷⁵ Michoud, *Théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ, 3^e ed., 1932, pages 116 et s.

⁷⁶ Michoud, *Théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ, 3^e ed., 1932, pages 121 et s.

et défendre les intérêts collectifs poursuivis par le groupement. Dans le cadre d'une société, ce critère de l'organisation renvoie à l'existence des organes sociaux prévus par la loi pour permettre à l'entreprise d'être représentée en tant que personne morale capable d'exercer et de jouir de droits et apte à répondre à des obligations.

67. Cependant la théorie de Michoud comme celles qui l'ont précédée présente ses limites⁷⁷. En effet, les deux conditions posées pour la caractérisation de l'existence d'une personnalité morale que sont les notions d'intérêt collectif et d'organisation ne sont ni précisément ni clairement définies par l'auteur. En ce qui concerne la première, si l'intérêt collectif se distingue des intérêts individuels des membres qui composent le groupe, la question des intérêts dignes de la protection juridique et l'élaboration d'un critère permettant de les distinguer des autres n'est pas abordée. La simple référence au droit naturel pour définir un droit subjectif qui correspondrait à un intérêt à défendre est bien vague et ne permet de résoudre la problématique de la distinction. En ce qui concerne la notion d'organisation de la personne morale, les développements qui lui sont consacrés sont plus orientés vers la question de la représentation que vers le fonctionnement de l'organisation de la personne morale. Cependant pour dégager une volonté collective dont l'organisation serait le support et le moyen d'expression, il aurait convenu d'en exposer le fonctionnement d'une manière plus définie afin de permettre de distinguer plus précisément les organisations pouvant être personnifiées.

⁷⁷ Nathalie Baruchel, *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, thèse, Grenoble, 2002 ; LGDJ 2004, pages 42 et s.

68. Au regard de cette étude, en conclusion, il découle des propos qui viennent d'être exposés que la théorie de la réalité, quels que soient les critères permettant de caractériser l'existence de la personnalité morale, permettrait la survie d'une société au cours d'un transfert international de siège social. En effet, l'existence de la personnalité morale ne dépend pas de l'Etat dans la mesure où son rôle ne consiste qu'à la reconnaître et non à la créer. Dès lors le transfert international entendu comme le déplacement d'une entité unique et identique d'un Etat d'origine à un Etat d'accueil devient possible dans la mesure où la personnalité morale de la société migrante survit au cours de l'opération. Elle n'est pas altérée par le transfert car cette continuité est la conséquence de la préexistence de la personnalité morale de la société avant sa reconnaissance par une quelconque loi étatique. En effet, « Si, ..., on voit dans la société une réalité juridique, le changement de nationalité est un accident qui n'altère pas l'être même de la société »⁷⁸.

69. Cependant, il est apparu également que les différents critères dégagés par la doctrine classique pour établir l'existence de la personnalité morale présentaient des insuffisances. Ainsi, la théorie de la réalité en général, bien que permettant de répondre à la question de la survie de la personnalité morale d'une société au cours de l'opération de transfert international de siège social de manière positive, présente tout comme la théorie de la fiction des limites qui n'autorisent pas à la considérer comme la solution doctrinale apportant une réponse satisfaisante à cette même question. Ainsi la doctrine classique ne donnant pas de réponse adéquate car elle aboutit à des impasses quelque soit la solution proposée, il convient de se tourner vers la doctrine moderne. Les auteurs contemporains ont étudié la question de la nature de la personnalité morale d'une manière plus juridique et plus pragmatique au travers

⁷⁸ Battifol, *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 3^e ed, 1959, n°194

de la jurisprudence de la Cour de cassation et des textes légaux en droit des sociétés. L'étude de la nature de la personnalité morale a été abordée sous un angle technique.

B- La notion de personne morale au regard de la doctrine contemporaine

1. La fin du débat en doctrine classique

70. Ainsi, en droit français, après avoir traditionnellement appliqué la théorie de la fiction, la Cour de cassation devait renier sa jurisprudence antérieure⁷⁹ alors même qu'elle s'y référerait encore dans les années trente et que le discrédit doctrinal était déjà jeté sur cette théorie⁸⁰ depuis le début du siècle. Ceci apparaît dans un arrêt rendu par la Cour en date du 28 janvier 1954⁸¹. Dans cette décision, la Cour suprême a suivi les arguments soulevés par l'Avocat général Lemoine dans ses conclusions pour poser le principe selon lequel : « La personnalité morale n'est pas une création de la loi ; elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés ».

⁷⁹ Lagarde, « Propos de commercialiste sur la personnalité morale : réalité ou réalisme ? », *Mélanges Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, page 429

⁸⁰ « en vertu d'une fiction de droit privé, les sociétés de commerce sont réputées jouir d'une personnalité distincte de celle des associés qui la composent et, pour les besoins du commerce juridique, il est attribué cette personne une nationalité fictive » extrait de Civ, 25 juil 1933, *DP* 1936. 1.121, note Silz, *S* 1935.1.41, note Niboyet; Civ, 29 mai 1937, *D* 1937.1.64, *S* 1937.1.365

⁸¹ Civ 2^e, 28 janv 1954, *Comité d'établissement des Forges et Aciéries de la Marthe et d'Homécourt c. Ray*, *JCP* 1954, II, 7978, conclusions Lemoine

71. Bien que cet arrêt ait été rendu dans le cadre d'un litige portant sur la personnalité morale d'un comité d'établissement, les conclusions de l'Avocat général éclairent la portée de l'attendu de principe de cet arrêt rendu par la Cour de cassation : « ...une personnalité juridique qui existe par elle-même, sans qu'il puisse être question de qui que ce soit pour la créer : reconnaître cette personnalité, c'est uniquement constaté l'existence d'un fait et en tirer les conséquences juridiques. ». Il cite également pour étayer son raisonnement un arrêt rendu par la Haute juridiction en date du 30 août 1859⁸² en matière de sociétés duquel il tire l'argument suivant : « ...c'est que le législateur ne crée par les personnes morales, que l'autorité publique se borne à adhérer à leur institution, que son concours ne fait consacrer que leur existence, et que la jurisprudence peut, non leur conférer, mais leur reconnaître les attributs de la personnalité morale que le législateur ne leur a pas expressément attribuée ». De ce qui vient d'être exposé, il ressort que l'Avocat général Lemoine s'inscrivait nettement dans la doctrine de la réalité de la personnalité morale. Le sens de l'attendu de principe de l'arrêt rendu par la Cour de cassation apparaît alors comme ayant une portée plus générale non limitée aux seuls comités d'entreprise. Il est également valable en matière de sociétés.

72. Cette décision de la Haute cour a porté un coup d'arrêt au débat sur la nature de la personnalité morale d'une société qui animait la doctrine classique française : était-elle fictive ou réelle ? Selon la Cour de cassation, elle n'est pas fictive. Par déduction, elle serait considérée comme réelle mais la Cour n'affirme pas en des termes clairs et explicites sa préférence pour la théorie de réalité. En effet, ce rejet clair de la théorie de la fiction de la personnalité morale par la Cour de cassation ne marque pas pour autant un choix sans équivoque en faveur de la théorie de la réalité par celle-ci. Ce revirement qualifié de

⁸² D. 1859, I, 365

« révolutionnaire » de la Haute cour « quelle qu'en ait été l'exacte portée - était un acte gratuit, puisque l'espèce ne nécessitait pas cette prise de position »⁸³. Cette constatation a conduit une partie de la doctrine à poser et étudier à nouveau la question de la nature de la personnalité morale : si la personne morale n'est définitivement pas une fiction mais n'est pas clairement une réalité, comment doit-elle être considérée ? Quelle est sa nature ?

2. La personne morale en tant que technique juridique

73. La réponse à cette problématique est venue de la doctrine contemporaine qui a voulu écarter par une approche utilitariste⁸⁴ la controverse classique relative à la nature de la personnalité morale des sociétés pour reconnaître la personnalité morale comme une technique juridique, ce qui exclut la question de savoir s'il s'agit d'une réalité ou d'une fiction. « Ainsi, la personnalité morale est, à la fois, un concept et une construction juridique. Elle n'existe pas en dehors du droit. Elle n'a été conçue que pour satisfaire des besoins pratiques et juridiques. Peut-être peut-on dire dans cette perspective qu'elle est et qu'elle n'est qu'un mécanisme, un instrument ou une technique juridique.

En réalité, la personnalité morale remplit une fonction, elle est une réponse juridique à des besoins pratiques et juridiques. Si l'on s'attache particulièrement à cette fonction, elle apparaît essentiellement comme un mécanisme, un instrument, une technique « d'autonomisation », d'individualisation et de personnalisation juridiques. »⁸⁵.

⁸³ Lagarde, « Propos de commercialiste sur la personnalité morale : réalité ou réalisme ? », *Mélanges Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, page 429

⁸⁴ Nathalie Baruchel, *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, thèse, Grenoble, 2002 ; LGDJ 2004, pages 200 et s. et spec. pages 209 et s.

⁸⁵ Pailluseau, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ* 1993, page 705, spéc. page 709

74. La nécessité de l'existence d'une personne morale ne tient donc pas à l'existence d'un groupement comme dans la théorie de la réalité de la personnalité morale mais à l'existence de l'activité que ce groupement d'individus a la volonté d'entreprendre. C'est la nécessité d'autonomiser sur le plan juridique cette activité qui va induire la nécessité de l'existence et de l'attribution de la personnalité morale à la société, structure et instrument juridique permettant l'entreprise et l'exercice de cette activité par les moyens qu'elle permet d'affecter à la réalisation de cette finalité. « Le droit français considère la personnalité morale comme un instrument de technique juridique. Il s'en sert pour poursuivre des objectifs jugés commodes ou bienfaisants... »⁸⁶. Il en découle que la personnalisation se dessine comme un choix technique et juridique pour permettre la réalisation efficiente d'une activité reposant sur une concentration de moyens permettant d'accéder à une efficacité économique et sur une autonomie certaine permettant d'accéder à une indépendance. Ce choix doit s'inscrire dans un cadre de légitimité notamment au regard de la légalité de la création de la société en tant que personne morale et de la légalité de la finalité poursuivie par cette création⁸⁷. Mais ce n'est pas tout. « La conséquence de la création (ou de la reconnaissance) de la personnalité morale, c'est donc qu'elle fait apparaître un nouvel être à la vie juridique ; un nouvel être doté du droit de conclure des conventions, d'accomplir des actes juridiques, d'engager sa responsabilité ou de mettre en jeu celle des autres êtres juridiques, d'intenter des actions en justice, etc.

75. Il est évident que ce nouvel être juridique ne peut être considéré isolément, comme s'il existait tout seul dans le monde, indépendamment des autres personnes. Il est en relation constante avec les autres êtres juridiques ; son existence et son fonctionnement comportent

⁸⁶ Gridel, « La personne morale en droit français », *RIDC* 1990, page 505

⁸⁷ Nathalie Baruchel, *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, thèse, Grenoble, 2002 ; LGDJ 2004, pages 213-214

nécessairement des conséquences sur l'existence et le fonctionnement des autres êtres juridiques... »⁸⁸. Il apparaît également qu'une société dans le cadre de l'exercice de son activité, en tant que sujet de droit bénéficiant de la personnalité morale, entre en interaction avec d'autres entités juridiques. De ce constat découlent deux sortes de conséquences.

76. Le premier type de conséquences est que l'utilisation de la personnalité morale en tant que technique permet sur le plan financier d'organiser et d'aménager juridiquement les ressources pécuniaires⁸⁹ et les moyens matériels mis en œuvre dans le cadre de l'activité exercée par une société notamment pour protéger les intérêts patrimoniaux privés des associés en les dissociant de ceux de la société. Cette organisation assure aussi la protection des intérêts des tiers créanciers de la société soit en leur accordant des droits spéciaux à l'encontre de la personne morale, soit en engageant de manière limitée ou illimitée la responsabilité des associés membres de la société.

77. Le second type de conséquences est que l'organisation de moyens matériels et financiers implique logiquement l'organisation interne de la société donc l'organisation de la personne morale en tant que structure d'accueil d'exercice de l'activité de la société. Cette organisation concerne la détermination des modes d'expression du groupement ou de la collectivité membres de la société ainsi que la gestion des interactions qui peuvent se développer au sein de la société. D'un point de vue juridique, ceci concerne l'aménagement et la détention du pouvoir entre les différents organes internes de la société, la détermination de modes de représentation, d'un système de responsabilité contre les abus. En conclusion, la

⁸⁸ Pailluseau, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ* 1993, page 705 spéc. page 710

⁸⁹ Gridel, « La personne morale en droit français », *RIDC* 1990, page 495 spéc. 507

personne morale en tant que technique juridique permet de déterminer d'un point de vue juridique l'organisation et le fonctionnement interne d'une société afin de lui permettre d'exercer son activité et d'interagir avec son environnement économique. La société apparaît ainsi comme un vecteur d'expression d'intérêts collectifs d'un groupement qui permet de faire la balance entre les intérêts collectifs et les intérêts individuels qui s'affrontent au sein d'une société. Cette conception fonctionnelle de la société en tant que personne morale, vient renforcer la notion de technique juridique⁹⁰.

78. Ainsi, ni fiction, ni réalité, la personnalité morale considérée comme une technique juridique répond à des impératifs et des nécessités pratiques en mettant en relation les aspects économiques et financiers de l'entreprise avec la notion juridique de société. Par conséquent, la personnalité morale qui ne peut exister en dehors du droit a pour seule finalité en tant qu'instrument juridique d'organiser les moyens financiers au sein de l'entreprise en tant que société personne morale offrant une réponse pratique aux besoins générés par le désir d'entreprendre des associés. Ainsi la théorie de la personnalité morale en tant que technique juridique n'offre aucun élément de réponse à la question de la survie de la personne morale au cours d'une opération de transfert international de siège social. Ceci conduit à rechercher la réponse à cette problématique dans une nouvelle observation du droit positif car la doctrine n'apporte pas de réponse satisfaisante.

⁹⁰ Carbonnier, *Droit civil*, Tome 1, PUF 2004, page 742-743

§2/ La personnalité morale et le droit positif français

79. Les différentes théories élaborées par la doctrine classique et contemporaine à partir du droit positif n'ont pas su donner de réponses satisfaisantes pour déterminer la nature de la personnalité morale d'une société en droit français. Seuls des éléments de réponse ont pu être apportés. Il convient alors de tenter au travers de l'étude de la législation et de la jurisprudence de déterminer la nature de la personnalité morale d'une société. Deux sous-paragraphes seront consacrés à ce thème :

Sous – paragraphe A : La nature de la personnalité morale en droit positif français

Sous – paragraphe B : La neutralisation de la portée du droit fiscal français

A- La nature de la personnalité morale en droit positif français

80. L'attendu de principe de l'arrêt du 28 janvier 1954 pose les conditions qui, selon la Haute cour, permettent d'identifier une personne morale⁹¹. Ces conditions sont au nombre de trois. Une personne morale implique forcément un groupement de personnes, doté d'un moyen d'expression collectif, ayant pour finalité de défendre des intérêts licites et dignes d'être protégés légalement. Il ressort de ces conditions que la personnalité morale est une émanation du groupement juridique dans la mesure où elle permet à ce groupement de personnes d'accéder à la vie juridique en tant que collectivité. Sans groupement, la personne

⁹¹ Gridel, « La personne morale en droit français », *RIDC* 1990, page 495, spéc. page 498

morale n'existe pas⁹². Des conditions qu'elle dégage, la Cour de cassation semble se rattacher et consacrer la théorie développée par Michoud exposée précédemment⁹³. Elle évoque la notion d'intérêt collectif et de groupement pourvu de moyens lui permettant de s'exprimer collectivement, ce qui renvoie à la notion d'organisation, second critère dégagé par Michoud pour caractériser l'existence d'une personne morale. Il en découle que les conditions posées par l'attendu de principe de la Haute cour présentent les mêmes limites et imprécisions que celles exposées relativement à la théorie développée par Michoud. De plus, cette application de la théorie de la personnalité morale par la Cour de cassation ne s'accorde pas avec l'évolution du droit des sociétés. Un exemple frappant est celui de l'EURL, société bénéficiant de la personnalité morale mais pourvue d'un seul associé. Le Législateur l'a créée et lui a accordé le bénéfice de la personnalité morale par la loi n°85-697 du 11 juillet 1985. Ainsi, il apparaît que le Parlement dans le cadre de sa fonction législative attribue ou refuse d'accorder expressément la personnalité morale à tel ou tel type de société de manière arbitraire. Au contraire de la démarche jurisprudentielle, le Parlement n'a pas posé de critères précis d'acquisition de la personnalité morale. Par contre, il a posé l'exigence d'un formalisme⁹⁴. L'acquisition de la personnalité intervient pour une société après son immatriculation au registre du commerce et des sociétés⁹⁵. La réalisation de cette formalité légale par une société pour qu'elle se voit doter de la personnalité morale renvoie à la théorie de la fiction selon laquelle une personne morale ne peut avoir d'existence qu'au travers d'un

⁹² Pailluseau, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ* 1993, page 705

⁹³ Nathalie Baruchel, *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, thèse, Grenoble, 2002 ; LGDJ 2004, pages 48 et s.

⁹⁴ Nathalie Baruchel, *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, thèse, Grenoble, 2002 ; LGDJ 2004, pages 88 et s.

⁹⁵ Article L 210-6 alinéa 1 du Code de commerce

« Les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés »

Article 1842 alinéa 1 du Code civil

« Les sociétés autre que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation. »

texte de loi qui la lui accorde. Ainsi, l'existence de la personnalité morale ne dépend pas de l'existence d'un groupement⁹⁶. Par conséquent faut-il déduire de ces constatations que le Législateur en réaction à la jurisprudence de la Cour de cassation a écarté la théorie de la réalité de la personnalité morale au profit de la théorie de la fiction ? Ou faut-il déduire que la jurisprudence de la Cour de cassation vient finalement compléter les dispositions légales en permettant d'attribuer la personnalité morale à des groupements de personnes dans le cas d'hypothèses qui n'ont pas été envisagées par le Législateur ?

81. C'est cette dernière hypothèse⁹⁷ qu'il convient de retenir. En effet, l'affirmation par les tribunaux de la personnalité morale d'une société ne peut être qu'interdite si la loi a pris clairement⁹⁸ position sur la question⁹⁹. La Cour de cassation n'entend pas s'opposer au Législateur par sa jurisprudence, bien au contraire. Elle entend seulement se détacher du critère d'attribution expresse de la personnalité morale par l'autorité législative pour reconnaître certains groupements en tant que tels. « En l'absence de texte ou à défaut de texte suffisamment précis, il appartient à la jurisprudence d'attribuer, compte tenu des faits, cette qualification »¹⁰⁰. Pour cela, la Cour de cassation suit les critères qu'elle a fixés dans la décision rendue en 1954¹⁰¹. En pratique, peu de groupements furent personnifiés par la jurisprudence

⁹⁶ Pailluseau, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ* 1993, page 705 ; Nathalie Baruchel, *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, thèse, Grenoble, 2002 ; LGDJ 2004, pages 90 et s.

⁹⁷ Gridel, « La personne morale en droit français », *RIDC* 1990, page 495, spéc. page 497

⁹⁸ Civ 2^e, 28 janv 1954, *Comité d'établissement des Forges et Aciéries de la Marthe et d'Homécourt c. Ray*, *JCP* 1954, II, 7978 : « ...si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits d'être déduits en justice. »

⁹⁹ Gridel, « La personne morale en droit français », *RIDC* 1990, page 495, spéc. page 498

¹⁰⁰ Nathalie Baruchel, *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, thèse, Grenoble, 2002 ; LGDJ 2004, page 57

¹⁰¹ Civ 2^e, 28 janv 1954, *Comité d'établissement des Forges et Aciéries de la Marthe et d'Homécourt c. Ray*, *JCP* 1954, II, 7978

ultérieure¹⁰² car « si la Cour de cassation fait à la fois preuve d'audace, en reconnaissant de sa propre autorité la personnalité morale à certains groupement, elle fait aussi preuve de sa sagesse dans le même temps, en n'accordant cette personnalité qu'à des groupements dotés par le législateur d'une organisation satisfaisante »¹⁰³. La complémentarité entre la Loi et la Jurisprudence en matière de personne morale est utile car la seconde vient éclairer le sens de la première voire garantir une certaine sécurité et une cohérence juridiques face aux différentes réformes dont a été l'objet le droit moderne des sociétés français¹⁰⁴. En conséquence, si la théorie de la fiction comme la théorie de la réalité sont utilisées par le système juridique français pour attribuer la personnalité morale¹⁰⁵, il convient de chercher ailleurs que dans la détermination de la nature précise de la personnalité morale au regard du droit positif la réponse à la question de sa possible survie au cours d'un transfert international de siège social.

82. Pour cela, il convient d'examiner d'abord les textes de lois puis la jurisprudence de la Cour de cassation. Ainsi, selon l'article L 210-6 alinéa 1 du Code de commerce : « Les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés. La transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Il en est de même de la prorogation ». Les termes de cet article autorisent « une modification profonde du pacte social sans que cela entraîne la

¹⁰² Nathalie Baruchel, *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, thèse, Grenoble, 2002 ; LGDJ 2004, page 58

¹⁰³ Pailluseau, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ* 1993, page 705, spéc. page 734

¹⁰⁴ Nathalie Baruchel, *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, thèse, Grenoble, 2002 ; LGDJ 2004, pages 235-237

¹⁰⁵ Gridel, « La personne morale en droit français », *RIDC* 1990, page 495, spéc. page 496 :

« La personne morale est une fiction, puisqu'elle est peu ou prou, un anthropomorphisme ; elle est une réalité puisque la personnalisation suppose la constatation effective d'un intérêt collectif substantiel et pourvu d'une faculté d'expression »

création d'un nouveau sujet de droit »¹⁰⁶. Cette constatation est également valable au regard des termes de l'article 1842 alinéa 1 du Code civil. La Code de commerce prévoit aussi indirectement le transfert international de siège social¹⁰⁷. Ainsi, considérant que le transfert international du siège social d'une société va entraîner une transformation régulière de la forme de la société à partir du moment où elle migre vers un autre Etat sans intention de fraude, l'opération n'implique pas la création d'une nouvelle personne morale. Il en découle qu'au regard des dispositions légales en droit positif français, la survie de la société qui désire émigrer hors de France est possible. Dès lors, il devient possible de réaliser l'opération de transfert. Qu'en est-il de la jurisprudence de la Cour de cassation ?

83. Ainsi que cela a été exposé précédemment, la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de personne morale vient compléter les dispositions légales. Elle ne vient pas les contrarier. La Haute juridiction, par son arrêt du 28 janvier 1954, pose certaines conditions pour attribuer la personnalité morale à une société qui sont au nombre de trois. La personnalité morale ne peut être conférée qu'à un groupement disposant d'un mode d'expression collectif lui permettant de défendre ses intérêts qui doivent être licites et dignes d'être protégés par la loi. A partir du moment où une société remplit ses conditions, elle bénéficie de la personnalité morale en accord avec la jurisprudence de la Cour de cassation et tant qu'elle continue à remplir ces conditions la personnalité morale lui est conservée. Il en découle que l'opération de transfert international de siège social est possible à partir du

¹⁰⁶ Boulin, *Le siège social*, thèse, Paris, 1985, vol 1, page 527

¹⁰⁷ Articles L 221-6, L 222-9, L223-30, L 225-97, L 226-11 combiné avec l'article L 226-1 du Code de commerce : bien que le Code de commerce utilise le terme de « nationalité », au regard des développements qui ont été exposés dans le cadre de l'Introduction de cette étude, il est aisé de comprendre que le sens donné à l'expression « changement de nationalité » ne fait pas référence au changement d'allégeance étatique d'une société mais bien indirectement au transfert de international de siège social car il ne serait être concevable que la détermination de l'attribution de la nationalité d'une société relève de la libre volonté de personnes privées alors qu'elle relève de par sa nature de l'exercice de ses pouvoirs régaliens par un Etat

moment où elle n'implique pas que la société ne remplisse plus ces conditions et n'affecte pas ainsi la survie de la personnalité morale de cette dernière.

84. En conclusion, le droit positif français permettrait le transfert international de siège social en raison de la survie de la personnalité morale de la société migrante au cours de l'opération. Il faut toutefois considérer le droit fiscal peut constituer un obstacle éventuel à cette survie. Il convient avant d'examiner les dispositions fiscales, de faire quelques remarques. Tout d'abord le droit français a pris une position intermédiaire en ne reconnaissant la personnalité morale ni comme une fiction ni comme une réalité. Si le formalisme imposé par le Code de commerce pour l'obtention de la personnalité morale se rattache à la théorie de la fiction, la jurisprudence a écarté cette théorie sans pour autant se prononcer clairement pour la théorie de la réalité de la personnalité morale en des termes clairs et non équivoques sur ce point. Par conséquent, bien que certains auteurs¹⁰⁸ sur la question plus précise du transfert international de siège social se rattachent à la théorie de la réalité, cette prise de position ne semble pas être totalement conforme à la lettre du droit positif lui-même. Tout comme le droit français ne se rattache ni à la théorie du siège social ni à la théorie de l'incorporation en raison de l'application qui est faite du critère du siège social afin de déterminer si le droit français est applicable à une société, le droit positif français prend également une position pragmatique qui semble se détacher des débats doctrinaux au regard de la nature de la personnalité morale d'une société. Cette problématique est évacuée pour apporter une réponse directe ne dépendant pas de sa nature à la question de sa survie au cours d'une opération de transfert

¹⁰⁸ Batiffol & Lagarde, *Droit international privé*, t.1, LGDJ 1993, n°197-1 ; Loussouarn & Bredin, *Droit du commerce international*, Dalloz 1969, n°273 ; Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien 2001, § 223

international de siège social. Après ces remarques, il convient d'étudier les dispositions fiscales relatives au sujet de cette étude.

B- La neutralisation de la portée du droit fiscal français

85. Selon l'article 221-2 du Code général des impôts¹⁰⁹, le transfert du siège social d'une société à l'étranger entraîne l'établissement de l'impôt sur les sociétés selon les dispositions des articles 201-1 et 201-3¹¹⁰ du même Code. Or, l'article 201 du Code général des impôts

¹⁰⁹ Article 221 du Code général des impôts

[...]« 2 En cas de dissolution, de transformation entraînant la création d'une personne morale nouvelle, d'apport en société, de fusion, de transfert du siège ou d'un établissement à l'étranger, l'impôt sur les sociétés est établi dans les conditions prévues aux 1 et 3 de l'article 201.

Il en est de même, sous réserve des dispositions de l'article 221 bis, lorsque les sociétés ou organismes mentionnés aux articles 206 à 208 quinquies, 239 et 239 bis AA cessent totalement ou partiellement d'être soumis à l'impôt sur les sociétés au taux prévu au deuxième alinéa du I de l'article 219.

Toutefois, le transfert de siège dans un autre Etat membre de la Communauté européenne, qu'il s'accompagne ou non de la perte de la personnalité juridique en France, n'emporte pas les conséquences de la cessation d'entreprise. »[...]

¹¹⁰ Article 201 du Code général des impôts

« 1. Dans le cas de cession ou de cessation, en totalité ou en partie, d'une entreprise industrielle, commerciale, artisanale ou minière, ou d'une exploitation agricole dont les résultats sont imposés d'après le régime du bénéfice réel, l'impôt sur le revenu dû en raison des bénéfices réalisés dans cette entreprise ou exploitation et qui n'ont pas encore été imposés est immédiatement établi.

Les contribuables doivent, dans un délai de soixante jours déterminé comme il est indiqué ci-après, aviser l'administration de la cession ou de la cessation et lui faire connaître la date à laquelle elle a été ou sera effective, ainsi que, s'il y a lieu, les nom, prénoms, et adresse du cessionnaire.

Le délai de soixante jours commence à courir :

- lorsqu'il s'agit de la vente ou de la cession d'un fonds de commerce, du jour où la vente ou la cession a été publiée dans un journal d'annonces légales, conformément aux prescriptions de l'article L. 141-12 du code de commerce ;

- lorsqu'il s'agit de la vente ou de la cession d'autres entreprises, du jour où l'acquéreur ou le cessionnaire a pris effectivement la direction des exploitations ;

- lorsqu'il s'agit de la cessation d'entreprises, du jour de la fermeture définitive des établissements. »

[...]

« 3. Les contribuables assujettis à un régime réel d'imposition sont tenus de faire parvenir à l'administration, dans le délai de soixante jours déterminé comme indiqué au 1, la déclaration de leur bénéfice réel accompagnée d'un résumé de leur compte de résultat.

Pour la détermination du bénéfice réel, il est fait application des dispositions des articles 39 duodecimes, des 1 et 2 de l'article 39 terdecimes, et 39 quaterdecimes à quindecimes A.

Si les contribuables imposés d'après leur bénéfice réel ne produisent pas les déclarations ou renseignements visés au 1 et au premier alinéa du présent paragraphe, ou, si invités à fournir à l'appui de la déclaration de leur

concerne la cessation d'activités d'une entreprise. Il en découle que le transfert international du siège social d'une société à l'étranger entraînerait la cessation d'activité de la personne morale qui au final équivaldrait à la dissolution de la société migrante. L'imposition est alors établie au titre des bénéfices d'exploitation réalisés depuis la clôture du dernier exercice jusqu'au jour du transfert des bénéfices en sursis d'imposition, et de plus-values réalisées ou constatées à l'occasion de la migration de la société. De plus les bénéfices et les réserves de la société sont réputés être distribués entre les associés¹¹¹.

86. En ce qui concerne l'article 221-3 du Code général des impôts¹¹² relatif au changement de nationalité et au transfert international du siège social d'une société par actions, cette opération n'entraîne pas la cessation d'activité de la société migrante lorsque l'opération se déroule dans les conditions fixées par l'article L 225-97 du Code de commerce¹¹³, suite à une décision prise en assemblée générale. Selon ce dernier article, le transfert international du siège social d'une société anonyme avec conservation de sa personnalité juridique est possible à condition qu'une convention internationale entre l'Etat

bénéfice réel les justifications nécessaires, ils s'abstiennent de les donner dans les trente jours qui suivent la réception de l'avis qui leur est adressé à cet effet, les bases d'imposition sont arrêtées d'office.

3 bis. Les contribuables soumis au régime défini à l'article 50-0 qui cessent leur activité en cours d'année sont tenus de faire parvenir à l'administration, dans le délai de soixante jours déterminé comme indiqué au 1, la déclaration et l'état mentionnés au 3 de l'article 50-0. »[...]

¹¹¹ Article 111 bis du Code général des impôts

« Lorsqu'une personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés cesse d'y être assujettie, ses bénéfices et réserves, capitalisés ou non, sont réputés distribués aux associés en proportion de leurs droits.

Cette disposition est applicable, le cas échéant, au prorata des résultats qui cessent d'être soumis à cet impôt.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux sociétés admises au bénéfice du régime prévu à l'article 208 C. »

¹¹² Article 221 du Code général des impôts

[...]« 3 Le changement de nationalité d'une société par actions et le transfert de son siège social à l'étranger n'entraînent pas l'application des dispositions du premier alinéa du 2, lorsqu'ils sont décidés par l'assemblée générale dans les conditions prévues à l'article L. 225-97 du code de commerce. »[...]

¹¹³ Article L 225-97 du Code de commerce

« L'assemblée générale extraordinaire peut changer la nationalité de la société, à condition que le pays d'accueil ait conclu avec la France une convention spéciale permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire, et conservant à la société sa personnalité juridique. »

d'accueil de la Société Anonyme (SA) et la France ait été conclue spécialement à cet effet. Ce texte est une codification de l'ordonnance n°59-123 du 7 janvier 1959¹¹⁴. A l'heure actuelle aucune convention de ce type n'a été conclue avec un Etat étranger par la France. Il en découle que l'article 221-2 du Code générale des impôts est applicable au transfert international de siège social.

87. Ces deux articles du Code général des impôts amènent à aborder la question du transfert international de siège social d'un point de vue fiscal et de la continuité de la personne morale au cours de l'opération : le transfert international du siège social d'une société avec le maintien de sa personnalité morale est-il possible selon le droit fiscal français ? Avant d'aborder cette problématique, il s'agit d'apporter une importante précision : dans les développements qui vont suivre, il faut entendre par Etat étranger, tout Etat n'appartenant pas à l'Union européenne. La question fiscale sera abordée ultérieurement sous l'angle communautaire.

88. Ainsi, il convient pour répondre à cette question d'envisager deux hypothèses bien distinctes en raison du principe de territorialité de l'impôt des sociétés. La première concerne le transfert international du siège social d'une société de la France vers un pays étranger, la seconde est relative au transfert du siège social d'une société d'un Etat étranger vers la France. Dans le cadre d'un transfert international de siège social d'une entreprise française vers un Etat étranger, l'opération « emporte dissolution de la société ancienne et constitution d'une nouvelle société »¹¹⁵. De ce fait, les impôts dus suite à la dissolution d'une société sont exigibles. Si l'acte qui constate le transfert de siège est passé en France, le droit d'apport est

¹¹⁴ JO « Lois et Décrets », page 640

¹¹⁵ D adm. 7 H 3424 du 1^{er} septembre 1999

dû. Dans le cas contraire, le droit d'apport ne sera exigé que si les biens qui ont fait l'objet de cet apport ont un lien avec la France soit matériel, soit juridique. En ce qui concerne le transfert du siège social d'une entreprise étrangère en France, il entraîne « au regard du droit fiscal, la création d'une nouvelle personne morale »¹¹⁶. Cette création donne lieu à la perception des droits sur les apports, des droits d'enregistrement sur la valeur nette des biens réels de l'actif social, ainsi que celle des droits de mutation quand ils sont exigibles¹¹⁷. Ils sont alors liquidés sur la valeur des biens composants l'actif social¹¹⁸. Dans le cadre des deux hypothèses envisagées, lorsqu'une convention internationale en matière fiscale est conclue entre la France et un Etat étranger, il convient de s'y reporter.

89. Une fois les dispositions fiscales relatives au transfert international de siège social exposées, il ressort que du point de vue du droit fiscal, l'opération telle qu'entendue au sens de cette étude ne pourrait être possible à partir du moment où la France est impliquée soit en tant qu'Etat d'accueil, soit en tant qu'Etat d'origine de société migrante. Ainsi que cela a été démontré précédemment, le transfert du siège social d'une entreprise d'un Etat à un autre implique que soit maintenue la personnalité morale de la société migrante : la continuité de la personne morale est une condition nécessaire pour envisager la possibilité de procéder au transfert international du siège social d'une société. Or, selon le droit fiscal, le transfert du siège social d'une entreprise implique la dissolution de celle-ci si elle migre vers un Etat étranger, et la constitution d'une nouvelle personne morale si elle vient s'installer en France. Il en découle l'impossibilité apparente d'une telle opération en raison de la législation fiscale française. Mais ceci reviendrait à ne pas prendre en compte la portée relative des dispositions

¹¹⁶ D adm. 7 H 3424 du 1^{er} septembre 1999

¹¹⁷ *Lamy fiscal* 2005, n°7077

¹¹⁸ Article 810-I CGI ; Article 810-III CGI

fiscales. Il s'agit de ne pas donner une portée générale au droit fiscal mais de considérer la matière en fonction de sa spécificité. Voici une lecture proposée des articles précités du Code général des impôts.

90. La relation qui est faite dans cette matière entre le transfert international de siège social et la dissolution ou la constitution d'une société doit être abordée sous l'angle du principe fondamental de la territorialité de l'impôt. Pour être assujettie à l'impôt, une société doit exercer son activité sur le territoire français. Si elle ne se trouve plus dans cet espace géographique, elle n'y est plus soumise. Partant, il semble logique que d'un point de vue fiscal, une société qui transfère son siège social en France ou hors de France soit considérée comme une société qui se constitue ou se dissout car elle commence ou arrête une activité en France. Il s'agit, selon le cas de figure, d'un nouveau contribuable ou d'un contribuable qui disparaît. L'apparition d'une société en tant que personne morale imposable à la suite d'un transfert international de son siège social, ne diffère pas sur le plan fiscal de la constitution d'une société car la perception de l'impôt ne peut être faite que sur le territoire national. De même, la disparition de la société en tant que contribuable suite au transfert de son siège social hors de France, équivaut à une cessation d'activité de la société sur le territoire national. L'assimilation du transfert international de siège social à une dissolution de la personne morale qui a également pour effet la cessation d'activité de la société semble logique.

91. Cependant, du point de vue de cette étude, il convient de souligner avec force que cette lecture des dispositions légales exposées ne peut être acceptable que dans le cadre légal fixé et limité au droit fiscal. Il ne saurait être question de considérer les développements qui précèdent comme ayant une portée générale. Si cela était, la question qui se pose alors est de savoir quelles seraient la portée et la signification des articles du Code de commerce qui font état de la nationalité des sociétés. Pour ne pas porter préjudice à ces dispositions et permettre à chaque règle juridique de s'appliquer et de coexister, en toute logique, sans porter atteinte à d'autres, il semble bien que le seul point de vue qui puisse être envisagé soit celui qui vient d'être exposé. Ainsi, une lecture limitative de la portée des règles du droit fiscal français en raison de la spécificité de la matière permet à une société qui désire s'installer en ou hors de France de ne pas avoir à se dissoudre ou à se reconstituer en tant que personne morale. Ceci permet à la société migrante de pouvoir déplacer son siège social d'un Etat à un autre sans altération aucune. Elle demeure une seule et même entité.

92. En conclusion, la condition préalable à la réalisation d'un transfert international de siège social de la France vers un Etat qui n'est pas membre de l'Union européenne c'est-à-dire la survie et donc la continuité de la société en tant que personne morale est remplie au regard du droit positif français actuel. L'opération devient alors possible. Toutefois, une remarque s'impose. Si l'opération devient possible selon le droit positif français, c'est uniquement dans l'hypothèse où la France est le pays d'origine de la société migrante. Pour que l'opération puisse être réalisée, il faut que le droit de l'Etat d'accueil de la société accepte de la reconnaître en tant que personne morale existante et ne lui demande pas de se reconstituer en une nouvelle entité. Cette problématique sera étudiée ultérieurement dans une partie consacrée à la question de la reconnaissance de la société migrante.

§3/ L'influence du droit communautaire sur la survie de la personnalité morale

93. En droit européen, la question de la survie de la personnalité morale se pose d'une manière particulière car elle s'inscrit dans le cadre de la mise en œuvre de la liberté d'établissement : il ne s'agit plus d'envisager un transfert de siège social entre deux Etats mais entre deux Etats membres de l'Union européenne qui constitue un ordre juridique particulier avec ses propres règles. Cependant, la problématique de la possibilité de procéder au transfert international d'un siège social en raison de la survie de la personnalité morale de la société migrante au cours de l'opération demeure. En raison de la primauté du droit communautaire, les règles juridiques selon lesquelles il convient d'apporter une réponse à cette question se modifient. Quatre sous-paragraphes porteront sur l'influence du droit communautaire sur cette question :

Sous- paragraphe A : L'arrêt Daily Mail : le refus du droit de transfert en droit communautaire et le renvoi aux droits nationaux

Sous- paragraphe B : L'arrêt Überseering : la limitation de la portée de l'arrêt Daily Mail

Sous- paragraphe C : L'arrêt Cartesio : la confirmation de la portée relative de l'arrêt Daily Mail et l'application de la liberté d'établissement au transfert international de siège social

Sous- paragraphe D : La nature et la survie de la personnalité morale au regard de la jurisprudence de la CJCE

A- L'arrêt Daily Mail : le refus du droit de transfert en droit communautaire et le renvoi aux droits nationaux

94. La réponse à cette question devait être abordée pour la première fois par la CJCE dans son arrêt Daily Mail¹¹⁹ rendu le 27 septembre 1988. Il s'agissait d'une société de droit anglais, Daily Mail, voulant transférer son siège social réel aux Pays-Bas pour des raisons fiscales. Pour réduire la dépréciation de ses actions et éviter la forte imposition qui en découlerait si elle les vendait en Grande Bretagne, elle désirait déplacer son siège social réel afin de pouvoir vendre une partie de ses actions aux Pays-Bas sans que le produit de cette vente fût imposable. Les autorités britanniques exigeaient de la société Daily Mail qu'elle liquide sa dette fiscale avant d'autoriser l'opération de transfert. La société invoqua la liberté d'établissement en soutenant que l'autorisation requise par les autorités britanniques était contraire à cette liberté.

95. Constatant les disparités existant entre les différentes législations nationales des Etats membres et l'absence d'harmonisation sur la question, la Cour devait conclure qu'en l'état du droit communautaire au moment où elle statuait, le Traité ne conférait pas le droit à une société de transférer son siège social d'un Etat membre à un autre. Elle considéra que les disparités entre les législations nationales quant aux critères de rattachement des sociétés et aux modalités impliquées par un éventuel transfert de siège social qu'il soit réel ou statutaire, ne relevaient pas de la compétence européenne. Pour la CJCE, les problèmes juridiques, que

¹¹⁹ CJCE, 27 sept 1988, *The Queen c. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, Aff 81/87, *Rec*, page 5483

peut poser une opération telle un transfert de siège social d'un Etat membre à un autre, ne relevaient pas du domaine d'application de la liberté d'établissement¹²⁰ en l'état du droit communautaire au moment où elle a rendu l'arrêt sur l'espèce qui lui était soumise.

96. Cette approche de la question par la CJCE se plaçait en droite ligne du Traité fondateur de la Communauté européenne. Le transfert international de siège social s'inscrit dans le cadre défini par les objectifs posés par le Traité de Rome de 1957. Pour les rédacteurs du Traité, il fallait que les Etats membres de la Communauté européenne donnent aux entreprises les moyens d'être mobiles au sein du territoire géographique européen. Ceci ressort des dispositions de l'article 293 (ex-220) alinéa 3 du Traité selon lesquelles « Les Etats membres s'engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants : [...]

–la reconnaissance mutuelle des sociétés [...], le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert du siège de pays en pays [...] ». La finalité de ce texte est de permettre aux Etats membres de mettre en œuvre la liberté d'établissement accordée par le Traité aux ressortissants européens dont les personnes morales font partie. Or, il était difficile d'ignorer que l'harmonisation des droits des sociétés des différents Etats membres de l'Union européenne était et demeure loin d'être une sinécure¹²¹. Confrontée à l'évidence que l'obligation de résolution qu'elle posait à la charge des Etats membres avait peu de chance d'aboutir, la Cour européenne déniait ainsi aux sociétés dont le siège social est situé sur le territoire d'un Etat membre le droit de procéder à un transfert international. En effet, elle

¹²⁰ Point 23 de l'arrêt Daily Mail

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

¹²¹ Il a fallu près de quarante ans pour que soit élaboré le statut actuel de la Société Européenne

interprétait les dispositions du Traité relatives à la liberté d'établissement comme ne leur conférant pas ce droit tout en leur permettant de maintenir leur personnalité morale au cours de l'opération¹²² : l'opération de transfert ne relevait du domaine de la liberté d'établissement selon la CJCE au moment où elle rendait l'arrêt Daily Mail en considération de l'évolution du droit communautaire sur la question. Il appartenait aux Etats de s'entendre pour apporter une solution à cette problématique.

97. Il découlait de cet arrêt que le seul moyen pour une société désirant transférer son siège social était de se référer à la législation des Etats membres d'origine et d'accueil, et en particulier celle de son Etat d'origine au regard des faits de l'arrêt Daily Mail qui concernaient les relations entre une société et son Etat d'origine, afin de savoir si elle pouvait procéder à un transfert international de siège social sans avoir à se dissoudre en tant que personne morale pour ensuite se reconstituer en une nouvelle entité. L'application des principes posés par la CJCE dans cet arrêt conduisait à écarter la question de la survie de la personnalité morale et même celle de la possibilité de procéder au transfert du siège social d'une société d'un Etat membre à un autre. La question devait être résolue par les Etats membres notamment au regard de leur droit international privé. Ceci renvoyait alors aux problématiques, abordées précédemment, relatives à la nature et à la possible survie de la personnalité morale d'une société au cours d'un transfert international de siège social. Dès lors, il aurait suffi de consulter le droit national de chaque Etat membre et notamment son système de conflit de lois pour apporter une réponse à la problématique de la faisabilité du transfert international de siège social au sein de la Communauté.

¹²² Point 24 de l'arrêt Daily Mail

« conférant aux sociétés de droit national un droit de transférer leur siège de direction ou leur administration centrale dans un autre Etat membre tout en gardant leur qualité de sociétés de l'Etat membre selon la législation duquel elles ont été constituées ».

B- L'arrêt *Überseering* : la limitation de la portée de l'arrêt *Daily Mail*

98. Dans un deuxième temps, c'est par le biais de son arrêt *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*¹²³ du 05 novembre 2002 que la CJCE devait lever le refus du droit de transfert posé par l'arrêt *Daily Mail*. En l'espèce, la société *Überseering*, société incorporée aux Pays-Bas, s'était portée acquéreur d'un terrain en Allemagne, à Düsseldorf, et avait fait appel aux services d'un entrepreneur local pour des travaux. Après avoir vainement essayé d'obtenir réparation de malfaçons constatées, la *Überseering* intentait une action devant les tribunaux allemands. Dans le même temps, deux ressortissants allemands de Düsseldorf entraient en possession de la totalité des parts sociales de la société néerlandaise. De fait, les tribunaux allemands ont considéré qu'*Überseering* avait procédé au transfert de son siège effectif dans la ville sans satisfaire aux règles nationales de constitution des sociétés. En conséquence, *Überseering* ne s'était pas vue reconnaître la personnalité juridique et par là même la capacité d'ester en justice que ce soit en première instance comme en appel. La société s'est pourvue alors en cassation devant le *Bundersgerichtshof*, la plus haute juridiction allemande, qui a posé deux questions préjudicielles¹²⁴ à la CJCE auxquelles elle a répondu comme suit :

¹²³ CJCE, 05 nov 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, n° C-208/00

¹²⁴ -« Les articles 43 CE ET 48 CE doivent-ils être interprétés en ce sens que la liberté d'établissement des sociétés s'oppose à ce que la capacité juridique et la capacité d'ester en justice d'une société légalement constituée en vertu du droit d'un autre Etat membre soient appréciées au regard du droit d'un autre Etat dans lequel ladite société a transféré son siège effectif lorsqu'il résulte de ce droit qu'elle ne peut plus faire valoir en justice dans l'Etat d'établissement les droits tirés du contrat ? »

-« En cas de réponse positive :

La liberté d'établissement des sociétés (articles 43 CE et 48 CE) impose-t-elle d'apprécier la capacité juridique et la capacité d'ester en justice d'une société au regard de l'Etat où elle a été constituée ? »

« Les articles 43 CE et 48 CE s'opposent à ce que, lorsqu'une société constituée conformément à la législation d'un Etat membre sur le territoire duquel elle a son siège statutaire est réputée, selon le droit d'un autre Etat membre, avoir transféré son siège effectif dans cet Etat, ce dernier dénie à ladite société la capacité juridique et, partant, la capacité d'ester en justice devant ses juridictions nationales pour faire valoir les droits tirés d'un contrat conclu avec une société établie dans ledit Etat. »

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

99. La réponse de la CJCE aux questions préjudicielles posées par la Haute cour allemande conduisent l'Etat membre d'accueil d'une société à respecter la personnalité juridique qu'elle a acquise dans son Etat d'origine conformément au droit communautaire et en particulier l'article 48 qui est d'effet direct et au principe de primauté du droit européen. La Cour va même plus loin et limite la portée de l'arrêt Daily Mail en affirmant fermement cette distinction entre l'Etat membre d'accueil de la société et l'Etat membre d'origine de celle-ci¹²⁵.

100. Si la CJCE maintient sa jurisprudence Daily Mail en considérant qu'en l'état du droit communautaire à la date de l'Arrêt les problèmes relatifs au transfert international de siège social ne doivent pas être résolus par les dispositions relatives à la liberté

¹²⁵ CJCE, 05 nov 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH, JCP ed E* du 24 juillet 2003, n°30, page 1242, chr Parléani

d'établissement mais par des travaux législatifs ou conventionnels¹²⁶, la Cour de Luxembourg limite aussi la portée de l'arrêt de 1988 en considérant qu'il ne concernait que les relations entre une société qui voulait transférer son siège social réel et son Etat d'origine. De générale, la Cour européenne réduit à une portée relative les principes posés par l'arrêt Daily Mail. En effet, « ...la possibilité, pour une société constituée conformément à la législation d'un Etat membre, de transférer son siège, statutaire ou effectif, dans un autre Etat membre sans perdre la personnalité juridique dont elle jouit dans l'ordre juridique de l'Etat membre de constitution et, le cas échéant, les modalités de ce transfert étaient déterminées par la législation nationale conformément à laquelle ladite société avait été constituée. »¹²⁷

101. En conclusion, un Etat membre a « ...la possibilité d'imposer à une société constituée en vertu de son ordre juridique des restrictions au déplacement de son siège effectif hors de son territoire afin qu'elle pût conserver la personnalité juridique dont elle bénéficie en vertu du droit de ce même Etat. »¹²⁸. C'est pourquoi la Cour affirme dans le soixante-douzième point¹²⁹ de son arrêt qu'il découle de ses constatations que l'arrêt Daily Mail ne reconnaît pas aux Etats membres le droit de pouvoir exercer un contrôle sur l'exercice par des sociétés constituées conformément au droit national d'autres Etats membres de leur liberté d'établissement. La CJCE exerce une distinction entre l'Etat de constitution de la société et son Etat d'accueil.

¹²⁶ Point 69 de l'arrêt *Überseering*

« La Cour a conclu, au point 23 dudit arrêt, que le *Traité* considère ces divergences comme des problèmes non résolus par les règles relatives à la liberté d'établissement, mais devant l'être par des travaux législatifs ou conventionnels, dont le cour a constaté qu'ils n'avaient pas encore abouti » ; Ce qui est toujours une réalité à l'heure actuelle : Gérard Jazottes, « Le transfert de siège : statu quo ou revirement ? », *Bull Joly Sociétés*, 1 octobre 2008 n°10, page 828

¹²⁷ Point 70 de l'arrêt *Überseering*

¹²⁸ Point 70 de l'arrêt *Überseering*

¹²⁹ Point 72 de l'arrêt *Überseering*

« ...la faculté de subordonner au respect de leur droit national des sociétés l'exercice effectif, sur leur territoire, de la liberté d'établissement par des sociétés, légalement constituées dans d'autres Etats membres, dont ils considèrent qu'elles ont transféré leur siège sur ledit territoire. »

C- L'arrêt Cartesio : la confirmation de la portée relative de l'arrêt Daily Mail et l'application de la liberté d'établissement au transfert international de siège social

102. L'arrêt *Cartesio*¹³⁰ est une affaire qui a été portée devant la CJCE par le juge hongrois qui concernait une société en commandite simple de droit hongrois, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt* dite *Cartesio*, constituée en 2004 et qui avait son siège à Baja en Hongrie et était inscrite au registre de sociétés hongrois. En 2005, *Cartesio* a déposé une demande auprès de la cour départementale de Bacs – Kiskiu en vue de faire acter le transfert de son siège social réel de Hongrie à Gallarate en Italie et de faire modifier la mention concernant son siège sur le registre des sociétés hongrois. *Cartesio* désirait garder sa qualité de société de droit hongrois. Or selon le droit hongrois notamment la loi relative à l'enregistrement des sociétés, le siège d'une société de droit hongrois se trouve au lieu où se situe le centre de direction de ses affaires. Par décision du 24 janvier 2006, cette demande a été rejetée au motif que le droit hongrois en vigueur ne permet pas à une société constituée en Hongrie de transférer son siège à l'étranger tout en continuant à être soumise à la loi hongroise en tant que loi personnelle. *Cartesio* a interjeté appel de cette décision et la juridiction de renvoi a sursis à statuer pour poser des questions préjudicielles à la CJCE.

103. Trois des questions préjudicielles posées concernent la compétence de la juridiction d'appel en l'espèce et donc ne présentent pas d'intérêt au regard de cette étude. Cependant la quatrième question porte sur la problématique du transfert international de siège social et de la liberté d'établissement : « Par sa quatrième question, la juridiction de renvoi demande en

¹³⁰ CJCE, 16 déc 2008, n° C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, *Rec Dalloz*, page 465

substance si les articles 43 CE et 48 CE doivent être interprétés en ce sens qu'il s'opposent à une réglementation d'un Etat membre qui empêche une société constituée en vertu du droit national de cet Etat membre de transférer son siège dans un autre Etat membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'Etat selon la législation duquel elle a été constituée »¹³¹. Ce à quoi la CJCE a répondu qu' « En l'état actuel du droit communautaire, les articles 43 CE et 48 CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation qu'un Etat membre empêche une société constituée en vertu du droit national de cet Etat membre de transférer son siège dans un autre membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'Etat membre selon la législation duquel elle a été constituée ».

104. En apportant cette réponse à la quatrième question que lui posait la juridiction hongroise de renvoi, la CJCE confirme sa décision Daily Mail et affirme la possibilité pour tout Etat membre de choisir le critère de rattachement afin qu'il reconnaisse une société comme relevant de son système juridique¹³². Cet Etat peut même décider des conditions qui permettront à une société de maintenir et conserver ce rattachement dans le cadre de l'exercice de sa liberté d'établissement¹³³. L'orthodoxie de la réponse de la CJCE est à saluer : « La Cour adopte un raisonnement rigoureux qui procède de l'essence même de la

¹³¹ Point 99 de l'arrêt Cartesio

¹³² Points 105 et 106 de Cartesio qui reprennent les Points 20 et 21 de l'arrêt Daily Mail

¹³³ Point 110 de l'arrêt Cartesio

« Un Etat membre dispose de la faculté de définir tant le lein de rattachement qui est exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon son droit national et susceptible , à ce titre, de bénéficier du droit d'établissement que celui requis pour maintenir cette qualité ultérieurement. Cette faculté englobe la possibilité, pour cet Etata membre, de ne pas permettre à une soicété relevant de son droit national de conserver cette qualité lorsqu'elle entend se réorganiser dans un autre Etat membre par le dépalcement de son siège sur le territoire de ce dernier, rompant ainsi le lien de rattachement que prévoit le droit national de l'Etat membre de constitution ».

construction l'Union Européenne »¹³⁴. En effet, le Cour se conforme à la lettre de l'article 48 CE selon lequel une société ne peut être reconnue comme ressortissante européenne et donc ne peut bénéficier de la liberté d'établissement de l'article 43 CE que si elle a été constituée en conformité avec la législation d'un Etat membre et que si ce lien est maintenu et ce d'autant qu'aucune hiérarchie n'existe entre les différents critères de rattachement choisis par chacun des Etats membres. Cette prise de position vient également confirmer l'arrêt *Überseering* de la CJCE au regard de la distinction entre l'Etat de constitution de la société et son Etat d'accueil que la Cour a instaurée¹³⁵.

105. Toutefois l'intérêt de l'arrêt *Cartesio* ne réside pas tant dans le maintien d'une jurisprudence déjà connue que dans la limitation de la portée de cette jurisprudence que la CJCE fait par l'affirmation de l'application de la liberté d'établissement au transfert international de siège social quand il s'agit d'un transfert impliquant un changement de *lex societatis*. En effet, la Cour commence tout d'abord par affirmer la distinction entre l'opération à laquelle voulait procéder la société *Cartesio* qui est un « cas de transfert du siège d'une société constituée selon le droit d'un Etat membre dans un autre Etat membre sans changement du droit national de celui relatif au déplacement d'une société relevant d'un Etat membre vers un autre Etat membre avec changement du droit national applicable, la société se transformant en une autre forme de société relevant du droit national de l'Etat membre dans lequel elle déplace »¹³⁶. Ensuite elle affirme que le transfert international de siège social avec un changement de *lex societatis* applicable à la société migrante donc impliquant un changement de rattachement étatique entre dans le champ d'application de la liberté

¹³⁴ CJCE, 16 déc 2008, n°C210-06, *Cartesio*, note Reinhard Dammann, *Bull joly Sociétés*, 1 juin 2009, n°6, page 593

¹³⁵ Point 107 de *Cartesio* qui reprend le Point 70 de l'arrêt *Überseering*

¹³⁶ Point 111 de l'arrêt *Cartesio*

d'établissement¹³⁷. Ce faisant, la Cour limite la portée de l'arrêt Daily Mail au rattachement liant une société à son Etat de constitution dans le cadre d'un transfert international de siège social n'impliquant pas l'application d'une nouvelle lex societatis.

D- La nature et la survie de la personnalité morale au regard de la jurisprudence de la CJCE

106. Depuis l'arrêt Daily Mail¹³⁸ confirmé par les arrêts Überseering¹³⁹ et Cartesio¹⁴⁰, « une société créée en vertu d'un ordre juridique national n'a d'existence qu'au travers de la législation nationale qui en détermine la constitution et le fonctionnement ». Il ressort de ces décisions que l'Etat membre d'origine d'une société est toujours libre de fixer les conditions selon lesquelles une société peut se constituer et se rattacher à son territoire. Ceci avait déjà été constaté par l'Avocat général Darmon au cours des conclusions qu'il avait exposé dans le cadre de l'affaire Daily Mail. Ainsi, il devait conclure que « ...le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'un Etat membre impose à une société y étant établie, en raison de son établissement dans un autre Etat membre par transfert dans ce dernier de son administration

¹³⁷ Point 112 de l'arrêt Cartesio

« En effet, dans ce dernier cas, la faculté, évoquée au point 110 du présent arrêt, loin d'impliquer une quelconque immunité de la législation nationale en matière de constitution et de dissolution de sociétés au regard des règles du traité CE relatives à la liberté d'établissement, ne saurait, en particulier justifier que l'Etat membre de constitution en imposant la dissolution et la liquidation de cette société, empêche celle-ci de se transformer en une société de droit national de l'autre Etat membre pour autant que ce droit le permette » et Point 113 de Cartesio

« Un tel obstacle à la transformation effective 'une telle société sans dissolution et liquidation préalable en une société de droit national de l'Etat membre dans lequel celle-ci souhaite se dépalcer constituerait une restriction à la liberté d'établissement de la société concernée, à moins qu'elle ne soit justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, est interdite en vertu de l'article 43 CE »

¹³⁸ Point 19 de l'arrêt Daily Mail

¹³⁹ Points 67 et 81 de l'arrêt Überseering

¹⁴⁰ Point 104 de l'arrêt Cartesio

centrale, l'apurement de sa situation fiscale au regard de la partie du patrimoine social concernée par ce transfert et évaluée au jour de celui-ci »¹⁴¹.

107. Dans les développements qui ont précédé, une partie a été consacrée à la nature de la personne morale : devait-elle être considérée comme une réalité ou une fiction ? En tant que réalité, elle préexiste à la reconnaissance de la société en tant que personne morale par l'Etat dont la loi lui est applicable, cette reconnaissance ne conférant à l'entreprise bénéficiaire, que la qualité de sujet de droit. En tant que fiction, une société ne peut exister en dehors du champ d'application du droit de l'Etat qui lui a conféré la personnalité morale, alors conçue comme une création juridique. Elle n'est pas préexistante à la reconnaissance de la société en tant que sujet de droit par la législation de l'Etat où l'entreprise s'est constituée. Il a été établi que le droit positif français fait application de ces deux théories l'une venant compléter l'autre, car la jurisprudence vient compléter les dispositions légales et en préciser le contour. Suite à ce rappel, il convient de considérer la jurisprudence de la CJCE.

108. La Cour européenne déclare qu'une société ne peut avoir d'existence qu'au travers de la législation nationale qui lui est applicable en tant que *lex societatis*¹⁴². En considération de ce point développé, il semblerait que la Cour de Luxembourg considère la personnalité morale comme ayant une nature fictive qui ne peut avoir d'existence qu'au travers de l'ordre juridique d'un Etat membre. Ceci s'inscrit dans le cadre d'une interprétation littérale de l'article 48 CE qui considère comme ressortissante européenne, la société constituée en conformité de la législation d'un Etat membre¹⁴³. En effet, à la lecture du texte de cet article

¹⁴¹ CJCE, 27 sept 1988, *The Queen c. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, Aff 81/87, *Rec*, page 5504

¹⁴² Point 81 de l'arrêt *Überseering*

¹⁴³ CJCE, 16 déc 2008, n°C210-06, *Cartesio*, note Thomas Mastrullo, *Gazette du Palais*, 24 mars 2009 n°83, page 12

du Traité, deux éléments se dégagent du premier alinéa¹⁴⁴ : un critère de rattachement permettant de déterminer quelle société relève du domaine d'application du droit communautaire et une règle générale de reconnaissance des sociétés qui entrent dans ce domaine d'application où elles sont assimilées aux ressortissants personnes physiques de l'Union européenne et bénéficient de fait des libertés accordées par le droit communautaire, telle la liberté d'établissement.

109. Cependant l'arrêt *Cartesio* est venu nuancer cette approche de la personnalité morale d'une société par le droit communautaire. En effet, si une société ressortissante européenne ne peut acquérir la personnalité morale en droit communautaire qu'au travers du filtre des législations nationales des Etats membres, il lui est possible une fois acquise de la conserver dans le cadre d'un transfert international de siège social impliquant un changement de *lex societatis* à moins qu'une raison impérieuse d'intérêt général ne l'en empêche¹⁴⁵. Cette opération conduit à écarter les restrictions à l'exercice de la liberté d'établissement d'une société ressortissante européenne si elles ne relèvent pas de l'intérêt général et si l'Etat d'accueil vers lequel la société veut migrer est prêt à la recevoir en la rattachant à son système juridique par un changement de loi applicable. Il est à noter le terme de « transformation effective »¹⁴⁶ utilisé par la CJCE dans le cadre de cette hypothèse de transfert international de siège social.

110. Cette conception de la personnalité morale qui découle de la jurisprudence de la CJCE se rattache bien à la théorie de la fiction. Cependant il serait possible de croire que le

¹⁴⁴ *Revue des Sociétés* 1999, page 394-395, note Parléani

¹⁴⁵ Point 113 de l'arrêt *Cartesio*

¹⁴⁶ Point 113 de l'arrêt *Cartesio* ; Veronika Korom, « La liberté d'établissement des personnes morales et l'affaire *Cartesio* : un pas en arrière ? », *Lamy Sociétés commerciales* 2008, mars 2009, chronique

maintien de la personnalité morale au cours d'un transfert international de siège social accompagné d'un changement de *lex societatis* serait une application de la théorie de la réalité. Il n'en est rien. En effet, il faut répondre à la question suivante pour comprendre ce point : pourquoi la CJCE emploie-t-elle l'expression de « transformation effective » pour parler du transfert international de siège social avec changement de *lex societatis* ? La réponse est simple. Le droit communautaire s'applique dans l'Union Européenne qui constitue un espace juridique *sui generis*, autonome et cohérent. Par conséquent, il est possible de faire un parallèle entre le transfert international de siège social tel que défini par la CJCE et le transfert de siège social à un niveau national. Le déplacement du siège social d'une société est possible au sein de l'Union Européenne car un changement de *lex societatis* implique une transformation des statuts d'une société européenne tout comme le déplacement d'un siège social au niveau national implique une transformation des statuts de la société. Dès lors, l'opération conçue comme un simple déplacement au sein d'un espace juridique unitaire et cohérent est possible et doit forcément relever de l'exercice de la liberté d'établissement dont la finalité est de réguler les mouvements et les déplacements des personnes physiques et morales au sein de l'Union Européenne : l'opération devient une modalité d'exercice de la liberté d'établissement¹⁴⁷. Il est aisé alors de concevoir que pour maintenir la personnalité morale en accord avec l'article 48 CE qui s'applique dans l'espace juridique communautaire, il soit nécessaire de maintenir le rattachement étatique d'une société avec le système juridique d'un Etat membre qui lui confèrera la personnalité juridique.

¹⁴⁷ CJCE, 16 déc 2008, n°C210-06, *Cartesio*, note Thomas Mastrullo, *Gazette du Palais*, 24 mars 2009 n°83, page 12

111. L'orthodoxie de la décision *Cartesio* apparaît clairement : cet arrêt respecte à la lettre les articles 48 CE et 43 CE et en fait une application stricte. Dès lors la nature fictive de la personnalité morale mise en œuvre par la jurisprudence de la CJCE conformément aux articles précités est compréhensible et il n'y a pas d'application de la théorie de la réalité de la personnalité morale dans le cadre de l'Union Européenne. Ceci est cohérent avec la jurisprudence de la CJCE et des principes qu'elle a dégagés concernant l'hypothèse d'un transfert de siège social d'une société qui désire passer outre le critère de rattachement choisi par son Etat de constitution. Cette opération ne peut logiquement relever du domaine d'application de la liberté d'établissement car elle rompt le lien entre un Etat membre et la société migrante qui dès lors ne peut plus bénéficier de la personnalité morale qui lui est accordée à raison de ce lien : la société « met en jeu la personnalité juridique et la qualité de société que lui a conférées son pays d'origine ; dès lors, les prérogatives communautaires ne s'adressent plus à elle »¹⁴⁸.

112. En conclusion, la survie de la personnalité morale dans le cadre de l'Union Européenne est possible à condition que l'opération de transfert de siège social implique que l'Etat d'accueil de la société la reconnaisse en tant que personne morale afin que l'entreprise migrante puisse continuer de bénéficier de la personnalité morale dans l'espace juridique européen conformément aux termes de l'article 48 CE. Les restrictions que pourraient poser l'Etat d'origine de la société ne sauraient constituer une restriction à cette opération qu'à partir du moment où elles relèveraient de l'intérêt général. Dès lors, il apparaît que le pouvoir d'intervention de l'Etat de constitution pour contrôler la réalisation d'une opération de

¹⁴⁸ CJCE, 16 déc 2008, n°C210-06, *Cartesio*, note Thomas Mastrullo, *Gazette du Palais*, 24 mars 2009 n°83, page 12

transfert de siège devient relatif depuis l'arrêt *Cartesio* : d'acteur actif dans le cadre d'un transfert sans changement de *lex societatis*, il devient quasi passif dès qu'un changement de loi applicable intervient¹⁴⁹. Au regard des propos qui viennent d'être développés, il convient maintenant de s'intéresser à la seconde condition pour déterminante de la possibilité de réaliser un transfert international de siège social : il s'agit de la reconnaissance de la société migrante par son Etat d'accueil.

SECTION 2: La reconnaissance de la personnalité morale de la société migrante

113. Une fois démontré que le droit positif français permet la survie de la personne morale, la société migrante doit s'inquiéter de sa reconnaissance par le droit de l'Etat où elle désire être accueillie pour pouvoir procéder au transfert international de son siège social et continuer à exercer son activité dans cet Etat. Pour cela, il convient de déterminer si la loi de cet Etat d'accueil se déclare compétente pour fixer les conditions et régir les conséquences de la reconnaissance de la société qui migre vers son territoire. Il s'agit par conséquent d'interroger son système de conflit de lois pour savoir quelle sera la loi compétente, de la sienne propre ou de celle d'un autre Etat, notamment celui d'origine de la société.

114. Pour répondre à cette question, il faut prendre en compte le fait qu'une société peut décider de procéder à un transfert international de siège social en dissociant ou pas son siège statutaire et son siège réel au cours de la réalisation de l'opération. Si la société décide de ne pas dissocier les deux composantes de son siège social, la compétence de la loi de l'Etat

¹⁴⁹ Gérard Jazottes, *RTD com 2009*, page 227, chronique ; Robert Kovar, « La mobilité des sociétés dans l'espace européen », *Rec Dalloz 2009*, page 465

d'accueil de la société paraît naturelle. Il convient donc de consulter le droit national de ce pays pour connaître quelles sont les conditions fixées pour que la société y soit reconnue et quelles sont les conséquences attachées à cette reconnaissance. Mais, à partir du moment où la société décide de dissocier son siège statutaire et son siège réel pour transférer l'un ou l'autre, la question de la compétence la loi de l'Etat où l'entreprise veut migrer se pose à nouveau. Différentes hypothèses deviennent alors envisageables selon que la société décide d'immigrer et d'émigrer de la France vers un Etat de siège social ou vers un Etat d'incorporation. L'installation ou le maintien du siège social d'une société en France pose la question de la compétence de la loi française au regard du droit international privé mais également celle des règles de droit positif applicable à prendre en considération au moment de cette désignation.

115. En effet, il convient de considérer les dispositions de deux articles qui ont le même texte et sont le pendant l'un de l'autre dans les matières civile et commerciale. Il s'agit de l'article 1837 du Code civil et de l'article 210-3 du Code de commerce selon lesquels : « Toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française.

Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu. ». Ces articles impliquent conformément au droit international privé français que la loi française demeure compétente pour régir une société à partir du moment où son siège statutaire est enregistré sur le territoire national. Cependant dans le cadre de ses relations avec les tiers, elle peut se voir opposer son siège réel et sérieux ou principal établissement si ces derniers y ont intérêt. Partant, si la société décide de réaliser un transfert international de siège social qui dissocie son siège statutaire et de son siège réel, cette différence prise en compte par le texte de ces deux articles va jouer et doit

être considérée dans le cadre de la détermination de la loi compétente pour régir la société suite au transfert de son siège social.

116. Mais ceci ne concerne que le transfert international de siège social qui n'implique pas l'application du droit communautaire. L'entrée en jeu du droit communautaire entraîne l'application de règles juridiques qui neutralisent les effets du droit international privé des Etats membres. Il en découle que le transfert international de siège social intra-communautaire se déroule dans un environnement juridique où le droit international privé classique n'occupe qu'un rôle secondaire. Par conséquent, afin d'apporter une réponse à la question de la compétence ou de l'incompétence de la loi de l'Etat d'accueil pour reconnaître la société migrante au travers de différents cas de figures qui seront examinés et de déterminer l'influence du droit communautaire sur la question de la reconnaissance, trois paragraphes seront distingués dans cette section :

Paragraphe 1 : Le transfert du siège social d'une société en France

Paragraphe 2 : Le transfert du siège social d'une société hors de France

Paragraphe 3 : La reconnaissance de la personnalité morale de la société migrante en droit communautaire

§1/ Le transfert du siège social d'une société en France

117. Avant d'aborder le transfert du siège social d'une société en France un postulat de départ doit être posé : il doit être considéré que l'Etat d'origine de la société permet à la personnalité morale de survivre au cours d'une telle opération. Dès lors, se pose la

problématique de l'application de la loi française en tant que nouvelle *lex societatis* ou pas. Pour répondre à cette question, plusieurs facteurs sont à prendre en considération comme cela a déjà été mentionné. Tout d'abord, il convient de distinguer à quelle catégorie appartient le pays d'origine de la société à savoir s'il s'agit d'un Etat d'incorporation ou un Etat de siège social. Puis, il faut envisager la faculté de dissociation du siège réel et du siège statutaire dont l'entreprise dispose. En effet, si la société décide de transférer son siège social en France sans procéder à une dissociation, la question de la compétence de la loi française pour régir la société migrante découle naturellement de la réalisation de l'opération et ne se pose pas au regard du droit international privé dans la mesure où il n'y a pas conflit de lois. Par conséquent, deux hypothèses découlent de ces propos : la première est la société originaire d'un pays d'incorporation qui décide de transférer son siège en France, la seconde est relative à la société qui émigre d'un pays de siège social.

118. Dans le cadre de chacune de ces deux hypothèses, deux cas de figure apparaissent lorsque l'entreprise migrante procède au transfert de son siège social en dissociant ses composantes. Dans le premier, la société peut décider de maintenir son siège statutaire dans son pays d'origine et de déplacer son siège réel en France. Dans le second, elle peut décider de maintenir son siège réel sur le territoire de l'Etat dont elle est originaire mais de transférer son siège statutaire en France. Il va alors s'agir au cours des propos qui vont suivre d'étudier chacun de ces cas de figure au regard de chaque hypothèse distinguée. Deux sous-paragraphes seront consacrés à ces questions :

Sous-paragraphes A : Hypothèse d'une société originaire d'un Etat d'incorporation

Sous-paragraphes B : Hypothèse d'une société originaire d'un Etat de siège social

A- Hypothèse d'une société originaire d'un Etat d'incorporation

1. Premier cas de figure : la société transfère son siège réel et sérieux en France et maintient son siège statutaire dans son pays d'origine

119. Dans le cas de figure envisagé, la société migrante décide de maintenir son siège statutaire dans son pays d'origine qui est un Etat d'incorporation et de déplacer son principal établissement. La société migrante exerce son activité dans un Etat d'origine qui applique la théorie de l'incorporation, la *lex societatis* qui lui est applicable selon la règle de conflit de cet Etat, est la loi du pays où elle a été incorporée, c'est-à-dire la loi nationale de cet Etat. Peu importe qu'elle finisse par exercer son activité en dehors du territoire géographique de son Etat d'origine. A partir du moment où elle s'est incorporée dans cet Etat, elle demeure sous l'empire de sa loi nationale. Par le déplacement international de son principal établissement, la société migrante cherche à exercer son activité en France. Le transfert de son principal établissement sur le territoire français où elle désire être accueillie, ne déclenche pas automatiquement la compétence du droit interne national. En effet, comme cela a été exposé dans le cadre de l'introduction de cette étude, le droit international privé français reconnaît, en accord avec les articles L 210-3 du code de commerce et 1837 du Code civil, que la loi française est compétente si le siège statutaire de la société est enregistrée en France à moins que le principal établissement ou siège réel et sérieux ne soit évoqué par des tiers entretenant des relations avec la société migrante. Il ressort de ces propos que la loi française ne se reconnaîtra compétente que si un événement conduit des tiers notamment devant les tribunaux

français à révéler la nature et la localisation tenant lieu de siège social réel et sérieux de la société. Dès lors un conflit de système pourrait survenir c'est-à-dire que chaque for déterminant la *lex societatis* à raison de sa propre règle de conflit de lois, il en découle que chaque système donnerait compétence à la loi nationale qui est la sienne pour régir la société qui a procédé à l'opération de transfert.

120. Dans la mesure où les deux systèmes revendiquent leur compétence, il s'institue un conflit positif de systèmes de conflit de lois. Pour déterminer la loi applicable à la société, il semblerait convenir de le résoudre. Or selon une doctrine autorisée, il est exclu par principe de prendre en considération les conflits de systèmes positifs : « on ne conçoit pas, a priori, pour quelle raison le législateur, édictant en toute indépendance des règles de conflit devrait, lorsque celles-ci conduisent à sa propre loi, céder le pas à la volonté d'un législateur étranger. [...] la désignation par une règle de conflit du for de sa propre loi interne du même for consoliderait une vocation initiale et générale de celle-ci à s'appliquer aux faits du commerce international. »¹⁵⁰. Il découle de ce qui précède une impasse dans la résolution du conflit qui se pose par le simple jeu des règles de conflit de lois. En conséquence, la solution ne se trouve pas dans cette voie puisque par définition un conflit de systèmes positif n'a pas besoin d'être résolu. Dès lors il s'agit de trouver une autre piste de réflexion pour trouver et désigner la nouvelle *lex societatis* qui sera compétente pour s'appliquer à la société qui veut procéder au transfert de son siège social. Pour cela, l'observation de l'opération s'impose.

¹⁵⁰ Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse, Paris, 1958, page 67, §57

121. En effet, les systèmes de conflit de lois appelés à déterminer la *lex societatis* de l'entreprise qui procède à l'opération de transfert désignent leur propre droit national comme applicable et le reconnaissant comme compétent : il y a donc un conflit positif de systèmes. Mais ce n'est pas le seul élément de complication. Le facteur temps vient jouer aussi un rôle dans la mesure où les deux lois nationales, celle de l'Etat d'origine et celle de l'Etat d'accueil, bien que revendiquant chacune à s'appliquer pour régir la société migrante, ne sont pas moins devenues compétentes l'une après l'autre. Il y a une succession de compétences législatives dans le temps due au déplacement de l'élément localisateur de la société migrante à savoir son siège social réel. Cette succession dans le temps de lois applicables en raison et suite au déplacement de l'élément localisateur d'une situation juridique internationale a été définie par la doctrine. Elle l'a désignée sous le terme de conflit mobile¹⁵¹ dans la mesure où le rapport de droit considéré étale ses effets à la fois dans le temps et dans l'espace.

122. A partir du moment où une règle de conflit comprend un élément temporel ou un élément de rattachement qui par nature est fixe, ce type de conflit ne peut surgir. L'existence d'un conflit mobile présuppose que la règle de conflit admette la mobilité du facteur de rattachement¹⁵². En pratique, seules certaines règles de conflit touchant à des domaines juridiques bien précis sont susceptibles d'engendrer un conflit mobile : il s'agit des règles de conflit de lois relatives à la nationalité, au domicile et au lieu de situation de biens meubles¹⁵³. Le siège social est l'équivalent pour les sociétés du critère de rattachement du domicile pour les personnes physiques. L'opération qui consiste à le transférer d'un Etat à un autre étale ses effets dans le temps et dans l'espace. Il en découle que par essence, le transfert international

¹⁵¹ Bartin, « Droit international privé », *Les fascicules de droit*, Librairie classique R. Guillon, Paris, 1927-1928, fasc 1, page 8 et s.

¹⁵² Batiffol & Lagarde, *Traité de droit international privé*, LGDJ, 8^e éd, 1993, page 517, §318

¹⁵³ Mayer & Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 8^e éd, 2004, page 165

de siège social est une situation qui sur le plan juridique est propice à engendrer un conflit mobile. En effet, le déplacement géographique du siège social est susceptible d'entraîner une modification de l'élément de rattachement de la règle de conflit entraînant la désignation de plusieurs lois nationales compétentes au cours du temps pour régir les différentes étapes du transfert de siège.

123. Le conflit mobile impliquant que plusieurs lois se retrouvent compétentes dans le temps pour régir une même situation juridique, l'interrogation qui se pose est la détermination de la loi qui sera applicable pour régir la situation juridique internationale qui a donné naissance à un tel conflit. Pour rapporter cette problématique au sujet de cette étude, il s'agit de déterminer si ce sera la loi de l'Etat d'origine qui applique la théorie de l'incorporation anciennement applicable à la société migrante qui a vocation à continuer à régir celle-ci ou alors est-ce la nouvelle loi de l'Etat d'accueil de l'entreprise qui applique la théorie du siège social qui a cette vocation. Cette problématique relative à la compétence la loi ancienne ou nouvelle pour régir le rapport juridique international concerné a donné naissance à un débat doctrinal. Plusieurs thèses se sont confrontées pour y apporter une solution notamment en prenant en compte le facteur temporel inhérent à la situation considérée¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Pascal de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 8^e ed, 2004, page 289

a. Le conflit mobile : le débat doctrinal

124. Une première thèse doctrinale a été dégagée par l'école hollandaise au dix-septième siècle, notamment par Paul Voet, son fils Jean et Ulric Huber. Cette théorie est considérée comme un corollaire de la théorie de la territorialité des lois sous sa forme la plus extrême. Elle est relative à la territorialité des lois nationales et au refus de leur accorder tout effet au-delà des frontières de l'Etat qui a les édictées. Ainsi, toute situation juridique a vocation à rester sous l'empire de la loi de laquelle elle a été créée. Il en découle, dans le cadre d'un conflit mobile, que la loi qui se déclare nouvellement compétente pour régir les faits considérés ne peut être reconnue comme applicable.

125. Pour Jean Voet, les lois réelles et personnelles sont dénuées d'autorité en dehors du territoire géographique où elles s'appliquent. Il en découle qu'elles ne s'appliquent qu'à la population permanente ou temporaire qui se trouve sur le territoire situé sous leur empire. Et par conséquent aucun jugement ou acte émanant d'un autre souverain, il faut entendre Etat, n'a vocation à s'imposer sur le territoire où s'exerce l'autorité de chaque loi. L'école hollandaise met l'accent sur la souveraineté : il ne peut être question de pouvoir de contrainte entre souverains. Sur le plan international, un Etat ne peut imposer à un autre sa propre législation dont les effets sont limités à son propre territoire géographique.

126. Cependant, un Etat souverain peut consentir par courtoisie à l'application de la loi d'un autre Etat pour des raisons d'équité et d'utilité. Huber fonde ce principe sur la notion de respect des « droits acquis ». Il s'agit pour un Etat d'accepter de respecter les droits acquis sur

le territoire d'un autre Etat conformément à la loi locale tout en continuant à appliquer ses propres lois sur son territoire. Ce faisant, un Etat ne fait que répondre aux nécessités qu'impliquent ses propres intérêts : s'il veut pouvoir commercer sur le plan international avec d'autres Etats, il se doit d'agir courtoisement à leur égard afin d'être traité lui-même de la même manière. Cette théorie développée par l'école hollandaise a eu beaucoup d'influence auprès de la doctrine anglo-saxonne au cours du dix-neuvième siècle, notamment les notions de courtoisie (comity) et de droits acquis (vested rights). En effet, la possibilité de garantir la sécurité juridique des individus sans se préoccuper de l'application de la loi étrangère a paru séduisante à la doctrine anglo-saxonne qui percevait l'application de la loi étrangère comme une abdication de souveraineté. Encore aujourd'hui, la théorie des « vested rights » est essentielle en jurisprudence et en doctrine¹⁵⁵.

127. Selon ce principe, tout droit régulièrement acquis ou toute situation régulièrement formée sous l'empire d'une loi étatique engendre des effets que cette loi doit continuer à régir. Ce droit ou cette situation formés dans un pays doivent être respectés par les autres Etats du fait de leur caractère régulier. Il s'agit, au sein des relations internationales, de respecter la souveraineté de l'Etat qui a édicté la loi sous l'empire de laquelle le droit ou la situation a été acquis. La modification de l'élément de rattachement qui donne naissance à un conflit mobile ne peut être un motif à l'exclusion de la loi étatique primitive au profit d'une nouvelle loi. Cela reviendrait à ignorer la souveraineté de l'Etat dans lequel la situation ou le droit régulièrement acquis ont vu le jour.

¹⁵⁵ Mayer & Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 8^e éd, 2004, page 76

128. En France, pour Pillet qui s'était fait le champion de cette théorie des droits acquis¹⁵⁶, il ne peut être envisageable d'exclure la première loi applicable à une situation juridique internationale au profit d'une nouvelle car en application du principe des droits acquis, tout droit ou toute situation régulièrement acquise devait avoir la même valeur dans la communauté internationale toute entière¹⁵⁷. S'inspirant de la théorie dégagée par l'école hollandaise pour exclure l'application de la nouvelle loi, l'auteur avait distingué entre deux types de lois : les lois territoriales et les lois extraterritoriales¹⁵⁸. Pour différencier les lois appartenant à chacune des catégories établies, Pillet s'était attaché à la considération de la finalité sociale de chaque loi. Les lois territoriales sont celles qui avaient pour fonction de maintenir l'ordre social au sein d'un Etat et n'ont, pas conséquent, aucune vocation à s'appliquer en dehors des frontières de l'Etat qui les avait édictées. Au contraire, les lois extraterritoriales n'ont pas une vocation de protection générale et s'attachent à la protection et au développement des intérêts individuels et par conséquent, ont pour finalité de suivre un individu à l'intérieur et à l'extérieur des limites géographiques de l'Etat qui les a édictées¹⁵⁹.

129. Pour Pillet, dans le cadre de ces lois d'application extraterritoriale, il n'est pas envisageable qu'un droit régulièrement acquis, c'est-à-dire acquis en conformité avec les règles légales compétentes sur le territoire d'un Etat, ne puisse exister que dans les frontières de cet Etat. Par ce biais, l'auteur a justifié l'application d'une loi étrangère et sa reconnaissance par un Etat dans son propre for. Le point décisif pour Pillet était le respect de la souveraineté de l'Etat édictant une loi nationale : « Au reste la reconnaissance de la

¹⁵⁶ Batiffol & Lagarde, *Traité de droit international privé*, LGDJ, 8^e éd, 1993, page 517, §318-1

¹⁵⁷ Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 3^e éd, 1959, n°318 ; Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Pascal de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 8^e ed, 2004, page 290

¹⁵⁸ Lerebours-Pigeonnière, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 8^e éd, 1962, page 509, §384

¹⁵⁹ Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, Paris, 1923, Tome 1, pages 106 et s., §33 et s.

souveraineté d'un Etat conduit directement à la reconnaissance des droits acquis sous l'empire de cette souveraineté, et cette règle indispensable à la pratique se trouve aussi d'accord avec les données de la théorie »¹⁶⁰. L'Etat légiférant doit pouvoir maintenir sous son emprise législative une situation juridique née sous l'empire de sa loi nationale malgré son déplacement dans l'espace notamment sur le territoire d'un autre Etat¹⁶¹.

130. Pillet a vu dans « le respect international des droits régulièrement acquis »¹⁶² un principe fondamental du droit international privé, antithèse du jeu des règles de conflit de lois. En effet, il a distingué entre le jeu des règles de conflit et le respect des droits acquis. Selon Pillet, l'application des règles de conflit si nécessaire, est antérieure au principe posé qui implique que la loi compétente pour régir le droit ait déjà été déterminée pour qu'il soit respecté. La détermination de la loi initialement compétente pour déterminer que le contenu du droit acquis à respecter doit se faire selon le système de conflit de lois de l'Etat où se pose la question du respect de ce droit¹⁶³.

131. Une fois exposée la théorie de Pillet, il convient de la confronter au problème posé qui est la résolution du conflit mobile engendré par le transfert international de siège social d'une société d'un Etat d'incorporation vers la France, sachant que cette opération implique le transfert du principal établissement de l'entreprise où elle désire s'installer. L'application de la théorie de Pillet qui conduit à maintenir une situation juridique internationale sous l'empire de la loi qui l'a initialement vu naître conduirait à éliminer certes le conflit mobile mais également à maintenir la société migrante sous l'empire de loi du pays où elle s'est

¹⁶⁰ Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, Paris, 1923, Tome 1, page 120, §41

¹⁶¹ Lerebours-Pigeonnière, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 8^e éd, 1962, page 509, §384

¹⁶² Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, Paris, 1923, Tome 1, page 121, §41 ; Lerebours-Pigeonnière, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 8^e éd, 1962, page 509, §384

¹⁶³ Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, Paris, 1923, Tome 1, page 122, §42

incorporée. Ceci impliquerait pour l'Etat d'accueil de renoncer à voir son système de conflit de lois s'appliquer, ce qui serait conforme à la théorie de Pillet qui tend à exclure le jeu des règles de conflit de lois du fait de l'application du principe du respect des droits acquis. En conséquence, l'opération de transfert ne modifierait rien dans la situation juridique de l'entreprise.

132. En conclusion une autre solution devrait être envisagée car une éventuelle application de la théorie du respect des droits acquis non seulement conduirait à ignorer le problème du conflit mobile mais également impliquerait l'inutilité du transfert international du siège social de la société qui serait maintenue l'empire de sa loi d'origine. Cette thèse de Pillet n'est pas exempte d'autres critiques. En effet, dans la théorie soutenue par cet auteur, le jeu des règles de conflit de lois n'intervient que lors de la création du droit ou de la situation régulièrement acquis sous l'empire d'une loi qui doit être déterminée et dont la vocation est d'en régir les effets juridiques. Par contre, l'évolution de ce droit ou de cette situation, dépend de l'application du principe des droits acquis qui la fige sous l'empire de la loi originaire. Pillet est venu à la doctrine des droits acquis comme une opposition au jeu des règles de conflit de lois. Cependant l'attraction du système de conflit de lois se fait ressentir même à cette étape du raisonnement. En effet, pour respecter le droit acquis, il convient de déterminer la loi sous l'empire de laquelle est né le droit ou la situation régulièrement acquis¹⁶⁴. Or chaque juge national tend à appliquer son propre jeu de règles de conflit de lois pour répondre à cette question. A chaque fois qu'un nouvel ordre juridique sera impliqué dans la détermination de cette loi originaire, il est clair que la solution risque de varier. Finalement, le

¹⁶⁴ Batiffol & Lagarde, *Traité de droit international privé*, LGDJ, 8^e éd, 1993, page 518, § 318-1

résultat de l'application de la théorie développée par Pillet est limité et le principe du respect des droits acquis est peu efficient.

133. Toujours en relation avec l'office du juge, la théorie des droits acquis implique un postulat de départ qui est : la situation ou le droit soumis au juge sont préexistants à leur prise en compte par ce dernier. Or une question s'impose d'elle-même : qu'en est-il de l'office du juge quand la situation ou le droit considérés se modifient pour donner naissance à une nouvelle situation juridique ? La théorie des droits acquis n'est pas apte à apporter de réponse à cette question¹⁶⁵. Pillet s'était rendu compte de cette limite et a apporté la réponse suivante : un droit international régulièrement acquis ne peut être détruit que par l'acquisition d'un nouveau droit international régulièrement acquis. Le droit initial s'éteint. Dans cette réponse donnée apparaît la limite même de la théorie qu'il a élaborée et dont le principe fondamental est le maintien d'une situation juridique internationale sous l'emprise de la loi qui l'a vue naître. En conséquence, il apparaît que le domaine d'application de cette doctrine est limité *de facto*.

134. Un autre auteur auquel est due la terminologie de conflit mobile¹⁶⁶ avait également vu les limites de la doctrine de Pillet concernant l'antithèse constatée par ce dernier entre la mise en jeu des règles de conflit de lois et la doctrine du respect des droits acquis¹⁶⁷. Il s'agit de Bartin qui se détache de la conception de Pillet car selon cet auteur, le respect des droits

¹⁶⁵ Mayer & Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 8^e éd, 2004, page 76

¹⁶⁶ Bartin, « Droit international privé », *Les fascicules de droit*, Librairie classique R. Guillon, Paris, 1927-1928, fasc 1, page 8 et s.

¹⁶⁷ Bartin, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Domat-Montchrestien, 1930-1935, tome I, p 195 ; « ...le respect des droits acquis suppose comme seule condition, réserve faite de l'ordre public, que la loi compétente ait été appliquée, autrement dit que les règles de conflits de lois aient été observées... »

acquis implique que les règles de conflit de lois aient été respectées. Il développe la thèse¹⁶⁸ selon laquelle, dans le cadre d'un conflit mobile, la loi initialement applicable demeure en vigueur au contraire du conflit transitoire interne où la loi ancienne est abrogée par la loi nouvelle¹⁶⁹. Il en découle que la nouvelle loi qui se déclare compétente pour régir la situation juridique considérée, ne peut voir sa vocation à s'appliquer devenir effective. En effet, il convient dans le cadre des relations internationales, notamment en matière de commerce, de maintenir la stabilité pour perpétuer autant que possible l'unité et la cohérence entre la situation originale et ses effets. Ainsi, Bartin parvient à la même conclusion que Pillet mais par un raisonnement différent : il faut maintenir sous l'empire de la loi qui lui était initialement applicable une situation juridique internationale. La différence avec la théorie de Pillet, est que la thèse élaborée par Bartin repose sur la localisation dans le temps de l'élément de rattachement de la situation juridique internationale considérée à une loi nationale avec pour finalité la sécurité des transactions internationales¹⁷⁰. Cette sécurité est assurée par une idée directrice¹⁷¹ mise en avant par Bartin : la stabilité des institutions au cours des conflits de lois. Pour l'auteur, la loi la plus compétente pour régir une situation internationale dans le temps est celle qui est à même d'assurer cette stabilité.

135. Cependant la théorie de Bartin rencontre les mêmes limites que celle de Pillet car l'une à l'instar de l'autre implique le maintien d'une situation juridique sous l'empire de la loi sous laquelle elle s'est initialement constituée. La question qui se pose alors naturellement est qu'advierait-il si survenait une modification de la situation qui conduirait à la naissance d'un nouveau rapport ou d'un nouveau droit. Selon l'auteur, un droit né sous l'empire d'une

¹⁶⁸ Bartin, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Domat-Montchrestien, 1930-1935, tome I, p 194 et s.

¹⁶⁹ Lerebours-Pigeonnière, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 8^e éd, 1962, page 518, §392

¹⁷⁰ Khairallah, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, thèse, Paris, 1984, page 74, §88

¹⁷¹ Fahmy, *Le conflit mobile en droit international privé*, thèse, Paris, 1951, page 86, §164

loi n'est plus régi par cette dernière si un nouveau droit relatif aux mêmes faits matériels vient à naître sous l'empire d'une nouvelle loi. La réponse apportée par Bartin à cette question qui est la même que celle donnée par Pillet, démontre que les principes posés par l'auteur sont *de facto* limités. Et tout comme la doctrine de droits acquis rendraient le transfert international sans intérêt, la thèse de Bartin reposant sur l'idée de stabilité des institutions n'est pas plus adaptée pour résoudre le conflit mobile que pose le transfert de siège social dans le cadre de l'hypothèse posée et étudiée. « La stabilité des institutions est une chose, et la rigidité des ces institutions en est une autre »¹⁷².

136. Ainsi, s'il est revenu à Bartin de donner le coup de grâce à la théorie des droits acquis¹⁷³, il a bien fallu que la doctrine trouve une solution adaptée pour résoudre la problématique posée par le conflit mobile. Par conséquent, un courant doctrinal majoritaire¹⁷⁴ s'est dégagé au sein de la doctrine française pour résoudre les questions soulevées par l'influence du facteur temporel au cours de l'application des règles de conflit de lois. La doctrine élaborée pour résoudre le conflit mobile repose sur le principe de la transposition des règles de droit transitoire interne en droit international privé. Il est revenu au Doyen Battifol, en s'inspirant de Lerebours-Pigeonnière, de construire cette théorie¹⁷⁵. Selon Lerebours-Pigeonnière, le règlement du conflit mobile ne dépendant pas de l'application de la théorie des droits acquis, il convient de noter l'analogie qui existe entre les conflits mobiles et les conflits de droit transitoire interne¹⁷⁶.

¹⁷² Fahmy, *Le conflit mobile en droit international privé*, thèse, Paris, 1951, page 90, §172

¹⁷³ Khairallah, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, thèse, Paris, 1984, page 74, §88

¹⁷⁴ Mayer & Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 8^e éd, 2004, page 165

¹⁷⁵ Khairallah, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, thèse, Paris, 1984, page 77, § 91, note 76

¹⁷⁶ Lerebours-Pigeonnière, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 8^e éd, 1962, page 510, §385

137. L'analogie faite est la suivante¹⁷⁷ : face à une situation juridique donnée, les changements de législation en droit interne impliquent une transition entre une loi anciennement applicable à la validité et aux effets réalisés d'une situation juridique considérée et une loi nouvelle qui aura vocation à régir ses effets futurs. En droit international, la situation est similaire dans le cadre du conflit mobile. Une ancienne loi étatique qui régissait une situation donnée est remplacée par une nouvelle loi appartenant à un autre ordre juridique. Il y a donc, tout comme en droit interne, une succession de lois applicables à une situation donnée et il convient de déterminer dans quelle mesure la loi nouvelle aura vocation à régir les conséquences de la situation initiale. C'est pourquoi, il paraîtrait logique d'étendre la portée des règles et des principes de droit transitoire interne au niveau international afin de permettre de résoudre un conflit mobile. Par conséquent, il s'agit de s'inspirer de l'article 2 du Code civil¹⁷⁸ qui pose les principes de droit transitoire interne pour dégager les règles de droit transitoire international.

138. Cependant il faut noter une différence fondamentale entre les changements de législations applicables sur les plans interne et international. Dans le premier cas, les deux lois qui se succèdent émanent du même législateur et l'une rend l'autre caduque, dans le second cas les deux lois qui se succèdent dépendent de deux législateurs différents et demeurent pleinement effectives dans chacun des Etats qui les ont édictées. Ceci exclut toute rétroactivité de la loi initialement applicable dans le cadre du droit transitoire international, principe qui peut être écarté par le législateur en droit transitoire interne s'il en prend

¹⁷⁷ Batiffol & Lagarde, *Traité de droit international privé*, LGDJ, 8^e éd, 1993, page 519, §320

¹⁷⁸ Article 2 du Code civil (inséré par la Loi du 05 mars 1803)

« La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif. »

l'initiative par des dispositions légales particulières. En effet, si le texte de l'article 2 du Code civil pose le principe général de non rétroactivité de la loi, le Législateur, en droit transitoire interne, peut décider dans l'exercice souverain de son pouvoir de donner un effet rétroactif à la loi dont il définit les conditions d'application. En droit international, dans la mesure où le changement de législation applicable à une situation juridique donnée n'est pas le fait de la volonté du Législateur mais dépend de la volonté des acteurs de cette situation juridique, il en résulte que le principe de non rétroactivité de la loi ne peut recevoir d'exception. Il est d'application stricte.

139. En conclusion, cette transposition des principes de droit transitoire interne sur le plan international conduit dans le cadre d'un conflit mobile à appliquer immédiatement la nouvelle loi. Concrètement, il en résulte la nécessité de faire la distinction entre le moment de la naissance et les effets passés de la situation juridique qui demeurent sous l'empire de l'ancienne loi initialement applicable et ses effets futurs qui seront soumis à l'empire de la nouvelle loi qui ne pourra avoir aucun effet rétroactif.

140. La jurisprudence française semble s'inscrire dans ce courant doctrinal et suivre cette théorie. Ceci ressort d'arrêts rendus par la Cour de cassation concernant une affaire célèbre relative aux consorts Patiño¹⁷⁹. Certes la question posée était relative à la capacité d'un mineur en matière contractuelle et le conflit mobile né d'un changement de nationalité mais il n'en demeure pas moins que la solution posée par la Cour de cassation, était bien nette : elle a refusé de déclarer prescrite une action en nullité contractuelle en maintenant la situation

¹⁷⁹ Ch. civ., 1^{er} sect, 15 mai 1963 (2arrêts), *RDCIP* 1964.506 & 532.note P. Lagarde ; *JDI* 1963.996 & 1016.note Malaurie ; *JCP* 1963.II.13 365 & 13 366.note Motulsky ; Ancel & Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^e éd, 2001, n°38-39

juridique sous l'empire de la loi dont dépendait la capacité du mineur au moment de la conclusion du contrat et non sous l'empire de la nouvelle loi que le changement de nationalité avait rendu compétente¹⁸⁰.

141. Toutefois certains auteurs¹⁸¹ se sont démarqués de cette position majoritaire de la doctrine française. Ils critiquent l'assimilation faite entre le conflit mobile et le conflit de droit transitoire interne. Revendiquant la nature originale et particulière du conflit mobile, ils recherchent des solutions spécifiquement internationales. Remettant en cause l'interprétation faite de la jurisprudence de la Cour de cassation, ils objectent le fait que la Haute cour n'ait pas appliqué la loi nouvelle à la prescription non encore acquise comme cela est le cas en droit transitoire interne prouve que la solution préconisée par la majorité de la doctrine n'est pas adaptée pour résoudre un conflit mobile¹⁸². Il convient de rechercher la solution du conflit mobile dans l'interprétation de la règle de conflit de lois. Pour ces auteurs, il s'agit simplement de ne pas se contenter des principes du droit transitoire interne, mais de prendre en compte les impératifs qui ont dicté le choix de la règle de conflit de lois afin de pouvoir lui apporter une précision temporelle permettant de résoudre le conflit mobile. Il en découle que la solution d'un conflit mobile devient particulière et relative à chaque cas. Il n'existe pas de solution générale à ce type de problématique.

142. L'idée qui sous-tend cette opinion doctrinale est la différence de nature qui existe entre le conflit mobile et la transition juridique que le droit transitoire interne a vocation à

¹⁸⁰ « ... c'est... à bon droit... que la sanction de l'inobservation des conditions de capacité nécessaires à la validité d'un contrat de mariage demeure... soumise à la loi sous l'empire de laquelle il a été conclu ;... »

¹⁸¹ Graulich, *Introduction au droit international privé*, Liège, 1978, page 92, n°61 ; Rigaux, « Le conflit mobile en droit international privé », *Rec.Acad de La Haye*, 1966, I, n°46, page 367 et n° 74 et s., page 390 ; Mayer & Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 8^e éd, 2004, page page 166; Foyer et Courbe, *Juris- Classeur dr. int.*, fasc 5336-2, n°69 et s.

¹⁸² Mayer & Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 8^e éd, 2004, page 166

régir. Le conflit mobile est relatif à la succession de deux lois qui sur le fond et au sein de leurs ordres juridiques respectifs demeurent en vigueur, le droit transitoire interne a pour but de régler la transition entre deux lois dont l'une est abrogée et l'autre entre en vigueur au sein d'un ordre juridique unique. Il en découle l'exclusion de l'application de la loi nouvelle : son domaine d'application ne serait pas étendu, sous réserve d'impératifs de sécurité juridique, aussi largement que possible.

143. Une partie de la doctrine¹⁸³ a répondu à cette opinion dissidente. Dans le cadre d'un conflit mobile, il ne s'agit pas de favoriser l'application de la nouvelle loi par faveur envers celle-ci. Le fait de concéder à la nouvelle loi un domaine d'application aussi large que possible sous réserve d'impératifs de sécurité juridique repose sur l'idée d'éviter la confusion juridique et d'assurer « l'unité nécessaire de la législation »¹⁸⁴ au regard d'une situation juridique donnée. Cette raison a été dégagée par le Doyen Roubier¹⁸⁵. Il convient qu'une situation juridique donnée soit régie par la loi avec laquelle elle entretient les liens les plus effectifs car une législation forme un ensemble cohérent qui doit s'appliquer à tous les cas qui entrent dans son champ. Dans le cas contraire, son maintien sous l'empire de l'ancienne loi aurait pour conséquence un relativisme juridique et un manque de réalisme patents : chaque situation serait sous l'emprise de la loi qui l'aurait vu naître sans aucune possibilité d'évolution sur le plan juridique, ce qui aurait pour conséquence de rendre extrêmement complexe voire insoluble le règlement des conflits de lois.

¹⁸³ Ancel & Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^e éd, 2001, n°48 ; Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Pascal de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 8^e éd, 2004, page 293

¹⁸⁴ Ancel & Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^e éd, 2001, n°48

¹⁸⁵ Roubier, *Conflits de lois dans le temps*, I, page 565 ; Battifol, *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 3^e éd, 1959, page 375

144. Il a été relevé que cette solution proposée par la doctrine classique consistant à transposer les règles de droit interne au niveau international comporte un inconvénient qui est celui de ne pas garantir la sécurité juridique¹⁸⁶, notamment en matière contractuelle. Mais pour les auteurs¹⁸⁷ qui soutiennent cette thèse, les intérêts de sécurité et les besoins de stabilité du commerce international sont moindres et de moins grande importance que ceux du commerce interne. En conséquence, les arguments de manque de stabilité et de prévisibilité juridique évoqués à l'encontre de la thèse envisagée par la majorité de la doctrine française sont considérés comme non pertinents. En effet, entre les intérêts des tiers à une relation juridique et les intérêts des acteurs de cette relation, les premiers sont préférés aux seconds par la jurisprudence. Une fois exposés les divergences doctrinales qu'a pu suscité la transposition en droit international privé des principes de droit transitoire interne, il convient de revenir au sujet de cette étude et notamment au cas de figure envisagé qui est dans le transfert du siège social d'une société d'un Etat d'incorporation où elle maintient son siège statutaire vers la France où elle installe son principal établissement.

b. Le transfert international de siège social et le conflit mobile

145. Une illustration de la mise en application des principes dégagés est offerte par un arrêt rendu par la Cour de cassation belge en date du 12 novembre 1965. Certes il s'agit d'un arrêt rendu par la Haute cour belge mais les similitudes entre le droit de la Belgique et le droit

¹⁸⁶ Ancel & Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^e éd, 2001, n°48

¹⁸⁷ Ancel & Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^e éd, 2001, n°48 ; Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Pascal de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 8^e ed, 2004, page 293 ; Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 3^e éd, 1959, page 375

français permettent d'utiliser cette décision en tant qu'exemple. Cet arrêt Société Lamot limited¹⁸⁸ était relatif à une société qui s'était incorporée en 1927 à Londres sous la forme d'une « company » de droit britannique, soit l'équivalent d'une société anonyme. En 1932, la Lamot limited transfère son siège en Belgique et tombe sous le coup de la législation belge en matière de sociétés notamment d'un article 102 qui limite la durée des sociétés anonymes à trente ans. Le litige porté devant les tribunaux belges par un dirigeant évincé du conseil d'administration, était relatif à cette durée de la société. Il soutenait que le délai de trente ans avait expiré le 20 octobre 1957 faute de prorogation et qu'en conséquence la Lamot limited s'était trouvée dissoute *de facto*. Or une prorogation de la société en date du 6 février 1962 était intervenue du fait des nouveaux dirigeants de la société. Selon l'argumentation de ce dirigeant, il en découlait que cet acte n'était pas valable. Il va de soi que les nouveaux dirigeants prétendaient le contraire en arguant que le délai de trente ans n'avait commencé à courir qu'à partir du transfert du siège social de la société du Royaume-Uni en Belgique. La Cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt du 25 juin 1962, puis la Cour de cassation belge leur donnèrent raison au motif que le délai de trente ans n'avait pu commencer à courir à une époque où la Lamot limited n'était pas encore sous l'empire de la loi belge.

146. Ainsi, dans un premier temps, un tel transfert international de siège social conduit en application du droit international privé français à considérer la loi d'origine de la société comme étant toujours compétente. Cependant, lorsque le siège social réel et sérieux de la société migrante est invoqué par des tiers, il apparaît que le droit français en application des règles de conflits de lois devient compétent en tant que *lex societatis* alors que la loi d'origine de la société se réclame elle aussi comme applicable. Par conséquent le transfert international

¹⁸⁸ *JDI*, 1966.140, note Abrahams ; *RCDIP*, 1967.510, note Loussouarn

tel qu'envisagé dans le présent cas de figure engendre un conflit mobile en raison de l'application des règles de conflit mises en œuvre par chaque système étatique à partir du moment où le conflit de systèmes positif est révélé comme cela a été exposé. Par conséquent, il convient de le résoudre par la mise en œuvre des principes de droit transitoire international transposés à partir des principes de droit transitoire interne. Dès lors la loi de l'Etat d'origine de la société aura compétence pour régir la naissance de la société et les effets juridiques passés conséquents à cette naissance et antérieurs au transfert de siège social. Elle ne saurait avoir d'effet rétroactif. Quant à la loi de la France, pays d'accueil, elle est compétente pour s'appliquer à tous les effets futurs donc postérieurs au transfert. La solution du conflit mobile est conforme à la solution naturelle qu'aurait appliquée le juge français du fait que la loi française se reconnaisse compétente. Bien que la loi française soit compétente donc que la société migrante se voit appliquer une nouvelle *lex societatis* ce qui est le but poursuivi au cours d'un transfert de siège social, le fait que la société ne soit pas immatriculée en France en accord avec l'article L 210-6 du Code de commerce implique qu'elle encours le risque d'être reconnue comme une société de fait plus de se voir opposer sa loi d'origine ou la loi française en fonction de ce qui sera le plus favorable aux tiers invoquant le siège social réel et sérieux de l'entreprise.

2. Second cas de figure : la société transfère son siège statutaire en France et maintient son siège réel et sérieux dans son pays d'origine

147. Dans ce cas envisagé à présent, l'application de la règle de conflit française conduit à déclarer la loi française compétente à moins que le siège social réel et sérieux de la société ne soit invoqué par des tiers alors dans ce cas est désignée comme *lex societatis* de l'entreprise,

sa loi d'origine en raison de la localisation de son principal établissement. Cependant, dans la mesure où cette dernière désire transférer son siège statutaire en France et ne plus être incorporée dans son Etat d'origine, au regard du système de conflit de ce pays, la loi compétente pour régir la société migrante est la loi française. Il en découle que chaque système se déclare, selon sa propre règle de conflit de lois, incompétent et reconnaît et désigne comme compétent pour régir la société migrante le système du for étranger. Se révèle alors un dysfonctionnement de la combinaison des mises en œuvre des règles de conflits des deux fors impliqués au cours de l'opération de transfert du siège social. Dans la mesure où l'application d'une règle de conflit de lois a pour finalité de désigner la loi applicable à une situation juridique internationale, l'interaction décrite entre les fors d'accueil et d'origine neutralise cette finalité du jeu des règles de conflit¹⁸⁹. Au lieu de résoudre le conflit de lois afin de désigner la loi applicable à la société avant, pendant et après l'opération de transfert, chaque for se refuse à être considéré comme compétent pour reconnaître l'autre comme tel.

148. Ici apparaît un des facteurs de complications¹⁹⁰ de la mise en jeu des règles de conflit de lois qui depuis von Bar et Anzilotti est appelé conflit de systèmes négatif¹⁹¹ ou renvoi en opposition au conflit positif où chaque Etat impliqué dans une situation juridique internationale donnée déclare sa législation compétente pour la régir. La majeure partie des pays l'admet avec certaines restrictions tenant à la matière abordée. Cependant certains pays le rejettent tels les Pays-Bas, la Grèce, les pays scandinaves et les pays musulmans¹⁹².

¹⁸⁹ Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse, Paris, 1958, page 55, §52

¹⁹⁰ Mayer & Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 8^e éd, 2004, page 157

¹⁹¹ Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse, Paris, 1958, page 60, §56

¹⁹² Mayer & Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 8^e éd, 2004, page 158, §218

149. Dans l'optique d'une meilleure compréhension de l'influence du renvoi sur un transfert international de siège social, il semble important de revenir d'abord sur la seule question du renvoi et de son admission afin de mieux la comprendre. Cependant, comme cette étude ne porte pas sur le renvoi, reprendre la totalité des opinions émises et des écrits relatifs à cette question n'aurait pas de sens, une autre thèse consacrée à cette question serait nécessaire¹⁹³. C'est pourquoi le champ de cette étude sur ce point sera limité à un rappel concis de la doctrine et de la jurisprudence françaises qui ont conduit à l'admission puis à la résolution des problématiques posées par le renvoi pour ensuite envisager ses effets sur l'opération de transfert.

a. Le renvoi : le débat doctrinal

150. Ainsi que cela a été exposé dans les propos qui précèdent, le renvoi est un facteur de complication de la mise en œuvre des règles de conflit de lois. Il a pour effet d'annihiler la finalité primaire de la mise en œuvre de toute règle de conflit de lois : déterminer parmi les législations internes qui auraient vocation à régir à une situation juridique internationale celle qui lui sera effectivement applicable. Cet effet du conflit négatif de systèmes conduisant à ce que deux systèmes juridiques puissent éternellement se renvoyer la compétence, aucun des deux ne déclarant ses règles matérielles applicables pour régir la situation juridique considérée¹⁹⁴, a pu être qualifié de chassé-croisé dans les résultats ou de cercle vicieux dans le raisonnement¹⁹⁵. Certains auteurs ont même pu utiliser les expressions de « jeu de miroirs » ou de « jeu de tennis international » dans la mesure où le règlement du conflit de lois demeure

¹⁹³ Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse, Paris, 1958

¹⁹⁴ Batiffol & Lagarde, *Traité de droit international privé*, LGDJ, 8^e éd, 1993, page 493, §301

¹⁹⁵ Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse, Paris, 1958, p 103, §103

en suspens. Bien que cette question ne soit plus d'actualité aujourd'hui, ceci a conduit la doctrine française à se demander si le renvoi devait être admis ou rejeté. Par conséquent, il va s'agir dans les développements qui vont suivre de montrer comment la doctrine à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation en est venue à justifier l'existence et l'admission du renvoi.

151. Suite à l'arrêt Forgo¹⁹⁶ qui marque l'admission du renvoi par la jurisprudence, certains auteurs ont soulevé des arguments basés sur la logique et la souveraineté étatique pour en justifier le refus. Les arguments logiques¹⁹⁷ invoqués par les opposants à l'admission du renvoi reposaient sur deux objections. La première était relative à l'existence même du renvoi. Il s'agissait de déterminer quel type de règles du droit étranger la règle de conflit française désigne au moment de son application : s'agit-il seulement du droit matériel étranger c'est-à-dire le droit interne ? Ou bien, s'agit-il à la fois du droit matériel étranger et des règles de conflit étrangères ? En apportant une réponse affirmative à la première question et une réponse négative à la seconde, ces auteurs remettaient en cause son existence même. La seconde objection doctrinale soulevée était relative à la courtoisie qui doit entourer les relations internationales. Si les règles de conflit de lois sont considérées comme ayant un caractère juridique obligatoire, le renvoi ne peut être admis qu'en raison d'une certaine courtoisie dans la mesure où il perturbe le fonctionnement normal des règles de conflit du for.

152. Les autres arguments soulevés par les opposants de l'admission du renvoi reposaient sur l'abandon de souveraineté que représentait le renvoi à leurs yeux. A la suite d'auteurs comme Martin¹⁹⁸ ou Pillet¹⁹⁹, une partie de la doctrine française considérait qu'un Etat, la

¹⁹⁶ Civ, 24 juin 1878, S 1878. 1. 429 ; D 1879. 1. 56 ; JDI 1879.825 ; Ancel & Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^e éd, 2001, n°7-8

¹⁹⁷ Lerebours-Pigeonnière, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 8^e éd, 1962, page 470, § 363

¹⁹⁸ Martin, *Etudes de droit international privé*, Paris, 1899, pages 83 à 187

France entre autres, abdiquerait sa souveraineté si les juridictions nationales acceptaient le principe du renvoi car ce serait laisser à la règle de conflit étrangère le soin de fixer le champ d'application de la *lex fori*²⁰⁰ : « Ce qui fait le vice de la théorie du renvoi, ... c'est que le juge saisi, en acceptant le renvoi, substituerait aux dispositions de conflits internationaux de son pays... les dispositions similaires des conflits internationaux d'un autre pays. [...] Ce juge abdiquerait, dans ces conditions, la part de souveraineté de son pays... au profit des règles de conflits d'un autre pays, ..., au profit de la souveraineté d'un autre pays, ce qui, dans mon opinion, est impossible »²⁰¹.

153. Finalement la jurisprudence devait avoir raison des opposants au renvoi. La Cour de cassation, par un arrêt Soulié²⁰² rendu le 1^{er} mars 1910, devait vigoureusement rejeter cette idée d'abandon de souveraineté, conséquence de l'acceptation du renvoi et devait ainsi mettre fin aux reproches de cercle vicieux ou de chassé-croisé ayant pu être invoqués : « La loi française de droit international privé ne souffre nullement du renvoi qui est fait à la loi française par la loi de droit international privé étranger ; il n'y a qu'avantage à ce que tout conflit se trouve ainsi supprimé et à ce que la loi française régit, d'après ses propres vues, des intérêts qui naissent sur son territoire ». Les partisans du renvoi ont eu des approches différentes pour l'expliquer et le justifier.

154. Selon Lerebours-Pigeonnière²⁰³, il est exclu d'admettre le renvoi pour des systèmes étatiques qui se réfèrent à des règles supranationales pour résoudre un conflit de lois. Dès lors

¹⁹⁹ Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, Paris, 1923, Tome 1, pages 539 et s., §251

²⁰⁰ Batiffol & Lagarde, *Traité de droit international privé*, LGDJ, 8^e éd, 1993, page 493, §301 ; Lerebours-Pigeonnière, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 8^e éd, 1962, page 470, §363

²⁰¹ Martin, *Etudes de droit international privé*, Paris, 1899, page 170

²⁰² S.1913.I.105

²⁰³ Lerebours-Pigeonnière, « Observations sur la question du renvoi », *JDI* 1924, page 877

pour cet auteur, il convient de se rapporter aux règles de conflit de chaque Etat pour résoudre un conflit négatif de systèmes lorsqu'il n'y a pas lieu de se référer à des règles juridiques de valeur supranationale²⁰⁴. En conséquence, pour régir un rapport juridique présentant un caractère international, la règle de conflit de lois française doit être appliquée afin de déterminer quel est le système juridique qu'elle reconnaît comme compétent. Une fois cette application faite, il faut interroger le système étranger pour savoir s'il se reconnaît compétent ou si ses règles de conflit de lois amènent à désigner une autre loi comme applicable. Dans l'hypothèse où il y a lieu à renvoi, la réponse du système étranger est forcément négative : il décline sa compétence pour désigner une autre loi applicable. Dans l'explication théorique du renvoi élaborée par Lerebours-Pigeonnière, il n'est pas possible d'étendre le domaine d'application de la loi étrangère au-delà de celui qui est lui est assigné par les règles de conflit du for étranger. Par conséquent, la loi étrangère ne peut être appliquée en ignorant le refus du for étranger de se reconnaître compétent. Ainsi, dans la mesure où le for français ne se désintéresse pas de la question de la désignation d'une loi compétente pour régir le rapport juridique considéré, il convient de découvrir dans l'ensemble des règles de conflit de lois françaises de nouvelles règles pour pallier au résultat auquel la première application de ces règles a pu conduire c'est-à-dire un conflit de systèmes négatif où aucun ne se reconnaît compétent. Cette démarche revient à rechercher des règles de conflit « subsidiaires »²⁰⁵ c'est-à-dire des règles de conflit de lois de second rang qui auront une vocation subsidiaire à s'appliquer pour résoudre le conflit de systèmes négatif. Par exemple, la loi nationale se déclarant incompétente, il serait fait application de la loi du domicile²⁰⁶. L'idée qui sous-tend la théorie de Lerebours-Pigeonnière est l'absence d'existence d'une communauté de vues

²⁰⁴ Lerebours-Pigeonnière, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 8^e éd, 1962, page 472, §364

²⁰⁵ Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse, Paris, 1958, page 100, §96

²⁰⁶ Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé*, Dalloz, 3^e ed, 1937, n° 259 ; Ancel & Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^e éd, 2001, page 152

entre le for français et le for étranger, qui conduit au conflit de systèmes négatif et donc au renvoi. En effet, selon cet auteur, « lorsque [...] nous offrons la compétence à une loi étrangère nous présumons que le législateur étranger a la même conception que nous du rattachement utile et juste »²⁰⁷. Lorsque cela n'est pas le cas, ce défaut de communauté de vues oblige à découvrir une règle de conflit de lois subsidiaire afin de pallier aux effets du conflit de systèmes négatif. La conséquence de cette théorie est que la vocation subsidiaire de la loi du for français à s'appliquer n'est pas de principe²⁰⁸. Elle repose sur l'application d'une règle de conflit secondaire dont la recherche devient le principe pour résoudre le problème posé par le renvoi quant à la résolution de la question de la loi compétente pour régir le rapport juridique international considéré.

155. Lerebours-Pigeonnière reconnaît deux exceptions à la thèse qu'il développe car « les besoins du commerce international et les circonstances particulières rendent possible ou désirable, dans deux matières, la prorogation d'une loi interne étrangère au-delà du domaine propre qui lui est assigné par son souverain »²⁰⁹. La première exception concerne les matières relevant de l'autonomie de la volonté en raison du respect des prévisions des parties. La seconde est relative à la forme des actes. L'auteur accepte que le domaine de la loi étrangère soit prorogé afin que l'acte soit considéré comme valide selon cette loi²¹⁰. Ces limites que l'auteur reconnaît à sa théorie, dont la généralisation semble difficile à envisager, conduisent à formuler certaines critiques à son encontre. En effet, il semble bien compliquer d'établir une hiérarchie entre les règles d'un système de conflit de lois car cela amène plusieurs

²⁰⁷ Lerebours-Pigeonnière, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 8^e éd, 1962, page 474

²⁰⁸ Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse, Paris, 1958, page 100, §96

²⁰⁹ Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé*, Dalloz, 3^e ed, 1937, n° 259

²¹⁰ Lerebours-Pigeonnière, « Observations sur la question du renvoi », *JDI* 1924, page 877 et en particulier page 900

interrogations à se poser relatives à la distinction entre les règles de conflits principales et subsidiaires et la méthode qu'il conviendrait de suivre pour les définir et les élaborer. Par ailleurs, la théorie élaborée par Lerebours-Pigeonnière²¹¹ se rattache à la notion d'intérêt étatique. La règle de conflit subsidiaire doit prendre en compte l'intérêt que peut avoir l'Etat qui l'édicte à voir la situation juridique internationale pour laquelle la loi applicable est recherchée régie par sa propre loi ou de celle du for étranger²¹². En conséquence, la détermination du contenu de la règle de conflit de loi subsidiaire préconisée par Lerebours-Pigeonnière est fonction de la détermination de l'intérêt de l'Etat qui l'édicte. Partant de cette constatation, la difficulté à déterminer avec certitude les intérêts d'un Etat semble être évidente²¹³. Il apparaît que la généralisation de la théorie de la règle de conflit subsidiaire est impossible.

156. Une autre critique peut être formulée à l'encontre de cette théorie qui explique le renvoi par le défaut de communauté de vues existant entre le for et le for étranger au regard de la solution à apporter au conflit de lois. Pour Lerebours-Pigeonnière, la règle de conflit subsidiaire doit chercher à pallier à ce défaut pour que soient résolus à la fois le conflit négatif de systèmes et le conflit de lois dans un même temps. Or il semble bien illusoire de chercher à pallier à la déclinaison de compétence due à la règle de conflit d'un système étranger en trouvant systématiquement un critère de rattachement qui s'approcherait de celui de cette règle. En conclusion, il apparaît clairement que la théorie élaborée par Lerebours-Pigeonnière ne peut être généralisée et systématisée pour résoudre un conflit négatif de systèmes. Il

²¹¹ Lerebours-Pigeonnière, « Observations sur la question du renvoi », *JDI* 1924, page 877 et en particulier page 898 ; Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse, Paris, 1958, page 138, §133

²¹² Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse, Paris, 1958, pages 139-144, §134-138

convient dès lors d'envisager les autres solutions doctrinales qui ont pu être proposées afin de justifier l'existence et l'admission du renvoi.

157. Une partie de la théorie de Lerebours-Pigeonnière a inspiré celle de Niboyet qui admet tout comme lui l'existence du conflit négatif de systèmes, mais n'en tire pas les mêmes conséquences. Pour cet auteur à partir du moment où le système étranger décline sa compétence, celle de la loi française « doit s'y étendre en vertu de l'ordre public parce qu'il n'est pas possible qu'une situation juridique possédant quelque attache avec la France demeure sans réglementation »²¹⁴. Ici apparaît la différence entre les théories de ces deux auteurs. Lerebours-Pigeonnière fait un principe de la recherche d'une règle de conflit subsidiaire face à l'impasse que représente le renvoi dans la résolution du conflit de lois. Il en découle que la loi du for n'a pas de vocation de principe à s'appliquer pour résoudre le conflit de systèmes négatif. Par contre, Niboyet fait de son application un principe : la loi du for a une vocation subsidiaire de principe à s'appliquer face au refus du for étranger de régir le rapport juridique international qui conduit à poser la question de la loi qui lui est applicable²¹⁵. L'inconvénient de cette conception du renvoi est de rendre la *lex fori* applicable de manière systématique à toute situation à partir du moment où le système juridique étranger désigné par la loi du for ne se reconnaît pas compétent. Or, il est possible de se retrouver face à une situation ne présentant pas de réels liens avec le système juridique du for. Dans ce cas de figure, il devient incongru que la *lex fori* soit déclarée compétente pour régir cette situation et les effets juridiques qui peuvent en découler. Se rendant compte de la limite de sa théorie, Niboyet devait introduire lui-même une réserve relative à la nécessité d'un rattachement

²¹⁴ Niboyet, *Traité*, tome III, n°1016

²¹⁵ Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse, Paris, 1958, page 100, §96

minimal entre la situation juridique internationale devant être réglementée et la for national²¹⁶. En conséquence, la systématisation de théorie pour résoudre les conflits de systèmes négatifs est impossible.

158. Une autre théorie a été proposée par le Doyen Batiffol. Pour cet auteur, la question du conflit de systèmes négatif doit être approchée et considérée avec pragmatisme : « Lorsque la règle de conflit du for désigne une loi étrangère, faut-il comprendre qu'elle prescrit d'appliquer seulement les dispositions matérielles de cette loi, ou qu'elle accepte de tenir compte également des règles de conflits de la loi étrangère désignée ? »²¹⁷. Pour répondre à cette question qui marque le point de départ du raisonnement de certains auteurs opposés à l'admission du renvoi, le Doyen Batiffol commence par adhérer à une remarque soulevée par Lerebours-Pigeonnière : la solution de principe du conflit de lois en raison du renvoi subit une modification. Dès lors, il constate que si le juge du for doit trancher les conflits de lois au regard de ses propres règles de conflits, pour résoudre un conflit qui est particulier, il ne peut ignorer que la situation juridique internationale à laquelle il est confronté présente des points de rattachement avec un for étranger au sien. En conséquence, le juge ne peut que prendre en compte à la fois le droit matériel et les règles de conflit de lois du for étranger que lui désigne sa propre règle de conflit et avec lequel la situation juridique considérée présente des liens. Selon le Doyen Batiffol, cette démarche ne marque en rien un abandon de souveraineté de la part de l'un quelconque des fors impliqués et notamment du for français ainsi qu'avaient pu l'écrire les opposants à l'admission du renvoi : « La doctrine classique considère le renvoi comme un abandon de la règle de conflit française au profit de la règle étrangère, et elle a

²¹⁶ Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse, Paris, 1958, page 164, §162

²¹⁷ Batiffol & Lagarde, *Traité de droit international privé*, LGDJ, 8^e éd, 1993, page 492, §299

certes raison de s'y refuser. Mais il n'y a pas abandon parce que la règle étrangère n'entre pas en jeu par miracle, mais par la désignation de notre règle de conflit ; il y a donc coordination des deux règles »²¹⁸. Une fois écartée cette objection d'abandon de souveraineté, Batiffol s'écarte de la théorie de Lerebours-Pigeonnière dans la justification qu'il élabore pour fonder la démarche du juge qui le conduit à admettre et résoudre le conflit de systèmes négatif afin de désigner la loi qui sera compétente pour régir la situation juridique internationale considérée. Selon cet auteur, la solution se trouve dans l'idée de coordination.

159. Que faut-il entendre par coordination des systèmes de conflit ? Pour le Doyen Batiffol, cette notion serait le pendant de l'harmonisation que permet l'application des règles de conflit de lois entre les différentes législations nationales qui ont vocation à régir un rapport juridique international. La notion de coordination entre les systèmes de conflit de lois devient alors à un niveau supérieur le moyen tout comme les conflits de lois de favoriser l'établissement des relations internationales ainsi que le commerce international lui-même. La notion de coordination postule ainsi une analogie entre les conflits de lois et les conflits de systèmes négatifs²¹⁹. Dès lors la coordination se réalise par l'acceptation du renvoi, qui au cours de la mise en jeu et de l'application des règles de conflit de lois, permet de coordonner la règle de conflit étrangère et celle du for dans la mesure où la solution du conflit de systèmes négatif réside dans l'application par chacun des fors impliqués de la règle de conflit de l'autre²²⁰.

²¹⁸ Batiffol & Lagarde, *Traité de droit international privé*, LGDJ, 8^e éd, 1993, page 497, §304 ; Maury, Cours de l'Académie de La Haye, 1936, I, n° 173-174

²¹⁹ Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse, Paris, 1958, page 159-160, §157

²²⁰ Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse, Paris, 1958, page 101-102, §99-100

160. Cette théorie d'admission et de justification du renvoi élaborée par le Doyen Batiffol a été confirmée par la jurisprudence de la Cour de cassation dans le cadre de la définition de l'office du juge français au cours du renvoi. En effet, selon un arrêt de Marchi rendu par la Haute cour en date du 7 mars 1938²²¹, « le renvoi fait par le droit international privé étranger à la loi française revêt en principe un caractère obligatoire. L'interprétation par le juge français des dispositions étrangères de droit international privé renvoyant à la loi française échappe au contrôle de la Cour de cassation ». La Haute juridiction fait là application de l'adage *ejus est interpretari cujus est condere*, c'est à l'auteur d'une règle qu'il convient de demander le sens de ses termes. C'est pourquoi l'interprétation de la loi étrangère échappe à la Cour de cassation dont le rôle est l'interprétation du droit français. Toutefois, la Cour a pris le soin de préciser dans un arrêt rendu le 11 juin 1996²²² la limite de ce principe : cette règle n'est pas applicable à l'office du juge français. « Le juge français, même appliquant la règle de conflit étrangère, reste un juge français dont l'office ne peut être déterminé que par la loi française »²²³. Et la Haute juridiction de préciser cet office dans un arrêt Ballestrero²²⁴ rendu postérieurement, selon lequel il appartient au juge français « dans l'usage de la règle française de conflit de lois d'appliquer, au besoin d'office, la loi (étrangère) de conflit ainsi désignée et donc la loi à laquelle celle-ci fait renvoi ».

161. Ainsi, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, il revient au juge d'appliquer la règle de conflit de lois du for afin de déterminer la loi applicable à la situation juridique qui lui est soumise. Si la mise en jeu de cette règle de conflit conduit à la désignation de la loi

²²¹ Civ, 07 mars 1938, *De Marchi della Costa c. époux de Bagneux*, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^e ed, Dalloz, n°16

²²² Civ 1^{er}, 11 juin 1996, *RCDIP* 1997, page 65, note Lagarde

²²³ Civ 1^{er}, 11 juin 1996, *RCDIP* 1997, page 68, note Lagarde

²²⁴ Civ 1^{er}, 21 mars 2000, *Ballestrero*, *RCDIP* 2000, page 399, note Ancel ; *D.* 2000, page 539, note Boulanger ; *JCP* 2000, II, 10 443, note Vignal ; *Gaz. Pal.* 25 août 2000, page 9, note Drapier ; *Gaz. Pal* 01 oct 2000, page 17, chron Brière ; *JDI* 2001, page 505, note Révillard

étrangère, il appartient au juge, selon la jurisprudence, d'appliquer toutes les dispositions pertinentes de celle-ci à la situation qui lui est soumise. En l'occurrence, les règles de conflit de lois étrangères font partie de ces dispositions et le juge du for se doit de les prendre en compte. Toutefois il s'agit pour le juge de connaître la teneur de cette loi étrangère. Si ce n'était pas le cas, il convient de mettre en œuvre les procédés de preuve de la loi étrangère. Ainsi, l'office du juge tel que définit par la jurisprudence conduit à la coordination des systèmes de conflit de lois, ce qui vient confirmer la thèse élaborée par le Doyen Batiffol pour admettre et justifier le renvoi. Une fois exposées les grandes lignes du débat qui a conduit à l'acceptation et à l'admission du renvoi par le courant majoritaire de la doctrine française à la suite des différents arrêts rendus sur cette question, il convient de confronter le renvoi et l'opération qui constitue le cas de figure envisagé à savoir le transfert international du siège social d'une société qui veut déplacer son siège statutaire en France mais laisse son siège réel dans son pays d'origine qui est un Etat d'incorporation.

b. Le transfert international de siège social et le renvoi

162. Avant de développer cette question, quelques précisions doivent être apportées concernant le renvoi. Tout d'abord, le renvoi ne peut jouer qu'à la suite de la mise en œuvre d'une règle de conflit de lois retenant un critère de rattachement unique qui ne soit ni alternatif, ni dépendant de la volonté des acteurs de la situation juridique à laquelle sera appliquée la règle de conflit c'est-à-dire indépendant de la loi d'autonomie. A partir du moment où la règle de conflit de lois appliquée entraîne une manifestation de volonté, il est normal de s'attendre à ce que le résultat de sa mise en jeu conduise à la désignation de la loi

désirée. Le renvoi fausserait ce jeu. Il en découle qu'en matière de sociétés et donc de transfert de siège social, le renvoi est admissible.

163. La confirmation de son admission en matière de sociétés est venue de la jurisprudence relative à la Banque ottomane. Plusieurs arrêts²²⁵ ayant impliqué cette banque turque ont été rendus par les juridictions françaises du premier et du second degré. Ces décisions concernaient deux litiges opposants la Banque ottomane à certains de ses actionnaires pour des motifs différents dans chaque affaire. Cependant, pour ces deux espèces s'est posée la question de la loi applicable à l'institution bancaire car les circonstances qui ont conduit à la création de la Banque ottomane ont été déterminantes de la loi qui lui était applicable selon le droit international privé français. En effet, suite aux difficultés rencontrées par l'Empire ottoman à la fin de la guerre de Crimée, le gouvernement turc devait faire appel à des investisseurs étrangers pour l'aider à organiser ses services financiers. Les capitaux auxquels il était fait appel étaient d'origine anglaise, française et autrichienne. Par un acte du 4 février 1863, le Gouvernement impérial devait accorder à ces investisseurs étrangers, essentiellement des grandes banques françaises et anglaises de l'époque, le privilège de créer une banque d'Etat qui serait la Banque ottomane. Cet acte donnait un statut d'exception à la nouvelle institution.

164. Selon les statuts de la Banque, son siège statutaire devait être localisé à Istamboul, Constantinople à l'époque, et l'Etat turc reconnaissait l'institution comme une de ses

²²⁵ Paris, 19 mars 1965, *Bakalian et Hadjithomas c. Banque ottomane*, RCDIP, 84, note Lagarde ; JDI 1966, 117, note Goldman
TC de Paris, 19 oct 1982, *Comité de défense des actionnaires de la Banque ottomane et autres c. La Banque ottomane et autres*, RCDIP 1984, page 93, note Synvet
Paris 3 oct 1984, *Comité de défense des actionnaires de la Banque ottomane et autres c. La Banque ottomane et autres*, RCDIP 1985, page 526, note Synvet ; JDI 1986, page 156, note Goldman

ressortissantes à laquelle sa loi était applicable. Toutefois l'influence des investisseurs étrangers sur la vie et l'organisation de l'institution étant loin d'être négligeable, ses statuts précisait qu'il lui était possible d'avoir son siège social réel à l'étranger même si elle continuait à dépendre du droit national turc et pouvait ouvrir avec l'autorisation du Gouvernement impérial autant de succursales qu'elle le jugeait nécessaire en dehors du territoire national. Ainsi, le siège réel de la Banque était situé au Royaume-Uni car un de ses organes situé à Londres détenait les réels pouvoirs d'un conseil d'administration et que se tenaient dans cette même ville ses assemblées générales. Ceci plaçait la Banque en dehors du régime légal général appliqué aux sociétés dans l'Empire ottoman, le droit international privé turc appliquant la théorie du siège social. Or la Banque ottomane bénéficiait d'un statut qui s'apparentait à une mise en œuvre de la théorie de l'incorporation sans que pour autant le gouvernement turc, même après la chute de l'Empire ottoman et la perte de statut de banque d'Etat par la Banque ottomane, remette en question le statut légal particulier accordé ni le régime d'exception l'accompagnant.

165. Ainsi, en raison de la complexité du statut de la Banque ottomane, les litiges l'opposant à ses actionnaires ont conduit les tribunaux français à se poser la question de la loi applicable à cette institution. Le raisonnement mené était le suivant : en application de la règle de conflit française, la loi applicable à une société est la loi du lieu de situation de son siège social réel. En l'espèce, le siège réel de la Banque ottomane étant localisé à Londres du fait que ses organes de direction, d'administration et de contrôle s'y trouvaient concentrés, la loi britannique était désignée comme applicable par la règle de conflit française qui par là même excluait la compétence de la loi française. Or le droit anglais ne devait à son tour ne pas se reconnaître compétent pour régir la Banque applicable du fait que la Grande Bretagne

applique la théorie de l'incorporation. En conséquence, le système de conflit anglais déclarant inapplicable le droit matériel national, il devait donner compétence au droit turc pays d'incorporation de la Banque ottomane. Ce raisonnement mené par les juridictions françaises conduit à ce que deux systèmes de conflit de lois se déclarent incompétents pour régir une situation juridique pour finalement en désigner un troisième qui lui se reconnaît compétent. Ici se rencontre un conflit de systèmes négatif qui conduit à un système tiers. Ce renvoi au second degré mis en œuvre par la jurisprudence permet de conclure à l'acceptation du principe du renvoi par les tribunaux français en matière de sociétés.

166. Dans le cadre du transfert international de siège social, il ne s'agit pas d'un renvoi au second degré mais d'un renvoi simple ou au premier degré car dans le cas de figure envisagé, il n'implique aucun pays tiers en dehors de l'Etat d'origine de la société et de la France. Cependant l'acceptation du principe du renvoi en matière de sociétés va permettre la coordination entre les systèmes juridiques français en tant qu'Etat d'accueil et celui de l'Etat d'origine de la société qui procède à l'opération. Concrètement, le jeu des règles de conflit de lois dans le cadre du renvoi conduit la loi de la France à être reconnue comme compétente en tant que nouvelle *lex societatis*. En effet, dans un premier temps, il convient de rappeler que tant que le critère du siège statutaire est utilisé la loi française demeure compétente selon le droit international privé français. Cependant l'évocation du principal établissement et la nécessité de procéder à sa localisation conduit suite à la consultation du système de conflits français à identifier le système juridique de l'Etat d'origine de la société considéré comme compétent une fois révélée la localisation du siège réel et sérieux de la société. La désignation de ce système amène à interroger également ses règles de conflit de lois qui renvoient alors au système juridique de l'Etat où la société veut s'incorporer c'est-à-dire à s'immatriculer à

savoir la France. Le renvoi qui est fait par l'Etat d'origine à la législation française désigne uniquement les règles substantielles du système juridique national. Par conséquent, la nouvelle *lex societatis* compétente est le droit positif français de par la mise en œuvre du renvoi.

167. En conclusion, dans le cas de figure du transfert international de siège social d'un Etat d'incorporation vers la France avec maintien du siège réel dans le pays d'origine et déplacement du siège statutaire en France conduit à désigner la loi française comme compétente en tant que nouvelle *lex societatis* soit par l'application du critère du siège statutaire soit par la mise en jeu du renvoi quand la localisation du siège social réel et sérieux est nécessaire. La compétence de la loi française présente un seul inconvénient, en application des articles L 210-3 du Code de commerce ou 1837 du Code civil, la société pourrait se voir opposer par des tiers sa loi d'origine à raison de la localisation de son établissement principal. Après avoir étudié les différents cas de figure qui se posent dans le cadre de l'hypothèse du transfert international du siège social d'un pays d'incorporation vers la France, il s'agit d'envisager ceux qui se posent dans le cadre de celle du transfert d'un pays de siège social vers la France.

168. La question de la compétence de la loi de l'Etat d'accueil de la société, la France, ne se pose pas lorsque l'entreprise migrante décide de transférer son siège social sans le dissocier. Il n'y a pas au regard du droit international privé de problématique particulière qui se pose dans le cadre d'un transfert de siège social d'un pays de siège social vers la France. Le facteur de complication est la faculté de dissociation des composantes de son siège social dont dispose une société migrante qui oblige à envisager deux cas de figure possibles qui

seront étudiés dans les propos qui vont suivre. Le premier est le transfert du siège social de la société d'un Etat de siège social vers la France avec déplacement du siège réel vers l'Etat d'accueil et maintien du siège statutaire dans le pays d'origine de l'entreprise. Le second est le transfert du siège social de la société d'un Etat de siège social vers la France avec maintien du siège réel dans le pays d'origine et déplacement du siège statutaire vers l'Etat où l'entreprise désire migrer.

B- Hypothèse d'une société originaire d'un Etat de siège social

1. Premier cas de figure : la société transfère son siège réel et sérieux en France et maintient son siège statutaire dans son pays d'origine

169. Dans ce premier cas de figure, la société en application des règles de conflits française demeure sous l'empire de sa loi d'origine tant que des tiers ne cherchent pas à invoquer son siège réel et sérieux. Cependant la consultation du système juridique d'origine de la société conduit à désigner comme compétente la loi française en application de sa règle de conflit. Par conséquent, la loi française est compétente par renvoi de la loi d'origine de la société. A partir du moment où localiser le principal établissement de l'entreprise devient nécessaire, le système de conflits français conduit à désigner la loi nationale comme applicable à la société. La loi française est donc compétente comme nouvelle *lex societatis* de la société migrante en raison du jeu des règles de conflits de lois.

170. Toutefois, procéder à un transfert de siège social en le dissociant selon le cas de figure envisagé génère une incohérence juridique au regard du droit positif français. En effet, le maintien du siège statutaire de la société dans son Etat d'origine implique que la société n'a pas été immatriculée en France. Dès lors elle ne peut bénéficier de la personnalité morale en application de l'article L 210-6 du Code de commerce et encours le risque d'être reconnue comme une société de faits. De plus, les tiers auront le choix, en raison en application de articles L 210-3 du Code de commerce ou 1837 du Code civil, d'invoquer la loi d'origine ou la loi française en fonction celle qu'ils jugeront comme leur étant la plus favorable en cas de litige. En conclusion, dans ce cas de figure, bien qu'il y ait un changement de lex societatis applicable à la société migrante il apparaît évident que la dissociation des composantes du siège social de la société migrante ne présente pas d'intérêt car elle engendre une situation juridique incohérente pour la société.

2. Second cas de figure : la société transfère son siège statutaire en France et maintient son siège réel et sérieux dans son pays d'origine

171. Dans ce second cas de figure, la société migrante décide de maintenir son siège réel sur le territoire de son pays d'origine mais veut déplacer son siège statutaire en France. Au regard du droit international privé français la société migrante est soumise au droit français tant que la nécessité de localiser son siège social réel et sérieux en raison de son invocation par des tiers n'est pas intervenue. Toutefois, lorsque le principal établissement de l'entreprise est invoqué, la règle de conflit française conduit à désigner la loi du pays de constitution de la société comme compétente, et ceci en accord avec le système de conflits de lois de cet Etat. Dès lors la décision d'une telle opération ne présente pas d'intérêt pour la migrante qui ne

change pas de *lex societatis* par application des règles de droit international privé. Une fois envisager les différents hypothèses d'une société migrante qui cherche à déplacer son siège social en France, il convient à présent d'étudier l'hypothèse où l'entreprise transfère son siège hors de France au regard de la question de la reconnaissance de cette société au cours d'une telle opération.

§2/ Le Transfert du siège social d'une société hors de France

172. Curieusement, avant tout développement, il est à noter que le transfert international du siège social hors de France est envisagé par la législation nationale à la différence du transfert vers la France comme si le droit français ne prenait pas en compte l'attractivité de la France en tant que pays d'investissement. Cette position semble paradoxale notamment au regard du contexte économique actuel, une réforme en ce sens serait bienvenue.

173. Au regard du droit international privé se posent les mêmes problématiques. Ainsi, si une société décide de transférer son siège social dans un autre pays que la France, la question de sa reconnaissance se pose au regard du droit positif de cet Etat qu'il convient de consulter. La question de la compétence de la loi de cet Etat en tant que nouvelle *lex societatis* de la société migrante ne se pose pas en droit international privé. Mais cette interrogation apparaît à partir du moment où l'entreprise migrante décide de dissocier son siège réel de son siège statutaire au moment de procéder à l'opération. Au cours des propos qui vont suivre, il va s'agir de chercher à y répondre afin de déterminer si la société qui entend procéder à un tel type de transfert peut le faire et quel intérêt présente l'opération pour elle. Deux sous-paragraphes porteront sur l'étude de ces questions :

Sous-paragraphe A : Hypothèse du transfert vers un Etat d'incorporation

Sous-paragraphe B : Hypothèse du transfert vers un Etat de siège social

A- Hypothèse du transfert vers un Etat d'incorporation

1. Premier cas de figure : la société transfère son siège réel et sérieux dans le pays d'incorporation et maintient son siège statutaire en France

174. Dans ce cas de figure, la consultation du système de conflit de lois de l'Etat d'accueil, pays d'incorporation, pour déterminer la loi et les conditions selon lesquelles la société migrante est susceptible d'être reconnue en tant que personne morale amène à conclure que la société demeure soumise à la loi de l'Etat où elle a été régulièrement incorporée c'est-à-dire la France où elle veut maintenir son siège statutaire²²⁶. Quant à la règle de conflit française, elle désigne la loi française compétente en tant que loi du pays du siège statutaire à moins que le siège réel et sérieux de l'entreprise ne soit invoqué par des tiers et ne soit localisé. Dans ce cas, au regard du système de conflits de lois français, la loi de l'Etat d'incorporation sera reconnue comme compétent mais par renvoi, la loi française sera reconnue comme compétente. Par conséquent, cette opération ne présente pas d'intérêt pour la société qui désire transférer son siège social dans la mesure où elle demeure soumise à sa loi d'origine.

²²⁶ Dicey & Morris, *Dicey and Morris on the conflict of laws*, Sweet & Maxwell, 13^e éd, 2000, page 1102, Clause (1) of the Rule 152

175. Par conséquent, si elle veut transférer son siège la société migrante va devoir et est conduite à s'incorporer dans l'Etat qui l'accueille afin de se rattacher à son système juridique : elle devra alors procéder au transfert de son siège statutaire vers son Etat d'accueil. En effet, les juges anglo-saxons n'accordent pas la jouissance de la personnalité morale à une société qui n'a pas été régulièrement incorporée sur le territoire de l'Etat dont ils représentent la justice. Les seules circonstances qui pourraient « amener un tribunal à considérer qu'il existe une personnalité morale sans incorporation valide antérieure [seraient]...celles où il [serait]...nécessaire de protéger des tiers à la suite d'échanges fondés sur une apparence d'incorporation »²²⁷. Dès lors la question qui se pose est la détermination de la nature de cette incorporation : va-t-il s'agir d'une incorporation en tant que telle qui conduit à la création d'une nouvelle personne morale ou s'agit-il d'une simple incorporation informative ? En l'occurrence, la réponse la plus logique à cette interrogation pour rendre l'opération de transfert international de siège social réel possible est de voir dans cette incorporation non la création d'une nouvelle personne morale mais le biais par lequel la société se fait reconnaître en tant que personne morale, sujet de droits au sein du système juridique qu'elle intègre. Toutefois, ainsi que cela a déjà été exposé, une incorporation ne peut pas être considérée déclarative selon un point de vue doctrinal, il convient de se référer à la législation nationale en matière de sociétés de l'Etat vers lequel la société désire migrer pour déterminer si la société est susceptible d'être reconnue par le système juridique de son Etat d'accueil en tant que personne morale déjà existante. Ceci est déterminant de la possibilité de réalisation du transfert de siège social entendu au sens de cette étude, c'est-à-dire sans que la réalisation de l'opération porte atteinte à l'existence de la personne morale initialement créée dans le pays d'origine de la société migrante. Une fois envisager la possibilité du transfert international de

²²⁷ Alain Prujiner, « La personnalité morale et son rattachement en droit international privé », *Les Cahiers de Droit*, vol. 31, n°4, 12/1990, page 1049-1073

siège social d'une société de la France vers un pays d'incorporation avec maintien du siège statutaire dans le pays d'origine de la société et transfert du siège réel vers le pays où elle désire être accueillie, il convient naturellement d'examiner le second cas précédemment évoqué.

2. Second cas de figure : la société transfère son siège statutaire dans le pays d'incorporation et maintient son siège réel et sérieux en France

176. Dans ce cas de figure, l'opération, à condition que l'incorporation dans l'Etat d'accueil n'implique pas que la société est à se reconstituer pour être reconnue, a pour conséquence de déclencher la compétence la loi de cet Etat en accord avec son système de conflits de lois. En accord également avec le système français, le siège statutaire de la société étant localisé dans un autre Etat, il revient à la loi de l'Etat d'accueil de s'appliquer en tant que nouvelle *lex societatis* à moins que ne soit évidemment invoqué le principal établissement de la société maintenu en France, ce qui maintiendrait la compétence de la loi française. Le cas de figure envisagé étalant ses effets dans le temps et dans l'espace car il y a un risque de conflit de systèmes positifs, il apparaît alors qu'il génère un conflit mobile qui doit être résolu en accord avec les principes de droit international privé transitoire qui ont été dégagés par la doctrine française. Dès lors la loi française aura compétence pour régir la naissance de la société et les effets juridiques passés conséquents à cette naissance et antérieurs au transfert de siège social. Elle ne saurait avoir d'effet rétroactif. Quant à la loi du pays d'accueil, elle est compétente pour s'appliquer à tous les effets futurs donc postérieurs au transfert. Cette loi est donc la nouvelle *lex societatis* applicable à la société migrante.

177. Cependant même si la nouvelle loi applicable à la société au regard du droit international privé est celle du lieu où elle a voulu transférer son siège statutaire, la situation présente une incohérence certaine. Le fait de maintenir une activité sur le territoire français par le biais d'un établissement principal pose pour la société la question du risque d'être reconnue en tant que société de fait par le juge français car elle ne serait pas immatriculée en France. Ce risque est un inconvénient majeur pour une société qui désire migrer d'un Etat vers un autre donc ne plus être soumise à sa loi d'origine. Il semblerait logique de ne pas considérer ce cas de figure de transfert comme possible en raison des conséquences qu'il pourrait entraîner pour l'entreprise migrante. Une fois étudié le transfert international de siège social hors de France vers un pays d'incorporation, il convient d'examiner la seconde hypothèse envisageable : le transfert international du siège social de l'entreprise hors de France vers un pays appliquant la théorie du siège social.

B- Hypothèse du transfert vers un Etat de siège social

1. Premier cas de figure : la société transfère son siège statutaire dans le pays de siège social et maintient son siège réel et sérieux en France

178. Deux rappels s'imposent avant toute étude. Tout d'abord, le fait de procéder au transfert international à la fois du siège statutaire et du siège réel par la société migrante implique de consulter directement le droit du pays par lequel elle désire être accueillie. Elle doit s'assurer de sa reconnaissance en tant que personne morale par cet Etat avant de déplacer son siège social. Il n'y a pas à proprement parler de problématique de droit international privé

qui se pose alors. Enfin, si la société décide de ne procéder qu'au transfert de son siège statutaire sur le territoire du pays où elle désire migrer, cet Etat ne reconnaîtra pas sa loi comme compétente en tant que nouvelle *lex societatis* de la société migrante conformément à sa règle de conflit de lois. Par rapport au droit international privé français, si le fait de transférer le siège social de l'entreprise lui permettrait d'être soumise à la loi de son Etat d'accueil, il ressort que la localisation du principal établissement de l'entreprise conduirait forcément à désigner la loi française comme restant compétente pour régir la société. Cette opération ne présente donc aucun intérêt pour la société qui demeure sous l'empire de sa loi d'origine.

2. Second cas de figure : la société transfère son siège réel dans le pays de siège réel et sérieux et maintient son siège statutaire en France

179. Dans le cadre du transfert international de siège social de la France vers un Etat de siège social, le dernier cas de figure à étudier est celui où la société décide de maintenir son siège statutaire en France et de déplacer son siège réel dans le pays où elle veut émigrer. Au regard du droit international privé de son Etat d'accueil, la société peut se voir appliquer sa loi nationale en tant que nouvelle *lex societatis*. Au regard du droit international privé français, si le critère du siège statutaire peut conduire dans un premier temps à maintenir la société sous l'empire de sa loi d'origine, la nécessité de localiser la siège réel et sérieux de l'entreprise conduira forcément à reconnaître la loi de l'Etat d'accueil de la société comme applicable.

180. La question qui se pose alors est de savoir quel est l'impact du maintien du siège statutaire de la société migrante en France en considération du système juridique de l'Etat

d'accueil. Si le changement de *lex societatis* recherché a bien lieu, il semble cependant difficile de concevoir que le droit positif de l'Etat d'accueil de la société reconnu compétent selon les règles de conflit de lois ne prévoit pas une obligation d'immatriculation pour toute société désirant s'installer sur son territoire. Il convient également de s'intéresser à la nature de cette immatriculation : est-elle déclarative ou constitutive d'une nouvelle personnalité morale pour la société ? Dès lors que l'obligation d'immatriculation est constitutive elle rend ce type d'opération de transfert impossible au regard de la survie de la personnalité morale de la société au cours de l'opération de transfert.

181. En conclusion, au travers de l'étude des différentes hypothèses possibles de transfert de siège social vers et à partir de la France, il apparaît que la condition de la reconnaissance de la personne morale en droit international privé est difficile à remplir à partir du moment où une société décide de dissocier les composantes de son siège social à savoir son siège réel de son siège statutaire, et ce même si elle peut survivre en tant que personnalité morale au cours de sa migration. Par conséquent, pour pouvoir réaliser le transfert de son siège social la société ne doit pas procéder à une dissociation des éléments qui le composent. Ceci limite les opportunités de réalisation d'un transfert. Cependant, au-delà de la possibilité potentielle sur le plan juridique de pouvoir procéder à un transfert international de siège social, la question de l'opportunité de sa réalisation se pose. Il s'agit en effet d'une opération généralement très lourdement imposée. Il semblerait aujourd'hui que les praticiens des affaires choisissent d'autres voies pour exercer la mobilité internationale de leurs sociétés notamment au moyen de fusions acquisitions, de créations de succursales ou de filiales. L'influence du droit européen va-t-elle rendre la réalisation d'un transfert international plus facile ? Pour répondre

à cette question, il convient d'étudier la reconnaissance de la personnalité morale de la société migrante en droit communautaire.

§3/ La reconnaissance de la personnalité morale de la société migrante en droit communautaire

182. Avant de répondre à la question de l'influence du droit communautaire sur la question de la reconnaissance de la personnalité morale d'une société au cours d'un transfert international de siège social, la lecture de l'article 293 (ex-220) alinéa 3 du Traité amène à se demander quel ordre juridique est compétent dans l'espace communautaire pour régir cette interrogation. En effet, l'article dispose que « Les Etats membres s'engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants : [...] –la reconnaissance mutuelle des sociétés [...], le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert de siège du siège de pays en pays [...] » afin de permettre aux sociétés, ressortissantes européennes d'être mobile sur le territoire de l'Union européenne. Cependant de ce texte, il ne se déduit pas à quels ordres juridiques, étatiques ou communautaire, il revient de définir dans quelles conditions la personnalité juridique d'une société qui transfère son siège sera reconnue. Les Etats membres doivent s'entendre pour permettre aux sociétés européennes d'exercer leur liberté d'établissement. Mais le Traité n'indique pas à quels ordres juridiques, du communautaire ou des nationaux, la compétence doit être attribuée. Ce doute est renforcé par la jurisprudence de la CJCE. Deux sous-paragraphes seront porteront sur l'étude de ces questions :

Sous-paragraphe A : La répartition de compétence entre les ordres juridiques communautaire et nationaux

Sous-paragraphe B : La reconnaissance de la personnalité morale en droit communautaire

A- La répartition de compétence entre les ordres juridiques communautaire et nationaux

183. En effet, partant de l'affirmation que les sociétés sont des entités n'ayant d'existence qu'au travers des ordres nationaux au sein desquels elles ont été créées et ont acquis la personnalité morale²²⁸, la Cour européenne conclut dans le vingt-troisième considérant de son arrêt Daily Mail : « Il y a donc lieu de constater que le traité considère la disparité des législations nationales concernant le lien de rattachement exigé pour leurs sociétés ainsi que la possibilité, et, le cas échéant, les modalités d'un transfert du siège, statutaire ou réel, d'une société de droit national, d'un Etat membre à l'autre, comme des problèmes qui ne sont pas résolus par les règles sur le droit d'établissement, mais qui doivent l'être par des travaux législatifs ou conventionnels lesquels, toutefois, n'ont pas encore abouti. ». Il ressortait des termes employés par la CJCE que la compétence de définir dans quelles conditions la personnalité juridique d'une société qui transfère son siège serait reconnue n'est pas attribuée en particulier à l'un des ordres juridiques en particulier. Il s'agissait plutôt de l'affirmation que le droit communautaire n'envisageait pas la question d'une répartition de compétence entre l'ordre juridique communautaire et ceux des Etats membres. Le résultat serait que le

²²⁸ Point 19 de l'arrêt Daily Mail

« ... les sociétés sont des entités créées en vertu d'un ordre juridique et, en l'état actuel du droit communautaire, d'un ordre juridique national. Elles n'ont d'existence qu'à travers les différentes législations nationales qui en déterminent la constitution et le fonctionnement. »

droit communautaire ne se dégagerait pas mais ne s'engagerait pas non plus à légiférer sur la question.

184. La prise de position de la CJCE ne laissait pas le choix quant à la conclusion à tirer. Dans la mesure où les conventions qui ont été élaborées sur la question – la Convention de La Haye du 1^{er} juin 1956 relative à la reconnaissance des personnes morales étrangères et la Convention de Bruxelles du 29 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés – ne sont jamais entrées en vigueur, il conviendrait de se référer au droit international privé des différents Etats membres de l'Union européenne pour pouvoir apporter une réponse à la question de la reconnaissance de la personne morale dans le cadre d'un transfert intra-communautaire de siège social. En effet, si le droit international privé de chaque Etat membre ne prenait pas le relais sur la question du transfert international de siège social, un vide juridique apparaîtrait en la matière dans l'espace communautaire²²⁹.

185. La CJCE devait répondre elle-même aux interrogations suscitées par sa jurisprudence en plusieurs étapes. Si dans un premier temps, l'arrêt *Daily Mail* a marqué le refus par la CJCE de reconnaître l'existence d'un droit d'une société de transférer son siège social et écarté l'application du droit communautaire au profit éventuel de l'application de dispositions nationales, l'arrêt *Centros* a marqué un infléchissement de la jurisprudence de la CJCE en écartant l'application du droit national de l'Etat membre d'accueil dont il y avait eu volonté de le contourner au profit de l'application de la liberté d'établissement. Quant à l'arrêt *Überseering*, il a apporté la réponse à la question de la compétence des ordres juridiques

²²⁹ CJCE, 05 nov 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, RCDIP 2003, 508, note Lagarde

posée précédemment. Enfin l'arrêt *Cartesio*²³⁰ pose les conditions d'exercice de la liberté d'établissement au cours d'une opération de transfert de siège social intracommunautaire.

186. Les points développés dans le corps de l'arrêt *Überseering* reposent sur deux séries d'arguments qui permettent d'écarter l'interrogation suscitée par l'arrêt *Daily Mail* à la suite du dispositif affirmé par la CJCE dans le vingt-troisième point de cet arrêt. Dans un premier temps, la CJCE²³¹ prend le soin de préciser que les dispositions de l'article 293 (ex-220) du Traité ne subordonnent pas la reconnaissance par les autres Etats de l'Union européenne des sociétés ressortissantes d'un Etat membre à la conclusion d'une convention entre les Etats membres. Il n'y a pas de réserve de compétence au profit des Etats membres qui découle de cet arrêt²³² puisque les articles 43 et 48 du Traité sont reconnus d'effet direct²³³. Dans un deuxième temps, la Cour européenne établit un ordre de compétence dans le cinquante-quatrième point de sa décision. Les Etats membres ne retrouvent leur compétence pour résoudre les questions posées par un transfert de siège que lorsque les textes fondateurs de la Communauté européenne ne permettent pas de réaliser les objectifs du Traité. Finalement la réponse est la prise en compte par le droit communautaire de cette question. Il en découle qu'il s'agit de se référer aux droits nationaux et notamment au droit international privé de chacun des Etats membres pouvant être impliqués en tant qu'Etat d'origine et d'accueil de la

²³⁰ CJCE, 16 déc 2008, n° C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, *Rec Dalloz*, page 465

²³¹ Point 60 de l'arrêt *Überseering*

« Dès lors, il n'est pas nécessaire que les Etats membres adoptent une convention relative à la reconnaissance mutuelle des sociétés pour que celles qui remplissent les conditions énoncées à l'article 48 CE puissent exercer la liberté d'établissement qui leur est reconnue par les articles 43 CE et 48 CE, lesquels sont directement applicables depuis la fin de la période de transition. Partant, aucun argument de nature à justifier une limitation du plein effet de ces articles ne saurait être tiré du fait qu'aucune convention relative à la reconnaissance mutuelle des sociétés n'a à ce jour été adoptée sur le fondement de l'article 293 CE. »

²³² CJCE, 05 nov 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, *Bull Joly Sociétés* avril 2003, 452, n°91, note Luby

²³³ CJCE, 05 nov 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, *Europe* 01/2003, 20, n°20, note Idot

société qui transfère son siège social, seulement si le droit communautaire faut dans la réalisation de sa mission. Cette prévalence de compétence accordée à la Communauté marque le respect d'un des principes fondamentaux du droit communautaire, celui de sa primauté sur les droits nationaux²³⁴. L'arrêt Cartesio est venu confirmer ce point. En effet, en considération des deux types de siège social envisagé par la CJCE dans son arrêt, il ressort que lorsqu'il y a un changement de lex societatis la liberté d'établissement s'applique d'abord et prédomine sur le droit de l'Etat d'origine de la société migrante puis seulement le droit national de son Etat d'accueil peut entrer en jeu dans un deuxième temps. Quant au second type de transfert de siège social qui se produit sans changement de lex societatis et que la CJCE considère comme sortant du champ d'application du droit communautaire, la liberté d'établissement ne s'y applique pas et il appartient à l'Etat de constitution de la société de poser le critère de rattachement de la société à son système juridique mais aussi les conditions permettant de maintenir ce lien en reconnaissant la société en tant que personne morale. Au regard des derniers développements de la jurisprudence européenne, la question se pose : comment le droit communautaire encadre-t-il la reconnaissance de la personnalité morale des sociétés ressortissantes des Etats membres de l'Union européenne ?

²³⁴ Point 54 de l'arrêt Überseering

« ...l'article 293 CE ne constitue pas une réserve de compétence législative entre les mains des Etats membres. Si cette disposition invite les Etats membres à engager des négociations afin, notamment, de faciliter la solution des problèmes résultant de la disparité des législations relatives à la reconnaissance mutuelle des sociétés et au maintien de leur personnalité juridique en cas de transfert transfrontalier de leur siège, c'est uniquement « en tant que de besoin », c'est-à-dire, dans l'hypothèse où les dispositions du traité ne permettent pas de réaliser les objectifs du traité. »

B- La reconnaissance de la personnalité morale en droit communautaire

1. L'influence de la jurisprudence de la CJCE sur la reconnaissance de la personnalité morale

187. Pour répondre à cette question, cette problématique doit être abordée à la lumière de la jurisprudence de la CJCE notamment l'arrêt *Überseering* qui distingue l'Etat d'origine de l'Etat d'accueil de la société migrante²³⁵ et l'arrêt *Cartesio* qui pose la somme *divisio* entre le transfert de siège social sans ou avec changement de *lex societatis*. Dans le premier cas, il s'agit de se conformer au droit international privé de l'Etat d'origine de la société car la CJCE a considéré que cette opération ne relevait pas du champ d'application de la liberté d'établissement. Dès lors, il convient de se référer aux développements qui ont précédé sur la reconnaissance de la personnalité morale au cours d'un transfert international de siège social en droit international privé classique français. Dans le second cas, la liberté d'établissement s'appliquant, il s'agit de consulter la loi de l'Etat d'accueil de la société pour savoir si la société peut bénéficier de la personnalité morale en se rattachant à son système juridique et par ce biais exercer son droit à transférer son siège social de son Etat de constitution vers celui où elle désire migrer sachant que doivent être éventuellement prises en compte les

²³⁵ Point 70 de l'arrêt *Überseering*

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

restrictions que pourraient imposer l'Etat d'origine de la société au nom de la protection de l'intérêt général conformément à la jurisprudence communautaire.

188. Selon l'arrêt *Überseering*, peu importe que l'Etat d'accueil applique quant à lui la théorie de l'incorporation et du siège social. En effet, il ne lui appartient pas de refuser de reconnaître la capacité juridique d'une société constituée conformément au droit d'un autre Etat membre²³⁶. L'Etat d'accueil se doit de reconnaître la personnalité morale de la société migrante, notamment sa capacité juridique à partir du moment où elle la conserve au regard du droit de l'Etat membre où elle s'est constituée. Dans le cas contraire, l'Etat d'accueil entrave la liberté d'établissement de la société migrante. Dans l'arrêt *Cartesio*, la CJCE en encadrant le transfert international de siège social entraînant un changement de la *lex societatis* applicable à une société se conforme à sa jurisprudence antérieure. En effet, cet arrêt ne porte que sur la législation de l'Etat d'origine de la société. Elle maintient la distinction entre l'Etat de constitution de la société et son Etat d'accueil à qui il revient de déterminer la possibilité de réaliser le changement de loi applicable pour autant qu'il le permette²³⁷. Toutefois l'arrêt *Überseering* fait peser une obligation sur cet Etat : il ne doit pas entraver l'opération de transfert par des restrictions contraires à la liberté d'établissement. Des deux arrêts précités il est possible de déduire un point commun dans la démarche des Etats membres impliqués dans une telle opération : ils ne peuvent édicter des restrictions qui soient contraires à la liberté d'établissement et non conforme à la notion d'intérêt général tel que définie dans la jurisprudence européenne.

²³⁶ Point 94 de l'arrêt *Überseering*

²³⁷ Point 112 de l'arrêt *Cartesio* ; CJCE, 16 déc 2008, *Cartesio*, note Gérard Jazottes, *RTD Com 2009*, page 227

189. Ceci est confirmé par les conclusions rendues par l'Avocat général relatives au litige soumis à la Cour. Il a également défini les limites dans lesquelles ces restrictions pouvaient être prises. Il a en effet estimé que « ...le cadre jurisprudentiel existant permet d'examiner la compatibilité avec le traité CE des restrictions qui ont pour objet ou pour effet de limiter l'exercice de la liberté d'établissement des personnes juridiques protégées par l'article 48 CE, en vertu des règles générales que la Cour de justice a définies, à savoir que lesdites restrictions ne peuvent être en tant que telles discriminatoires, qu'elles doivent se justifier par des raisons impérieuses d'intérêt général et qu'elles doivent être adéquates et proportionnées pour atteindre l'objectif poursuivi. À l'instar d'autres disciplines juridiques, ce type d'analyse – strictement communautaire – ne peut espérer modeler le droit national considéré, en particulier, le droit international privé. Cela dit, le régime national en question doit être interprété de manière conforme au droit communautaire ou, à défaut, les restrictions imposées doivent être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général. »²³⁸. Ceci conduit à soulever les questions de la fraude à la loi et de la notion d'intérêt général dans le cadre de la jurisprudence de la Cour européenne. Des développements particuliers seront consacrés ultérieurement à ces problématiques dans le cadre de cette étude.

190. Il est à noter que de l'organisation des compétences des Etats membres impliqués dans un transfert international de siège social telle que posée par l'arrêt *Cartesio*, il découle que le conflit mobile pouvant être engendré par une telle opération n'est pas résolu par la jurisprudence de la CJCE mais tout simplement écarté. Relevant du domaine d'application de la liberté d'établissement et donc du droit communautaire le transfert de siège social avec changement de *lex societatis* implique que la compétence de la loi de l'Etat d'accueil en tant

²³⁸ Point 43 des conclusions de l'Avocat général Damaso Ruiz-Jarabo Colomer, *Rec* 2002, page 1

que loi applicable à la société migrante succède à la loi de son Etat d'origine. Le facteur temps étant neutralisé par la jurisprudence de la CJCE, il ne peut y avoir de conflit mobile dans l'espace communautaire dans le cadre d'une opération de transfert international relevant du champ d'application de la liberté d'établissement.

191. Enfin, en date du 28 juillet 2010, le Legfelsőbb Bíróság, juridiction hongroise, dans le cadre d'une affaire qui implique la société hongroise VALE Építési Kft, a posé quatre questions préjudicielles²³⁹ relatives à la problématique du rôle que doit jouer l'Etat d'accueil dans le cadre d'un transfert international intracommunautaire et des conditions dans lesquelles doit intervenir la reconnaissance de la société migrante par le droit national de l'Etat membre par lequel elle souhaite être reçue. Selon l'arrêt *Cartesio*, le transfert de siège social qui s'accompagne d'un changement de *lex societatis* relève du champ d'application de la liberté d'établissement. Les conditions du transfert décrite dans la première question²⁴⁰ posée par la juridiction hongroise – la radiation de la société migrante dans son Etat d'origine, un nouvel constitutif en conformité avec le droit de l'Etat d'accueil – laissent supposer que l'opération s'est faite avec un changement de *lex societatis*. Ceci appellerait de la part de la Cour une réponse positive à la première question posée en accord avec sa jurisprudence.

²³⁹ CJCE, 28 juil 2010, *Demande de décision préjudicielle, Aff C-378/10, JOUE C317*, 20 nov 2010, page 13

²⁴⁰ *Aff C-378/10, JOUE C317*, 20 nov 2010, page 13 : « L'Etat membre d'accueil doit-il prendre en considération les articles 43 CE et 48 CE lorsqu'une société constituée dans un autre Etat membre (l'Etat d'origine) y transfère son siège social, tout en étant radiée — pour ce motif — du registre des sociétés de l'Etat membre d'origine, que les actionnaires de la société approuvent le nouvel acte constitutif dressé en conformité avec le droit de l'Etat d'accueil et que la société demande son inscription dans le registre des sociétés de l'Etat membre d'accueil conformément au droit de celui-ci? »

192. Par contre la seconde question²⁴¹ posée appellerait une réponse négative ferme et claire au regard de ses termes. En effet, il ressort de la jurisprudence de la CJCE qu'un Etat membre d'accueil ne peut dénier le droit à une société ayant acquis la personnalité juridique sur le territoire d'un autre Etat membre « de transférer son siège social dans l'Etat d'accueil et d'y continuer son activité selon le droit de cet Etat ». Cette prise de position de l'Etat d'accueil constituerait en accord avec la jurisprudence de la CJCE une entrave à l'exercice de sa liberté d'établissement par la société migrante à moins que cette restriction ne soit justifiée par des raisons d'intérêt général et soit adéquate et proportionnée. Or il apparaît dans la jurisprudence de la CJCE que la Cour de Luxembourg n'a jamais accepté ce motif comme une justification valable d'une entrave à la liberté d'établissement des sociétés, ressortissantes de l'Union européenne.

193. Les principes jurisprudentiels posés par la CJCE concernant les restrictions à l'exercice de la liberté d'établissement appelleraient, tout comme à la seconde question, une réponse négative à la première partie de la troisième question²⁴² posée par le Legfelsőbb Bíróság. Une réponse négative se justifierait d'autant que la démarche de l'entreprise migrante qui consiste à rendre l'opération de transfert transparente et informative pour les

²⁴¹ *Aff C-378/10, JOUE C317*, 20 nov 2010, page 13 : « Si la première question doit recevoir une réponse affirmative, faut-il interpréter les articles 43 CE et 48 CE en ce sens qu'y est contraire une réglementation ou pratique d'un Etat membre (d'accueil) qui dénie à une société régulièrement constituée selon le droit d'un autre Etat membre (d'origine) le droit de transférer son siège social dans l'Etat d'accueil et d'y continuer son activité selon le droit de cet Etat? »

²⁴² *Aff C-378/10, JOUE C317*, 20 nov 2010, page 13 : « Est-il important, pour répondre à la deuxième question, de tenir compte du motif pour lequel l'Etat membre d'accueil refuse à la société demanderesse l'inscription au registre, et plus particulièrement

- du fait que la société demanderesse mentionne la société constituée dans l'Etat membre d'origine, et radiée du registre des sociétés de celui-ci, en tant que prédécesseur en droit dans son acte constitutif reçu dans l'Etat d'accueil et demande que ledit prédécesseur soit mentionné dans le registre des sociétés de l'Etat d'accueil comme son propre prédécesseur en droit? »

tiers en mentionnant la société constituée dans l'Etat d'origine comme son prédécesseur en droit. De plus, cette mention ne fait finalement état que du fait de la continuité de la personne morale reconnue par la jurisprudence de la CJCE dans le cadre d'un transfert international de siège dans l'espace communautaire entraînant un changement de *lex societatis*. En ce qui concerne la seconde partie de la troisième question²⁴³ posée par à la CJCE, il découle de l'arrêt *Überseering* qu'un Etat d'accueil doit prendre en compte la personnalité morale acquise par une société en conformité avec le droit d'un Etat membre. Par conséquent, un Etat membre d'accueil ne serait ignoré un acte constitutif conforme à la législation de l'Etat membre d'origine de la société qui procède au transfert de son siège comme un moyen d'entraver l'exercice par cette société de sa liberté d'établissement. En effet, cet acte de constitution est justement l'acte qui fonde le droit de la société à exercer sa liberté d'établissement.

194. Quant à la quatrième question²⁴⁴ posée, elle appellerait une double réponse. Dans son arrêt *Cartesio*, la CJCE a posé très clairement la distinction entre les différentes catégories de transfert de siège. Le transfert de siège qui intervient sans changement de loi applicable ne relève pas du domaine d'application du droit communautaire. Le transfert de siège international intracommunautaire avec changement de loi entre dans le champ du droit

²⁴³ *Aff C-378/10, JOUE C317*, 20 nov 2010, page 13 : « - du point de savoir si, en cas de transformation internationale intracommunautaire, l'Etat d'accueil a l'obligation de tenir compte, lorsqu'il examine une demande d'enregistrement d'une société, de l'acte de l'Etat membre d'origine par lequel le fait du transfert du siège social a été consigné dans le registre des sociétés dudit Etat membre, et, s'il doit en tenir compte, dans quelle mesure? »

²⁴⁴ *Aff C-378/10, JOUE C317*, 20 nov 2010, page 13 : « L'Etat membre d'accueil peut-il examiner une demande d'enregistrement introduite dans cet Etat par une société réalisant une transformation internationale intracommunautaire en appliquant les règles de son droit interne concernant la transformation des sociétés au niveau national, c'est-à-dire en exigeant de la société que celle-ci réunisse toutes les conditions que son droit interne impose en cas de transformation nationale (par exemple, la préparation d'un bilan et d'un inventaire des actifs), ou bien les articles 43 CE et 48 CE obligent-ils cet Etat à distinguer la transformation internationale intracommunautaire et la transformation au niveau national, et, si tel est le cas, dans quelle mesure? »

communautaire car il implique la transformation d'une société dans l'espace juridique européen qui est unitaire et cohérent. En conséquence, l'Etat d'accueil devrait bien faire la distinction entre les deux types de transformations évoquées dans la quatrième question posée par la juridiction hongroise, le transformation international intracommunautaire c'est-à-dire le transfert de siège international avec changement de lex societatis relevant seul des articles 43 et 48 CE. Par ailleurs, s'il appartient à l'Etat membre qui accueille une société migrante et ressortissante communautaire de reconnaître sa personnalité morale acquise dans son Etat d'origine et qui lui permet de bénéficier de la liberté d'établissement, il lui appartient également de le faire en conformité avec son droit national afin de garantir la continuité et maintien de cette personnalité morale. Ceci a pour finalité de limiter les restrictions à la liberté d'établissement et d'en favoriser l'exercice. En conclusion, s'il convient d'attendre les réponses que la CJCE apportera aux questions posées par le Legfelsőbb Bíróság, il ressort de ces interrogations une certaine volonté de remettre en question la continuité de personne morale posée par la CJCE dans sa jurisprudence qui conduit l'Etat d'accueil à devoir la reconnaître lors d'un transfert de siège avec changement de loi applicable. Si la CJCE venait à remettre en question ce lien, ceci impliquerait un revirement de jurisprudence pour la Cour Européenne contraire à la ligne de jurisprudence qu'elle a développé jusqu'à ce jour en matière de liberté d'établissement et de mobilité des sociétés. Ce revirement semble donc très improbable.

2. L'influence de la jurisprudence de la CJCE et la théorie du siège social

195. Suite à l'arrêt *Cartesio*, il apparaît que la théorie du siège social a encore de beaux jours devant elle. La question de l'impact de la jurisprudence européenne sur l'application de

la théorie du siège social se pose avec ironie. D'aucuns ont pu craindre sa disparition mais cela ne semble pas être le cas et parler de renaissance est exagéré²⁴⁵. Il paraît plus approprié de dire que le droit communautaire a limité le champ d'application et la portée de cette théorie. Le champ d'application de la théorie du siège social est réduit et dans le même temps sa portée n'est plus générale car la Cour applique une lecture littérale et orthodoxe des articles 48 CE et 43 CE au travers de sa jurisprudence. En effet, au cours d'un transfert international de siège social avec changement de loi applicable, la théorie du siège à vocation à s'appliquer sans aucune limitation au moment de la constitution de la société dont le siège devra être déplacé si les associés qui la constituent décident qu'elle doit d'être rattachée à un Etat membre appliquant cette théorie. En effet, pour pouvoir bénéficier de la liberté d'établissement accordée par les textes communautaires, la société doit pouvoir se prévaloir d'être valablement constituée selon le droit de l'Etat membre d'origine²⁴⁶. Par la suite, une fois entrée dans le champ d'application du droit communautaire en passant par le filtre de l'Etat membre de constitution, ce dernier ne pourra invoquer la théorie du siège social pour limiter la mobilité de la société migrante au sein de l'Union Européenne notamment en invoquant la dissolution puis la reconstitution de la société migrante au nom de la théorie qu'il applique. La portée de la théorie du siège social se voit alors limitée dans ses effets à partir du moment où le droit communautaire entre en jeu et ceci est confirmé par le maintien des principes posés par la jurisprudence *Daily Mail* qui exclut du champ d'application communautaire le transfert de siège social sans changement de loi.

²⁴⁵ CJCE, 16 déc 2008, n°C210-06, *Cartesio*, note Reinhard Dammann, *Bull joly Sociétés*, 1 juin 2009, n°6, page 593

²⁴⁶ CJCE, 16 déc 2008, n°C210-06, *Cartesio*, note Reinhard Dammann, *Bull joly Sociétés*, 1 juin 2009, n°6, page 593

196. De même, une fois effectué le transfert international de siège social avec changement de lex societatis, l'Etat d'accueil de la société si lui-même applique la théorie du siège social, conformément à l'arrêt *Überseering*, n'aura pas d'autre choix que de reconnaître la personnalité morale accordée par l'Etat membre d'origine de la société²⁴⁷ à moins que des restrictions légitimes et qui ne contreviennent pas à l'exercice de la liberté d'établissement par société migrante, et ce sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait de dissolution puis de reconstitution de cette dernière. La portée de la théorie du siège social est encore limitée par la mise en jeu du droit communautaire : si le critère du siège social est maintenu en tant que critère de rattachement des sociétés ressortissantes européennes en accord avec l'article 48 CE et au même titre que la siège statutaire ou l'administration centrale, il ne peut être utilisé comme un argument pour priver une société de sa liberté d'établissement en raison de l'application de la théorie du siège social. Par conséquent, il ne peut être soutenu que la CJCE cherche à faire disparaître la théorie du siège social. Elle ne fait qu'en réguler l'application et les effets contraires au droit communautaire conformément au principe de primauté de celui-ci sur les droits nationaux des Etats membres. Il n'y a pas d'immunité des législations des Etats membres face aux principes posés par le droit communautaire²⁴⁸.

197. Un facteur a pu favoriser l'inquiétude doctrinale relative à la survie de la théorie du siège social. Comme cela ressortait des faits de l'arrêt *Überseering* exposés précédemment, cette décision concernait une société considérée comme migrante d'un Etat membre appliquant la théorie de l'incorporation à un Etat appliquant celle du siège social. Or dans les

²⁴⁷ CJCE, 16 déc 2008, n°C210-06, *Cartesio*, note Gilbert Parléani, *Revue des sociétés* 2009, page 147

²⁴⁸ Point 112 de l'arrêt *Cartesio* ; Louis d'Avout, sylvain Bollée, « Droit du commerce international : août 2008 – août 2009 », *Recueil Dalloz* 2009, page 2384

arrêts Centros comme Daily Mail, si l'Etat d'origine appliquait la théorie de l'incorporation, les sociétés impliquées dans ces espèces avaient pour but d'exercer leur liberté d'établissement vers des Etats d'accueil appliquant la théorie de l'incorporation. Il était possible alors de se demander si, par la jurisprudence, la CJCE prenait en compte la théorie du siège ou ne s'en préoccupait pas voire même avait fait le choix de la théorie de l'incorporation.

198. Pour mémoire l'arrêt Centros concernait une société constituée par un couple de danois au Royaume-Uni sans y exercer la moindre activité. Le droit anglais, à la différence du droit danois, n'imposait aucune réglementation relative au capital minimum ni aux conditions de sa libération. Une fois constituée la société a voulu créer une succursale au Danemark et s'est heurtée au refus des juridictions danoises considérant qu'il s'agissait d'un law shopping abusif, destiné à éviter l'application des règles impératives du droit des sociétés danois. Les autorités étatiques de l'Etat d'accueil, le Danemark, n'avaient pas d'autre choix qu'évoquer le caractère national de l'espèce pour écarter l'application du droit communautaire ou l'abus de l'usage de ce droit par la société Centros. Celle-ci était incorporée conformément au droit anglais qui de fait devenait le droit dont dépendait la société Centros selon le droit international privé danois appliquant la théorie de l'incorporation²⁴⁹. Voici ce qu'a répondu la CJCE aux assertions des autorités danoises. Le premier argument soulevé était l'affirmation du caractère purement interne au Danemark de cette situation car l'espèce concernait deux ressortissants danois qui cherchaient à contourner la législation nationale en constituant une

²⁴⁹ Article 117 de la loi danoise sur les sociétés à responsabilité limitée
« les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés de forme juridique analogue étrangères européennes qui sont domiciliées dans un Etat membre des communautés européennes peuvent exercer une activité au Danemark par le biais d'une succursale ».

société au Royaume-Uni qui n'y exerçait aucune activité effective²⁵⁰. La CJCE a écarté ce premier argument en considérant « qu'une situation dans laquelle une société constituée selon le droit d'un Etat membre dans lequel elle a son siège statutaire désire créer une succursale dans un autre Etat membre relève du droit communautaire. Il est sans importance à cet égard que la société n'ait été constituée dans le premier Etat membre qu'en vue de s'établir dans le second où serait exercé l'essentiel, voire l'ensemble, de ses activités économiques »²⁵¹. Le deuxième argument soulevé par les autorités danoises était relatif à la mise en évidence d'un usage abusif du droit communautaire par les ressortissants danois qui voulaient ouvertement contourner les dispositions de la législation nationale en utilisant le droit communautaire. La CJCE écarte ce nouvel argument en considérant que l'exercice de la liberté d'établissement par les ressortissants et la manière dont ils l'exercent est distincte de la question qui est de savoir s'ils en font un usage abusif ou frauduleux.²⁵²

199. A partir du moment où l'Etat qui accueille la société migrante se contente d'appliquer la théorie du siège social afin de fixer uniquement la nouvelle lex societatis qui aura vocation à régir la vie et le fonctionnement de l'entreprise migrante sans aborder la question de sa reconnaissance acquise en tant que personne morale, conformément au droit

²⁵⁰ Point 16 de l'arrêt Centros

« Selon le gouvernement danois l'article 52 du traité ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce au principal, car il s'agirait d'une situation purement interne au Danemark. M. et Mme Bryde, ressortissants danois, auraient en effet constitué au Royaume-Uni une société n'exerçant aucune activité effective dans le but exclusif d'exercer une activité au Danemark par l'intermédiaire d'une succursale et d'éviter ainsi l'application de la législation danoise relative à la constitution des sociétés à responsabilité limitée. Dans de telles circonstances, la constitution par des ressortissants d'un Etat membre d'une société dans un autre Etat membre ne constituerait pas un élément d'extranéité pertinent au regard du droit communautaire et notamment de la liberté d'établissement. »

²⁵¹ Point 17 de l'arrêt Centros

²⁵² Point 18 de l'arrêt Centros

« ...La question de l'application des articles 52 et 58 du traité est, en effet, distincte de celle de savoir si un Etat membre peut prendre des mesures pour empêcher que, en recourant aux possibilités offertes par le traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale. »

communautaire, la théorie du siège social demeure tout à fait applicable²⁵³. Les effets de cette interprétation sur le droit international privé des Etats membres sont importants car elle détermine les règles du droit national relatives aux sociétés dont l'application doit être écartée car contraires au principe communautaire de libre établissement²⁵⁴.

200. Une autre interprétation de l'arrêt *Überseering* a pu être suggérée pour être rapidement écartée par la doctrine : il s'agirait de comprendre la réponse de la CJCE à la seconde question préjudicielle²⁵⁵ que lui a posée le Bundesgerichtshof comme impliquant pour l'Etat d'accueil de la société migrante l'obligation de respecter la capacité juridique de l'entreprise au sens large du terme. La capacité juridique s'entendrait alors comme une référence à la *lex societatis* de la société. La loi de l'Etat d'origine de l'entreprise aurait donc vocation à régir la constitution et le fonctionnement de la société au-delà des frontières de l'Etat membre. Il en découlerait l'impossibilité pour l'Etat d'accueil d'appliquer même partiellement son propre droit des sociétés²⁵⁶. En conséquence, aucune mise en œuvre même partielle de la théorie du siège social ne serait envisageable. Pourquoi favoriser une interprétation restrictive de la locution « capacité juridique » employée par la CJCE dans sa décision du 05 novembre 2002 ? Au regard de la théorie du siège social, elle permet de limiter les effets contraires au principe du libre établissement que l'application de la théorie génère. Dans le même temps, elle permet également aux Etats membres de protéger certains intérêts

²⁵³ JM Jonet, « Sociétés commerciales - La théorie du siège réel à l'épreuve de la réalité d'établissement - Autour de l'arrêt *Überseering* », *Journal des tribunaux-Droit européen* fév 2003, 33

²⁵⁴ CJCE, 05 nov 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, JCP éd E du 20 mars 2003, 520, n°448, note M Menjucq

²⁵⁵ Point 21 de l'arrêt *Überseering*

« ...2) En cas de réponse positive : la liberté d'établissement des sociétés (articles 43 CE et 48 CE) impose-t-elle d'apprécier la capacité juridique et la capacité d'ester en justice d'une société au regard du droit de l'Etat où elle a été constituée ? »

²⁵⁶ CJCE, 05 nov 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, JCP éd E du 20 mars 2003, 520, n°448, note M Menjucq

particuliers ou de traquer la fraude à la loi²⁵⁷. Cette interprétation de l'arrêt de la CJCE est conforme aux conclusions émises par l'Avocat général relatives au litige soumis à la Cour. Ainsi, il a estimé qu' « En l'absence d'harmonisation, les États membres restent libres d'organiser – et les organes juridictionnels nationaux d'interpréter – leurs règles de droit international privé en la matière. Les effets pratiques de ces règles doivent cependant être conformes aux exigences du droit communautaire. »²⁵⁸.

201. Toutefois il est possible de trouver une opinion dissidente qui affirme en se basant sur le texte de l'article 48 (ex-58) du Traité que cette disposition se satisfaisant du système d'incorporation, « il faut admettre toutes les conséquences et plus particulièrement celles relatives au choix par les fondateurs de l'Etat dans lequel ils constituent leur société. Ce système de rattachement qui repose sur la volonté des fondateurs leur laisse toute liberté pour immatriculer leur société dans tel ou tel Etat et y fixer le siège social statutaire sans que leur choix ne puisse être restreint par la considération d'éléments objectifs tenant à l'effectivité du siège social ou à la localisation de l'activité sociale »²⁵⁹.

202. Il semble difficile d'interpréter la jurisprudence de la CJCE en ce sens. En effet, pourquoi considérer que l'article 48 (ex-58) du Traité accorde une préférence ou se contente du système de l'incorporation ? La lecture de cet article conduit à envisager le siège statutaire mais également l'administration centrale ou le principal établissement d'une société pour déterminer si elle est susceptible de bénéficier de la liberté d'établissement accordée par le

²⁵⁷ CJCE, 05 nov 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, JCP éd E du 20 mars 2003, 520, n°448, note M Menjucq

²⁵⁸ Point 69 des conclusions de l'Avocat général Damaso Ruiz-Jarabo Colomer, *Rec* 2002, page 1

²⁵⁹ Michel Menjucq, note sous l'arrêt *Centros*, Dalloz, 1999, n°37, Cahier de droit des affaires, jurisprudence page 550

Traité. Il ne paraît pas y avoir de choix entre la théorie de l'incorporation et celle du siège réel dans le texte de cet article, d'autant que la jurisprudence de la CJCE met sur le même plan ces trois critères de rattachement²⁶⁰. Il y aurait plutôt une volonté d'avoir une approche économique aussi large que possible de l'activité des sociétés localisées dans l'espace communautaire. La jurisprudence de la CJCE par la définition qu'elle a de la notion d'établissement vient confirmer ce point de vue. Dans l'arrêt Reinhard Gerhard rendu par la CJCE le 30 novembre 1995, la Cour définit dans son vingt-cinquième point la notion d'« établissement » au sens de l'article 43 (ex-52) du Traité comme une notion très large : « impliquant la possibilité pour un ressortissant communautaire de participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un Etat membre autre que son Etat d'origine, et d'en tirer profit, favorisant ainsi l'interprétation économique et sociale à l'intérieur de la Communauté dans le domaine des activités non salariées ». La liberté d'établissement apparaît alors essentiellement comme celle d'exercer une activité économique dans différents Etats membres et non seulement comme celle de créer une structure économique comme dans l'hypothèse d'un transfert de siège d'une société. Il ressort également de la jurisprudence de la CJCE, que la Cour fait une lecture littérale et applique avec orthodoxie les termes de l'article 48 CE et comme cela a été confirmé dans l'arrêt Cartesio²⁶¹. Deux affirmations complémentaires peuvent également être avancées pour conforter ce point de vue²⁶². Tout d'abord les termes 48 du Traité obligent l'Etat membre d'accueil à ne pas substituer son jugement, ses appréciations, ou sa législation à celle de l'Etat membre d'origine du siège social. Et enfin, l'esprit de l'article 48 CE interdit à l'Etat d'accueil de considérer de quelque manière que ce soit la réalité ou non de l'activité économique d'une société dans son Etat

²⁶⁰ Edie Wymeersch, « The transfer of the company's seat in European Common Law », *Law Review*, vol. 40 (2003), 663-695

²⁶¹ Cf D- La nature et la survie de la personnalité morale au regard de la jurisprudence de la CJCE

²⁶² Gilbert. Parléani, note, *Revue de Sociétés* 1999, page 386

d'origine. L'Etat d'accueil se doit de reconnaître ce qui a été admis par l'Etat d'origine. En conclusion, il n'est pas possible d'affirmer, ainsi que le fait cette opinion doctrinale dissidente, que la jurisprudence de la CJCE révèle de la part la Cour un choix entre la théorie de l'incorporation et celle du siège social, choix qui impliquerait la disparition pure et simple de cette théorie dans le cadre communautaire. Les conséquences des principes posés par la jurisprudence sur les interactions entre le droit communautaire et le droit international privé classique, la théorie du siège social joue encore un rôle important en matière de mobilité et de régime des sociétés.

203. Une autre opinion doctrinale²⁶³ est venue également remettre en question l'interprétation de l'article 48 CE au regard de la théorie du siège social mais aussi de celle de l'incorporation. Elle s'inscrit dans un courant de doctrine allemande qui aurait souhaité une condamnation plus générale de la théorie du siège social²⁶⁴. Cet auteur évoque la naissance d'une troisième doctrine spécifique à l'ordre juridique communautaire qui condamne à la fois la théorie du siège social sans pour autant lui préférer la théorie de l'incorporation. Pour étayer son argumentation, il part de l'hypothèse suivante : une société valablement constituée selon le droit d'un Etat membre appliquant la théorie du siège social puis qui transfère son principal établissement sur le territoire d'un autre Etat membre mettant en œuvre la théorie de l'incorporation. Dans le cadre de cette hypothèse, il en résulte un conflit négatif de systèmes où aucun des deux ordres juridiques nationaux en présence ne se reconnaît compétent pour

²⁶³ Edie Wymeersch, « The transfer of the company's seat in European Common Law », *Common Market Law Review* 2003, vol. 40, 663-695

²⁶⁴ Klaus J. Hopt, « Droit comparé des sociétés : quelques réflexions sur l'actualité et sur les évolutions comparées du droit allemand et du droit français des sociétés », *Revue des sociétés* 2009, page 309 : Ce courant doctrinal a finalement eu gain de cause puisqu'aujourd'hui l'Allemagne est en train de réformer son droit international privé pour abandonner, suite à l'impulsion doctrinale et à l'influence de la jurisprudence de la CJCE, la théorie du siège social pour la théorie de l'incorporation.

régir la société considérée. En effet, pour l'Etat d'incorporation sa règle de conflit le conduit à désigner comme compétent l'ordre où la société s'est constituée c'est-à-dire celui de l'Etat de siège social. Mais la société ayant procédé au déplacement de son siège, ce dernier ne la reconnaît plus en tant que sujet de droit. Tout ceci se déroulant dans le cadre européen, cet auteur développe son exemple en considérant que la société sollicite un troisième ordre juridique d'un Etat membre. Ce dernier Etat, appliquant la théorie du siège social, la société ne pourra avoir accès à la justice de ce pays car elle ne pourra être reconnue comme relevant de la compétence législative de l'Etat où elle s'est constituée ou de celle de l'Etat où elle a déplacé son principal établissement.

204. Pour cet auteur, le droit communautaire primaire, tel qu'interprété par la CJCE, vient résoudre cette situation puisque la théorie de l'incorporation comme celle du siège social touchent à leurs limites d'application respectives. La solution est une troisième théorie qui voit le jour née de la jurisprudence de la Cour européenne. Le concept est le suivant. A partir du moment où une société s'est constituée conformément au droit national d'un Etat membre, tous les Etats de l'Union européenne doivent la reconnaître en tant que personne morale lorsqu'elle exerce son droit de libre établissement, que ce soit à titre principal ou secondaire. Il en découle que l'Etat membre où la société s'est constituée, n'a pas le pouvoir, une fois que la constitution de l'entreprise est effective conformément à sa législation, d'influer sur sa reconnaissance. Quant aux autres Etats membres, ils ne peuvent la contester ni en raison de leurs systèmes de conflit de loi, ni en raison de celui de l'Etat d'origine de la société. Cette opinion doctrinale, uniquement basée sur la liberté d'établissement, n'a pas vocation à régir d'autres problématiques du droit des sociétés que celles relatives à la reconnaissance et au droit d'établissement des sociétés considérées comme ressortissantes européennes.

205. Que dire de cette théorie ? Tout d'abord, l'auteur semble détacher la personnalité morale de l'ordre juridique selon lequel elle a été acquise. Plus précisément, une fois la société constituée conformément au droit d'un Etat membre et reconnue en tant que personne morale, cette attribution semble être acquise à la société : l'existence de sa personnalité morale semble ne plus dépendre d'un ordre étatique quelconque au sein du territoire géographique où le droit communautaire a vocation à s'appliquer. Il y a dépassement des théories d'incorporation et du siège social dont le domaine d'application est national par une théorie applicable sur le plan communautaire. Ces constatations amènent à considérer l'avis de cet auteur comme bien attractif puisqu'il évacue les questions du devenir de la théorie du siège social et celle de la préférence de la CJCE pour la théorie de l'incorporation. Il dépasse le débat doctrinal. Cependant, cette interprétation ne tient pas compte de l'affirmation de la CJCE selon laquelle une société ne peut avoir d'existence qu'au travers de l'ordre juridique dans lequel elle s'est constituée, c'est-à-dire que la Cour de Luxembourg, ainsi que cela a pu être exposé, semble se rattacher au courant doctrinal de la fiction de la personnalité morale.

206. Pour d'autres auteurs²⁶⁵, la distinction faite par le CJCE entre l'Etat d'origine et l'Etat d'accueil est fortement critiquable car elle implique un traitement différencié selon que l'on considère l'un ou l'autre des ordres juridiques. Il n'y a pas de raison justifiant que la législation d'un Etat membre régisse la liberté d'établissement d'une société voulant émigrer et que le droit communautaire soit compétent pour régler les questions relatives à

²⁶⁵ WH Roth, « Internationales Gesellschaftsrecht nach *Überseering* », *IPRax* 2003, 117 et s ; Eddy Wymeersch, « The transfer of the company's seat in European company law », *Common Law Review* 2003, n°40, pages 661-695 ; P. Behrens, « Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem *Überseering-Urteil* des EuGH und den *Schlufanträgen zu Inspire Art* », *IPRax* 2003, 193 et s.
Ces auteurs sont cités in *RCDIP* 1992, 508, note Paul Lagarde

l'immigration d'une société vers un Etat membre. La liberté d'établissement serait indivisible²⁶⁶. Selon ces auteurs, l'Etat d'origine de la société ne doit pas pouvoir l'empêcher d'exercer sa liberté d'établissement en lui faisant perdre sa personnalité morale. Ceci l'obligerait, si elle désire transférer son siège social et ses activités dans un autre Etat, à se transformer en une société de l'Etat où elle désire s'établir afin d'y acquérir la personnalité morale. Quant à l'Etat d'accueil de la société, il ne doit pas pouvoir refuser de reconnaître la société étrangère qui vient s'installer sur son territoire en tant que personne morale.

207. La distinction faite par la CJCE entre l'Etat d'établissement et l'Etat d'origine de la société semble à ces auteurs, théorique et irréaliste²⁶⁷. En effet, baser cette distinction sur le raisonnement selon lequel l'émigration d'une société relève du droit national et son immigration du droit communautaire est difficile à comprendre et implique une dichotomie intellectuelle inconfortable qui ne repose sur aucun fondement. En effet, il ne ressort pas des textes des articles 43 et 48 du Traité que la liberté d'établissement est divisible par nature. De plus, cette distinction implique un risque de paralysie de la mobilité des personnes morales qui voudraient bénéficier de leur liberté d'établissement en raison de cette distinction de la Cour entre Etats membres d'origine ou d'accueil dans la mesure où peuvent être posées des restrictions à l'exercice de cette liberté. Cette considération fait de la société qui veut migrer, une « créature juridique »²⁶⁸ du droit des Etats membres qui peuvent décider de sa survie en tant que personne morale au regard du droit communautaire par le fait de la reconnaître ou pas. Le garde-fou contre cet arbitraire est l'intérêt général. Cette notion et ses implications

²⁶⁶ WH Roth, « From *Centros* to *Überseering* : Free movement of companies, private international law, and community law », *International and Comparative Law Quarterly* 2003, vol 52, pages 177-208

²⁶⁷ Eddy Wymeersch, « The transfer of the company's seat in European company law », *Common Law Review* 2003, n°40, pages 661-695 et plus particulièrement page 677

²⁶⁸ WH Roth, « From *Centros* to *Überseering* : Free movement of companies, private international law, and community law », *International and Comparative Law Quarterly* 2003, vol 52, pages 177-208

dans le cadre du transfert international de siège social seront explicitées ultérieurement dans le cadre de cette étude²⁶⁹.

208. Certes, il faut reconnaître que rien dans les textes ne pose la distinction que fait la CJCE entre l'Etat d'origine et l'Etat d'accueil. La Cour le fait dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation. Mais l'approche qu'elle développe de la liberté d'établissement dans le cadre de sa jurisprudence est teintée d'orthodoxie et de pragmatisme. D'orthodoxie car elle applique à la lettre les termes des articles 48 CE et 43 CE : il ne peut donc lui être reprochée de faire d'une société « la créature juridique » des Etats membres sachant que ceci découle des termes mêmes de ces textes, une société ne pouvant bénéficier de la liberté d'établissement sans passer par le filtre du rattachement étatique à un Etat membre qui lui confère sa qualité de ressortissante européenne. De pragmatisme car la Cour ne peut ignorer les intérêts légitimes des Etats membres dans le cadre de son rôle de gardienne de libre exercice de la liberté d'établissement. Ce serait ignorer l'imbrication qui existe au sein de l'espace de l'Union Européenne entre le droit communautaire et les droit nationaux car les articles 48 CE et 43 CE sont d'effet direct.

²⁶⁹ WH Roth, « From *Centros* to *Überseering* : Free movement of companies, private international law, and community law », *International and Comparative Law Quarterly* 2003, vol 52, pages 177-208

CONCLUSION DU CHAPITRE I

209. Dans le cadre de cette étude, le transfert international de siège social a été défini comme étant la migration d'une société par le déplacement de son siège social de son Etat d'origine où elle s'est constituée vers son Etat d'accueil où lequel elle désire s'installer sans qu'elle ait à se dissoudre et à se reconstituer au cours de l'opération. Le transfert international, tel que défini, conduit à examiner deux problématiques auxquelles il convient d'apporter des réponses pour déterminer la possibilité de le réaliser ou pas. La personnalité morale de la société, qui ne doit pas au cours de l'opération se dissoudre dans son pays d'origine pour former une nouvelle personne morale dans le pays où elle désire s'implanter, doit survivre : est-ce possible ? Si la survie de la personnalité morale de la société est possible, elle doit être reconnue par le système juridique de l'Etat d'accueil qui doit se déclarer compétent selon son système de conflits de lois pour que sa loi puisse devenir la nouvelle *lex societatis* de la société migrante : dans quelles conditions la loi de l'Etat d'accueil peut-elle devenir la nouvelle *lex societatis* de la société migrante en raison du jeu des règles de conflit de lois ? Ces deux problématiques, au regard du système juridique français, s'inscrivent dans un contexte particulier. En effet, la France, en tant qu'Etat membre de l'Union Européenne, est soumise à l'influence du droit communautaire. Par conséquent, pour répondre aux questions posées, il convient de distinguer entre le transfert de siège social qui ne sera pas soumis au droit communautaire et ne devra répondre qu'aux règles de droit international privé de celui soumis à l'influence du droit européen. Les réponses apportées sont différentes dans chacun des cas.

210. Au regard de la survie de la personnalité morale de la société, des propos qui ont été exposés, il ressort qu'il y a une interaction entre la nature de la personnalité morale au regard du droit français et sa possible survie au cours d'un transfert international de siège social. Il a été constaté que la doctrine n'apportait de réponse satisfaisante à cette problématique. En doctrine classique, la théorie de la fiction ne permet pas la survie de la personnalité morale au cours de l'opération : la société devrait se dissoudre et se reconstituer. La théorie de la réalité, bien qu'elle permette la survie de la personnalité morale, présente des insuffisances et ne permet pas à elle seule de justifier correctement cette réponse. Quant à la théorie de la technique juridique développée par la doctrine contemporaine, son approche pragmatique de la personnalité morale comme un instrument permettant d'organiser et de coordonner les moyens financiers mis à disposition de l'entreprise et son fonctionnement en tant que société ne permet d'apporter de réponse à la question de la possible survie de la personnalité morale d'une société au cours du transfert international de son siège social.

211. Quant au droit positif français, son étude a démontré qu'il applique indistinctement la théorie de la fiction par application des textes légaux et la théorie de la réalité par application de la jurisprudence de la Cour de cassation. Il est apparu qu'une fois acquise la personnalité morale par la société migrante suite à son immatriculation, les textes légaux lui permettent de la conserver au cours de l'opération de transfert car le transfert est considéré en droit positif français comme une transformation régulière de la société et de ses statuts. Quant à la jurisprudence de la Cour de cassation, son application rend possible également, par application de la théorie de la réalité de la personnalité morale, la survie de cette dernière.

212. L'influence du droit communautaire sur la problématique de la survie de la personnalité morale de la société au cours d'un transfert international de siège social évacue l'interaction qui existe au niveau national entre la nature de la personnalité et sa possible survie. Il n'y a pas de débat doctrinal sur ce terrain. En application des textes communautaires, une société ne peut bénéficier de la personnalité morale en droit communautaire que si elle passe par le filtre étatique : une société est une ressortissante européenne seulement si elle est reconnue par une personne morale par un Etat membre. Partant d'une application littérale et orthodoxe des dispositions du Traité CE relative à la liberté d'établissement, la CJCE dans le cadre d'une jurisprudence évolutive a posé comme principe qu'à partir du moment où un transfert de siège social d'une société de son Etat membre de constitution vers un Etat membre d'accueil implique un changement de lex societatis, la société n'a pas à se dissoudre et à se reconstituer au cours de l'opération une telle exigence constituant une restriction au libre exercice de sa liberté d'établissement. Il en découle le principe même de la survie de la personnalité morale de la société au cours d'un transfert international de siège social tel que défini dans cette étude et qui s'inscrit dans le cadre du droit communautaire.

213. Une fois constaté que la survie de la personnalité morale de la société migrante au cours du transfert international de son siège est possible, la question de sa reconnaissance en tant que personne morale par l'Etat où elle désire être accueillie et s'implanter se pose. Après avoir examiné différents hypothèses et cas de figure dans le cadre d'un transfert vers la France et hors de France, il est apparu qu'en raison du critère de rattachement appliqué par le système de conflit de lois français conformément aux dispositions des articles L 210-3 du

Code de commerce et 1837 du Code civil, la dissociation des deux composantes du siège social de la société migrante – le siège social statutaire et le siège social réel et sérieux ou principal établissement - rendait le transfert impossible ou présentait des inconvénients tels que l'opération n'avait pas d'intérêt en elle-même pour la société. Par conséquent, le transfert international de siège social avec dissociation doit être considéré comme impossible.

214. Des propos précédemment exposés, il est ressort qu'une société qui migre vers la France ou hors de France ne peut procéder à la dissociation des éléments qui composent son siège et est donc soumise à transférer intégralement son siège social en France ou hors de France. Curieusement, il a été noté que, si le droit positif français prévoit des dispositions légales quant au transfert international hors de France, aucun texte ne fait référence au transfert en France. Cependant, dans la mesure où l'article L 210-6 du Code de commerce prévoit la conservation de sa personnalité morale par une société qui se transforme de manière régulière et que le transfert international de siège social est une transformation régulière quand il n'est pas frauduleux car il implique une modification du pacte social en raison de la modification des statuts de la société au cours de l'opération, le transfert du siège social d'une société en France est possible car elle sera reconnue par le droit français en tant que personne morale.

215. En droit communautaire, en application de la jurisprudence de la CJCE, une obligation de reconnaissance la personnalité morale de la société migrante s'impose à l'Etat d'accueil. Il ne peut refuser, sauf pour des motifs conforme à la notion d'intérêt général, de reconnaître la capacité juridique accordée à la société migrante par son Etat membre d'origine

au moment de sa constitution. Dans le cas contraire, l'Etat membre d'accueil restreindrait l'exercice de la liberté d'établissement de la société migrante et contreviendrait aux articles 48 CE et 43 CE qui sont d'effets directs et priment sur le droit national. Dernièrement, des questions préjudicielles²⁷⁰ ont été posées à la CJCE et semblent remettre en question les principes jurisprudentiels posés. Toutefois, il semble peu probable qu'un revirement de la CJCE semble improbable.

216. Par ailleurs, l'influence de la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux des Etats membres implique des effets sur leur droit international privé et notamment la doctrine s'est inquiétée des effets de la jurisprudence de la CJCE sur la théorie du siège social : cette théorie en raison de la jurisprudence de la CJCE – des arrêts Daily Mail à Cartésien allait-elle pouvoir encore s'appliquer ? Il ressort des propos précédemment exposés que la jurisprudence de la CJCE n'a pas pour effet d'éliminer la théorie du siège social ou de lui préférer, comme certains auteurs ont pu le suggérer, la théorie de l'incorporation. Elle n'en limite que les effets et la portée dans le respect des dispositions du Traité CE relatif à la liberté d'établissement. La jurisprudence de la CJCE se distingue par la logique et l'orthodoxie développée par la Cour qui se conforme à la lettre des textes communautaires avec pragmatisme. Une fois examiner la possibilité de réaliser le transfert international de siège social en répondant aux questions de la survie de la personnalité morale de la société migrante et de sa reconnaissance par l'Etat où elle désire s'implanter, il convient d'étudier la réalisation de l'opération elle-même et ses modalités, ce qui sera l'objet du chapitre qui va suivre.

²⁷⁰ CJCE, 28 juil 2010, *Demande de décision préjudicielle, Aff C-378/10, JOUE C317*, 20 nov 2010, page 13

CHAPITRE II : Les modalités du transfert international de siège social

217. La société qui décide de transférer son siège social quitte son environnement juridique et doit s'adapter à celui de l'Etat où elle désire migrer et s'installer. Trois étapes constituent ce processus. La première est prendre la décision de procéder à l'opération. Un premier type de démarche doit alors être réalisée par la société : prendre la décision de transférer son siège social conformément à sa *lex societatis* d'origine. La seconde étape est de quitter son environnement juridique d'origine. Un second type de démarche doit être alors effectuée par la société : procéder à son immatriculation par l'Etat dans lequel elle migre et à sa radiation dans son pays d'origine. La troisième et dernière étape est la plus difficile pour la société. Elle doit s'intégrer et s'adapter à son nouvel environnement juridique pour devenir un acteur économique dans l'Etat où elle s'est implantée. Elle doit alors faire un troisième type de démarche : adapter ses statuts à la loi qui lui sera nouvellement applicable le cas échéant. Trois types de démarches doivent être entreprises par la société migrante. Trois paragraphes seront consacrés à ces démarches :

Paragraphe 1 : Une décision de transfert conforme à la loi d'origine de la société migrante

Paragraphe 2 : Nouvelle immatriculation et radiation de la société migrante

Paragraphe 3 : Mise en conformité des statuts avec sa nouvelle *lex societatis*

§1/ Une décision de transfert conforme à la loi d'origine de la société migrante

218. Après avoir vérifié qu'il lui était possible selon sa loi d'origine de procéder au transfert international de siège social et d'être accueillie par le pays où elle désire migrer, la société doit prendre la décision d'une telle opération avant d'y procéder. Deux questions se posent alors²⁷¹ : quelles personnes ou quel organe régulièrement investis sont compétents pour prendre cette décision ? Selon quelles modalités la décision doit-elle être prise ? En droit international privé, la décision de procéder au transfert international du siège d'une entreprise est prise selon la *lex societatis* d'origine de la société qui désire procéder à l'opération. En conséquence, il appartient à la loi de constitution de la société d'apporter les réponses aux deux questions posées c'est-à-dire la désignation des organes compétents pour prendre la décision, et l'étendue de leurs pouvoirs et les règles de représentation. Dès lors, une telle décision et ses conséquences pour une société qui voudrait migrer en France relève naturellement de la première loi qui est applicable. Pour illustrer ces propos, il est possible de citer en exemple cet arrêt rendu par la Cour d'appel de Liège. Selon l'article 56 du Code des sociétés belge, « Une société dont le siège social est en Belgique est soumise à la loi belge, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger ». Partant, il est aisé de comprendre l'attendu de la décision rendue par la juridiction belge : « Les règles qui définissent le fonctionnement d'une société commerciale et l'étendue des pouvoirs légaux ou statutaires de ses organes sont régies, sous réserve de l'ordre public international, par la loi du pays du

²⁷¹ W. Le Bras, « Le transfert du siège social des sociétés étrangères en France », *Joly Sociétés* 1983, page 795

principal établissement de la société »²⁷². Qu'en est-il d'une société voulant émigrer hors de France ?

219. Se retrouve le même principe en droit international privé français, indépendamment du critère du siège social, selon lequel « L'appréciation des pouvoirs des dirigeants sociaux relève de la loi dont dépend la société... »²⁷³. Cette solution fait l'unanimité tant de la jurisprudence civile que commerciale²⁷⁴ et de la doctrine. Ainsi, selon le droit positif français, l'application des textes légaux à la décision du transfert du siège social d'une entreprise à l'étranger dépend du type de société au sein de laquelle le projet est prévu. Il convient de souligner que l'hypothèse du transfert international du siège social d'une société anonyme (SA) doit être envisagé à part en raison de règles spécifiques relative à cette catégorie d'entreprise.

220. En effet, pour une société anonyme, l'article L 225-97 du Code de commerce précise que : « L'assemblée générale extraordinaire peut changer la nationalité de la société, à condition que le pays d'accueil ait conclu avec la France une convention spéciale permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire, et conservant à la société sa personnalité juridique. ». Or, actuellement une seule convention de ce type a été conclue par la France avec l'Ethiopie. Cela reviendrait-il à dire que le transfert international du siège social d'une SA française est impossible en raison de cet article du Code de commerce ? La réponse à cette question est négative. Face à ce vide juridique, il a été précisé

²⁷² Cour d'appel de Liège, 27 mars 2001, *Revue de droit commercial belge* 2003, page 144, note Nadie Watté & Vanessa Marquette

²⁷³ Cass. civ., 1^{er} Ch, 08 déc 1998, *RCDIP* 1999, page 284, note Menjucq

²⁷⁴ CA Paris, 26 mars 1966, *RCDIP* 1968, page 58, note Loussouarn ; *JDI* 1966, page 841, note Goldman

par les pouvoirs publics²⁷⁵ que le retour au principe de la décision prise à l'unanimité devait être de mise. En conséquence, le transfert international du siège social d'une SA française est possible dans la mesure où la décision qui conduira à procéder à l'opération est prise à l'unanimité des associés. Il convient de souligner que sur le plan pratique, cela peut présenter de sérieux inconvénient si le nombre d'associés de la société anonyme est trop important.

221. Ainsi pour les sociétés, autres que les SA, le droit français ne réserve pas l'existence d'une convention internationale et pose comme condition pour qu'un transfert international de siège social puisse être possible, que cette décision soit prise à l'unanimité des personnes reconnues comme compétentes selon la loi française, en tant que *lex societatis* de la société qui désire être accueillie par un autre Etat. Les règles légales applicables en la matière se trouvent dans le Code de commerce français. Ainsi pour une société en nom collectif (SNC), par extrapolation²⁷⁶, il appartient à ses associés de prendre la décision²⁷⁷. Pour les sociétés en commandite simple (SCS), la prise de décision revient aux commandités et aux commanditaires²⁷⁸. En ce qui concerne une société à responsabilité limitée (SARL), il appartient aux associés de faire le choix d'un éventuel transfert international du siège social²⁷⁹. Les dispositions en matière de société en commandite par actions (SCA), posent un

²⁷⁵ « Lettre autographique de la Chancellerie du 3 juillet 1973 », *Communication ANSA*, n°1600

²⁷⁶ *Lamy des sociétés commerciales* 2005, n° 519

²⁷⁷ Article L221-6 du Code de commerce

« Les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants sont prises à l'unanimité des associés. Toutefois les statuts peuvent prévoir que certaines décisions sont prises à une majorité qu'ils fixent.

Les statuts peuvent également prévoir que les décisions sont prises par voie de consultation écrite, si la réunion d'une assemblée n'est pas demandée par l'un des associés. »

²⁷⁸ Article L222-9 du Code de commerce :

« Les associés ne peuvent, si ce n'est à l'unanimité, changer la nationalité de la société.

Toutes autres modifications des statuts peuvent être décidées avec le consentement de tous les commandités et de la majorité en nombre et en capital des commanditaires.

Les clauses édictant des conditions plus strictes de majorité sont réputées non écrites. »

²⁷⁹ Article L223-30 du Code de commerce

« Les associés ne peuvent, si ce n'est à l'unanimité, changer la nationalité de la société.

Toutes autres modifications des statuts sont décidées par les associés représentant au moins les trois quarts des

régime un plus particulier car ils se combinent avec celui instauré pour les SA²⁸⁰ : sauf clause contraire des statuts, les commandités doivent entériner la décision de transfert du siège prise par les commanditaires, en l'occurrence les actionnaires de la société, dans les conditions requises selon le régime applicable à une SA.

222. Le Code de commerce utilise le terme de « nationalité ». La question qui se pose est de savoir si ce terme évoque le changement de nationalité de la société au sens littéral ou si cela évoque le changement de lex societatis ainsi que « changement de nationalité » peut le signifier dans la jurisprudence ou dans la doctrine. En toute logique, il n'est pas concevable de laisser le choix de la détermination de la nationalité d'une société qui se trouve sur le territoire français aux personnes ou aux organes reconnus compétents pour organiser la vie de l'entreprise. En effet, il appartient à l'Etat en tant que souverain de déterminer quelles sont les conditions requises qui permettent à une société d'être reconnue comme une de ses ressortissantes pouvant bénéficier ainsi de la protection diplomatique et de la représentation que cet Etat peut lui assurer. En conséquence, il n'est pas concevable de comprendre les textes législatifs cités en référence comme permettant à des personnes privées de choisir et de déterminer de par leur seule volonté la nationalité d'une société. Le critère de détermination de la nationalité d'une société ne relève pas de l'autonomie de la volonté mais de la condition des nationaux et étrangers sur le territoire d'un Etat.

parts sociales. Toute clause exigeant une majorité plus élevée est réputée non écrite. Toutefois, en aucun cas, la majorité ne peut obliger un associé à augmenter son engagement social.

Par dérogation aux dispositions de l'alinéa précédent, la décision d'augmenter le capital par incorporation de bénéficiaires ou de réserves est prise par les associés représentant au moins la moitié des parts sociales ».

²⁸⁰ Article L226-11 du Code de commerce :

« La modification des statuts exige, sauf clause contraire, l'accord de tous les commandités.

La modification des statuts résultant d'une augmentation de capital est constatée par les gérants ».

combiné avec l'article L 226-1 alinéa 2 du Code de commerce

« Les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants sont prises à l'unanimité des associés. Toutefois les statuts peuvent prévoir que certaines décisions sont prises à une majorité qu'ils fixent.

Les statuts peuvent également prévoir que les décisions sont prises par voie de consultation écrite, si la réunion d'une assemblée n'est pas demandée par l'un des associés. »

223. Toutefois, il convient de préciser que le droit français a choisi comme critère de détermination de la nationalité d'une entreprise, la localisation du siège social de cette dernière sur le territoire de la France : ceci lui permet de reconnaître les personnes morales qu'il considère comme ses ressortissantes. Le transfert international de siège social d'une société de la France vers un autre Etat a pour conséquence, selon la législation nationale, les changements de *lex societatis* et de nationalité de la personne morale considérée.

224. En conclusion, il convient de comprendre, dans le cadre du droit français, la locution « changement de nationalité » comme portant un double sens : il appartient aux associés d'une société située sur le territoire national de décider quelle est la localisation du siège social de leur entreprise, ils peuvent décider de le déplacer à l'étranger ce qui implique un changement de la *lex societatis* applicable à l'entreprise mais dans le même temps, le transfert du siège engendre un changement de nationalité de l'entreprise car elle ne répond plus au critère du siège social choisi par la France pour déterminer les sociétés qui doivent être reconnues comme ses ressortissantes.

§2/ Nouvelle immatriculation et radiation de la société migrante

225. Après avoir pris la décision de procéder au transfert international de son siège social conformément à sa loi d'origine, la société doit se faire immatriculer dans le pays vers lequel elle désire déplacer son siège et se faire radier de ce qui peut constituer un registre du commerce ou son équivalent dans son Etat d'origine. En droit français la société doit se faire immatriculer au Registre du Commerce et des Sociétés afin de pouvoir jouir de la personnalité

morale ainsi qu'en dispose l'article L 210-6 du Code de commerce : « Les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés. La transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Il en est de même de la prorogation.

Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment responsables des actes ainsi accomplis, à moins que la société, après avoir été régulièrement constituée et immatriculée, ne reprenne les engagements souscrits. Ces engagements sont alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société. »

226. Comme il a été démontré précédemment l'interprétation de l'alinéa 1^{er} de cet article permet la survie donc la continuité de la personnalité morale d'une société qui désire transférer son siège social en France ou hors de France validant ainsi la possibilité de réaliser l'opération. En effet, selon les termes de cet alinéa, la transformation régulière d'une société n'a pas pour conséquence pas la création d'une nouvelle personne morale. Il en découle qu'un transfert international régulier – dans le respect des législations française et de l'Etat étranger impliqué dans l'opération – n'entraîne ni la dissolution de la société en tant que personne morale ni sa reconstitution en tant que nouvelle personne morale. Par conséquent, une société qui désire transférer son siège hors de France conservera sa personnalité morale au regard du droit français jusqu'à son immatriculation dans le pays d'accueil où elle désire émigrer et où elle sera reconnue en tant que personne morale. Pour une société étrangère qui décide de s'installer en France, elle gardera sa personnalité morale acquise dans son Etat d'origine jusqu'à son immatriculation au RCS français. Dès lors, le transfert du siège social d'une

société étrangère en France qui est régulier n'a pas pour conséquence de créer une nouvelle personne morale mais seulement d'offrir à l'entreprise migrante la reconnaissance de sa personnalité morale et la jouissance de la personnalité juridique.

227. La question intéressante qui se pose est de savoir si le transfert international est possible en France pour une société étrangère ne possédant pas de personnalité morale préalablement à l'opération ? Selon les termes de l'alinéa premier précité, l'immatriculation au registre du commerce en confère la jouissance à la société migrante. Mais dans ce cas, il semble qu'il ne puisse être invoqué une opération de transfert de siège d'un Etat à un autre. Au contraire, l'attribution de la personnalité morale à cette société ne conduit pas à la survie et à la continuité d'une personne morale qui était préexistante mais implique de conférer la personnalité à une société qui en était dépourvue. Il semblerait que les associés de cette société étrangère seraient obligés de reconstituer une société en France, ce qui implique la dissolution de la première entité²⁸¹. Dans ce cas de figure, il n'est pas possible de parler de transfert de siège social selon le sens de cette étude. Avec la mise à jour de l'immatriculation de la société migrante, il faut que les statuts de la société soient mis en conformité avec la nouvelle lex societatis qui est susceptible de lui être appliquée suite au transfert de son siège.

§3/ Mise en conformité des statuts de la société avec sa nouvelle lex societatis

228. L'objet des statuts d'une société étant d'en organiser la vie, ils doivent remplir cette fonction au cours et suite à un transfert international de siège social. La démarche de la société qui procède à leur modification et à leur adaptation a pour finalité de les mettre en

²⁸¹ W. Le Bras, « Le transfert du siège social des sociétés étrangères en France », *Joly Sociétés* 1983, page 795

conformité avec la loi qui lui sera dorénavant applicable afin de régir les conséquences postérieures à l'opération. En effet, dans le cadre d'une société étrangère qui désire transférer son siège social en France, « cette société verra son existence future conditionnée par les dispositions de la loi française. La loi française sera donc applicable au régime futur de la société, aussi bien pour les questions de fond que pour celles de forme, mais elle devra respecter l'existence antérieure de la société sous l'empire de la loi étrangère »²⁸². Ceci amène plusieurs questions à se poser sur la portée de l'adaptation et sur la méthode utilisée pour y procéder. Tout d'abord dans quelle mesure doivent être adaptés les statuts si cela est nécessaire : s'agit-il de les modifier complètement pour les adapter mécaniquement à la nouvelle *lex societatis* ou s'agit-il de faire une adaptation seulement partielle des statuts qui est nécessaire selon le contenu de chaque clause stipulée ? Enfin, quelle méthode utilisée pour les adapter ? Deux sous-paragraphes aborderont les réponses à ces questions :

Sous- paragraphe A : La portée de l'adaptation des statuts

Sous- paragraphe B : Les différentes méthodes d'adaptation des statuts élaborées par la doctrine française

A- La portée de l'adaptation des statuts

229. En général, la *lex societatis* d'une entreprise est compétente pour régir l'ensemble des problèmes concernant la société²⁸³. Elle est compétente pour régir la constitution, les pouvoirs des associés et le fonctionnement de la société selon ses statuts ainsi que la

²⁸² Yvon Loussouarn, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, Rennes, 1949, n°125

²⁸³ *Lamy Sociétés Commerciales* 2005, n°98

dissolution de celle-ci. Au cours d'un transfert international de siège social, la loi de l'Etat d'origine de la société, *lex societatis* primaire, s'applique à toutes les questions relatives à la constitution de la société ainsi qu'au fonctionnement et aux pouvoirs des dirigeants de l'entreprise selon les statuts de la société rédigés en conformité avec cette loi. Quant à la législation de l'Etat d'accueil, en tant que nouvelle loi de l'entreprise, elle s'applique au fonctionnement de la société et aux pouvoirs de ses dirigeants une fois que les statuts de la société sont mis en conformité avec ses dispositions et elle est également compétente si une dissolution de la société devait intervenir. Il en découle que l'adaptation des statuts de la société migrante à la loi qui lui sera applicable doit tenir compte des dispositions impératives relatives au fonctionnement et aux pouvoirs des dirigeants dans d'une société dans l'Etat où l'entreprise décide de s'établir. Pour beaucoup, les dispositions impératives sont relatives à l'équilibre entre l'intérêt des associés de l'entreprise qui sont de nature particulière et la protection des tiers à l'entreprise. La méthode de modification et d'adaptation des statuts d'une société étrangère venant s'établir dans un nouveau pays, tel que la France, doit prendre ce point en compte.

230. La doctrine française préconise l'adaptation concrète des statuts de la société à la loi française. Il ne s'agit pas d'une modification totale et complète qui reviendrait à doter l'entreprise de nouveaux statuts correspondant à une application mécanique et rigoureuse de la loi française²⁸⁴. Il s'agit uniquement d'apporter les modifications nécessaires à l'adaptation de la société aux exigences de la législation française. La loi nouvellement applicable se doit de préciser l'étendue et la portée de l'adaptation pour que les statuts de la société migrante

²⁸⁴ W. Le Bras, « Le transfert du siège social des sociétés étrangères en France », *Joly Sociétés* 1983, page 795

soient mis en conformité avec elle²⁸⁵. L'idée qui sous-tend cette conception est « qu'il ne s'agit pas de constituer à nouveau la société en France, ce qui serait méconnaître son existence antérieure à l'étranger, mais d'adapter la société à la loi française pour l'avenir »²⁸⁶. Cette opinion s'inscrit en toute logique à la suite de la doctrine qui considère que la personnalité morale de la société survie au cours du transfert international du siège social de l'entreprise à savoir qu'un transfert de siège n'implique pas la dissolution puis la reconstitution de la société migrante.

231. Au sein de la législation ou de la jurisprudence française, il n'y a pas de disposition ou d'arrêt venant clairement résoudre cette question. Par contre, il est possible de trouver une décision rendue par la Cour de cassation belge relative au transfert du siège social d'une société anglaise en Belgique. Il s'agit d'un arrêt déjà précité dans cette étude et rendu par la Haute juridiction belge en date du 12 novembre 1965 opposant la Société Lamot à Willy Lamot²⁸⁷. Le transfert du siège social de cette société anglaise en Belgique a conduit la Cour de cassation belge à répondre à la question relative à l'adaptation des statuts d'une société étrangère, constituée dans un pays d'incorporation, venant s'installer dans un pays de siège social. Ainsi, la Cour dispose « Qu'en effet, rien ne s'oppose à ce que cette société subsiste, dès lors qu'en raison de ses statuts originaires, éventuellement adaptés aux exigences du droit belge, sans toutefois que ses caractères essentiels s'en trouvent modifiés, elle remplit les conditions pour pouvoir, au titre de société reconnue par le droit belge, jouir de la capacité juridique résultant de sa personnalité juridique ».

²⁸⁵ Yvon Loussouarn, « La condition des personnes morales en droit international des sociétés », *Rec. Acad. La Haye*, 1959, I, pages 499-500

²⁸⁶ Jean Perroud, « Du changement de nationalité d'une société anonyme », *JDI* 1926, page 570 ; W. Le Bras, « Le transfert du siège social des sociétés étrangères en France », *Joly Sociétés* 1983, page 795

²⁸⁷ Cour de cassation de Belgique (1^{er} Ch.), 12 oct 1965, *Soc. Lamot c. Willy Lamot*, *JDI* 1967.140, note Leleux ; *RCDIP*, 1967.510, note Loussouarn

232. Cet attendu de l'arrêt Lamot confirme l'opinion de la doctrine française concernant la portée et l'étendue de l'adaptation des statuts d'une société qui transfère son siège dans un pays appliquant la théorie du siège social. En effet, selon cet arrêt, il ne convient pas de faire une application rigoureuse et mécanique de la loi de l'Etat d'accueil de l'entreprise pour modifier les statuts de la société, ce qui conduirait à ignorer l'existence antérieure de cette dernière. A supposer que les statuts originaux de l'entreprise répondent aux exigences du droit du pays d'accueil, aucune modification ne serait nécessaire. Si cette conséquence découle de l'attendu de l'arrêt précité, elle demeure néanmoins hypothétique. Il convient de faire une adaptation spécifique des statuts de la société afin de lui permettre d'être reconnue par sa nouvelle *lex societatis* en tant que personne morale.

233. Certes cet arrêt a été rendu par la Cour de cassation belge. Certes, il a été rendu relativement à un litige concernant une SA. Ceci pourrait diminuer l'intérêt de cette décision. Mais il n'en est rien. En effet, si la doctrine française a porté un intérêt particulier à cette décision, c'est que la question du transfert du siège social se pose dans les mêmes termes au sein du droit international privé belge et français. De plus, concernant l'objection relative à la nature de la société qui pourrait être formulée et le fait qu'en France le transfert de siège social d'une SA implique une certaine particularité, il suffit de lire la formulation générale de l'attendu de l'arrêt précité pour ne pas limiter sa portée au déplacement du siège d'une société anonyme. Une fois la réponse apportée à la question l'étendue et de la portée de l'adaptation des statuts de la société migrante, il convient, dans une approche concrète de se poser celle de la réalisation de cette adaptation : comment adapter les statuts de la société qui vient de transférer son siège social ? Cette question renvoie au contenu de la législation nationale sur les

sociétés, de l'Etat qui accueille l'entreprise migrante. Certaines dispositions ont un contenu plus ou moins impératif au regard du système juridique de cet Etat.

B- Les différentes méthodes d'adaptation des statuts élaborées par la doctrine française

234. Selon une opinion doctrinale, il serait possible d'adapter les statuts d'une société migrante en écartant purement et simplement les dispositions statutaires non essentielles contraires à la nouvelle *lex societatis*²⁸⁸. Si l'avis de cet auteur ne semble devoir faciliter l'adaptation des statuts de la société, elle implique une difficulté qui pourrait se révéler être une source de litige : comment distinguer les clauses statutaires essentielles et non essentielles selon la nouvelle *lex societatis* de la société ? Et le caractère essentiel ou non essentiel des clauses doit-il être déterminé au regard de la nouvelle loi de la société ou en considération du pacte social qui lie les associés de l'entreprise ? La réponse à cette dernière question semble bien délicate car la démarche préconisée par l'auteur ne saurait priver les associés de l'organisation qu'ils ont désirée donner à leur entreprise en la dénaturant. En conséquence, il semble bien que cette opinion ne soit pas applicable en pratique pour mettre en conformité les statuts de la société migrante avec la nouvelle loi applicable à celle-ci.

235. Une seconde opinion doctrinale propose la solution suivante : afin d'adapter les statuts de la société migrante à sa nouvelle *lex societatis* et lui permettre d'avoir une vie sur le plan juridique, il faut, parmi les règles de constitution et de publicité, « distinguer les prescriptions dont l'utilité est restée constante, de celles qui n'ont qu'un intérêt

²⁸⁸ *JDI* 1967.140, note Leleux

momentané...pour observer les premières et rejeter les secondes »²⁸⁹. Cet auteur inscrit cet avis dans le cadre du transfert du siège social d'une société étrangère désirant devenir française. En toute logique, il va de soi que les dispositions qui présentent un caractère momentané peuvent facilement être écartées dans la démarche d'adaptation des statuts de la société migrante dans la mesure où elles ne présentent pas un intérêt fondamental pour la vie future de l'entreprise au sein de son nouvel environnement juridique. Il s'agirait donc de s'attacher aux règles de droit présentant un caractère permanent afin de distinguer parmi elles, celles présentant un caractère impératif. Cependant, une légère critique peut être formulée à l'encontre de cette opinion. Le droit est par nature vivant et évolutif. Ainsi le droit français des sociétés s'est beaucoup modifié au cours des dernières années. Comment prévoir la constance de règles au regard de ce caractère naturel du droit ? Il est vrai que certaines règles sont permanentes mais si elles le sont aujourd'hui, elles ne le seront plus forcément demain. Au final, la prise en compte du facteur temps fragilise l'avis de cet auteur. Ecarter les dispositions à caractère momentané et se revendiquant comme telles paraît tout à fait fonder. Mais se projeter dans le futur pour envisager la permanence de certaines règles de droit des sociétés peut s'avérer délicat.

236. Un troisième auteur²⁹⁰ s'inscrit dans la ligne de l'opinion précitée mais y ajoute une nuance supplémentaire. Tout en maintenant la distinction faite entre les dispositions légales qui présentent un caractère momentané et celles qui sont permanentes donc pouvant être impératives, cet auteur se propose de faciliter la distinction en dégageant une série de

²⁸⁹ Jean Perroud, « Du changement de nationalité d'une société anonyme », *JDI* 1926, page 561

²⁹⁰ Demassieux, *Le changement de nationalité des sociétés de commerce*, Lille, 1928

règles²⁹¹ qui sont par nature impératives. Cependant, il nuance son point de vue par rapport à l'opinion précédente en considérant que les dispositions statutaires à moins d'être contraire à l'ordre public de l'Etat d'accueil concernent essentiellement le fonctionnement interne de la société migrante. Partant, il n'y a pas d'intérêt à les modifier dans la mesure où ils ne produisent pas d'effets envers les tiers. Il en découle une distinction qui repose sur le fait de savoir quelles sont les clauses statutaires qui concernent le fonctionnement interne ou externe de l'entreprise. Dans le premier cas de figure, il y a implication des tiers. Dès lors, ces clauses doivent être modifiées conformément aux règles de la nouvelle lex societatis de l'entreprise qui présentent un caractère permanent et impératif, notamment les règles relatives à la constitution d'une société et à la publicité. Dans le second cas de figure, les tiers ne sont pas impliqués donc la nécessité d'adaptation des statuts de la société n'existe pas. Il n'est pas possible d'adresser la même critique à l'avis de cet auteur que celle formulée sur la précédente opinion doctrinale exposée. En effet, l'auteur mentionne les corps de règles auxquels il convient de se référer pour adapter les statuts de la société migrante, en raison de leur impérativité. Cependant, la distinction qui est faite entre les règles de fonctionnement interne et externe de l'entreprise ne concernant pas les tiers semble surfaite, aujourd'hui en considération du désir de transparence dans la gestion des sociétés qui parcourt le milieu des affaires en matière de corporate governance. Cette distinction est obsolète dans le cadre juridique actuel.

237. Une quatrième opinion²⁹² vient s'inscrire dans la lignée du second avis doctrinal exposé et contredire la troisième. Pour cet auteur, il faut aussi faire une sélection des

²⁹¹ Ces règles ne seront pas exposées car elles relèvent du droit positif en vigueur à l'époque, ce qui ne semble pas présenter un intérêt pertinent dans le cadre de cette étude.

²⁹² Yvon Loussouarn, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, Rennes, 1949, n°125-126

dispositions de la nouvelle lex societatis afin de déterminer celles auxquelles devront répondre les statuts de la société qui vient d'installer son siège social sur le territoire de son Etat d'accueil. Cependant, cet auteur préconise pour faire la distinction entre les règles de droit impératives et celles qui ne le sont pas de se référer à la volonté du Législateur national. Il s'agit, en fait, de rechercher les règles par lesquelles le Législateur national a entendu protéger des intérêts permanents et généraux comme le crédit national ou alors des intérêts seulement de manière momentanée comme ceux des parties au cours de la constitution de la société. Dans le cadre de la première démarche, la société migrante doit se soumettre aux dispositions de la loi nouvelle loi qui lui est applicable. Dans le cadre de la seconde démarche, la société dispose d'une plus grande latitude et peut se permettre de ne pas modifier ses statuts. Ainsi, l'avis de cet auteur s'inscrit dans la lignée de la seconde opinion doctrinale exposée car la thèse qu'il propose pour permettre la mise en conformité des statuts de la société migrante aux dispositions de la nouvelle lex societatis applicable à l'entreprise, est de distinguer entre les règles impératives et celles qui ne le sont pas. Seulement, la méthode pour parvenir à ce résultat diffère de celle proposée précédemment puisqu'elle repose non sur la projection dans le futur du juriste pour déterminer le caractère permanent ou momentané des règles et en conclure ainsi à leur caractère impératif ou non, mais sur l'examen de la volonté du Législateur national. Il s'agit de savoir si ce dernier a recherché pour finalité une protection permanente pour des intérêts généraux ou seulement une protection ponctuelle, ceci afin de déterminer le caractère impératif ou non des règles considérées.

238. En ce qui concerne la troisième opinion doctrinale, l'auteur sans la contester en atténue les effets. Il récuse le côté systématique de la distinction faite entre les règles intéressant le fonctionnement interne de la société migrante et n'impliquant donc pas les tiers,

ce qui ne les rend pas obligatoires, et les autres qui touchent au fonctionnement externe de l'entreprise donc sont impératives car concernent les tiers. Cet auteur constate que certaines règles relatives au fonctionnement interne de la société peuvent avoir des conséquences sur les tiers dont les intérêts doivent primer sur ceux des associés qui ayant pris la décision de transfert auront eu le temps de se familiariser avec le contenu de la future *lex societatis* de leur entreprise. Il en conclut qu'une analyse plus fine est nécessaire pour déterminer parmi les règles d'une législation nationale concernant le fonctionnement interne d'une société celles qui sont susceptibles de toucher les tiers. Une démarche systématique ne peut être envisagée.

239. Enfin, il convient d'exposer une dernière opinion doctrinale²⁹³. Selon cette dernière, une modification des statuts de la société, dans le cadre d'une application stricte de la nouvelle *lex societatis*, s'apparenterait à une reconstitution de la société. En conséquence, il est préférable de procéder à un examen clauses par clauses des statuts afin de déterminer si une mise en conformité avec la nouvelle loi applicable à la société migrante est nécessaire ou pas. Le seul impératif requis est de veiller à la permanence des clauses statutaires à adapter.

240. Pour conclure sur cette question de la méthode à adopter pour adapter les statuts d'une société qui décide de transférer son siège social sur le territoire de la France, il faut d'abord être conscient qu'il ne serait être fait une application rigoureuse et mécanique de la nouvelle *lex societatis* de la personne morale migrante car ceci reviendrait à ignorer l'existence antérieure de la société migrante. La survie de sa personnalité morale n'aurait alors plus de sens. Par conséquent, la modification des statuts de l'entreprise conformément à la nouvelle loi de la société doit être précédée d'un examen des clauses statutaires une par

²⁹³ W. Le Bras, « Le transfert du siège social des sociétés étrangères en France », *Joly Sociétés* 1983, page 795

une. Leur contenu sera déterminant de leur adaptation éventuelle à cette loi. A partir de là, il s'agit de distinguer parmi les règles du droit des sociétés de la nouvelle lex societatis, celles qui sont de nature impérative afin de procéder à la transformation des statuts sociaux dont la finalité est de permettre à la société d'avoir une vie dans son nouvel environnement juridique.

241. Suite aux diverses opinions doctrinales exposées précédemment quant à la méthode qui pourrait être appliquée pour déterminer la nature des dispositions légales applicables à la société migrante, la plus adaptée semble être celle qui préconise l'examen de la volonté du Législateur national pour savoir quels sont les intérêts auxquels il désire accorder une protection particulière. Il semble logique d'ajouter à la source légale, les sources jurisprudentielle et doctrinale. En conséquence, pour procéder à une adaptation des statuts de la société qui soit aussi optimale que possible, la logique est de combiner l'examen de la volonté du Législateur éclairée par la jurisprudence et la doctrine nationales avec celui des pratiques locales au niveau juridique et du milieu des affaires. Cette approche juridique et économique permet d'avoir une approche pragmatique des transformations que doivent subir les statuts de la société pour que l'entreprise puisse continuer d'exercer ses activités dans son nouvel environnement. Il s'agit de ne pas perdre de vue que les associés d'une société qui désirent transférer son siège social à l'étranger ne décident pas de procéder à une telle opération s'il n'y a pas certains avantages à la clef pour leur entreprise, notamment fiscaux. Ceci implique d'aborder concrètement la situation, il n'est pas possible de s'en tenir à des distinctions systématiques comme cela a pu être exposé dans certaines opinions doctrinales précitées. Une analyse fine de la situation est obligatoire.

242. Enfin, une fois procéder à l'examen tant juridique qu'économique du nouvel environnement où la société migrante devra évoluer, il convient de procéder à l'adaptation de ses statuts dans le respect de ses caractères essentiels. Il ne s'agit d'arriver à la dénaturation du pacte social au cours de cette adaptation. Dans le cas contraire, il faut se poser la question de savoir s'il est encore possible de considérer la personnalité morale de la société comme maintenue dans la mesure où les modifications statutaires conduisent à une transformation de la société telle que celle-ci pourrait être considérée comme une entité différente de la première. Selon une opinion doctrinale autorisée, la personnalité juridique de société qui procède au transfert de son siège ne serait être maintenue si ses caractères essentiels venaient à disparaître au cours de l'adaptation de ses statuts²⁹⁴.

243. Dans le cadre d'un transfert international de siège social impliquant une société française voulant émigrer vers un Etat étranger, la lecture des dispositions de la loi du 24 juillet 1966 et l'interprétation de ses articles précédemment exposés montrent que le changement de *lex societatis* applicable à la société est assimilé à une hypothèse de modification des statuts d'une entreprise²⁹⁵, une hypothèse tellement particulière qu'elle implique la prise d'une décision à l'unanimité. Ceci se répercute sur le transfert international de siège social. Selon la loi française, il semblerait qu'une des conditions impératives pour que l'opération soit valide est que la décision prise au sein de la société de procéder au déplacement du siège social de l'entreprise soit prise à l'unanimité des associés. Cette exigence s'inscrit dans la droite ligne du principe fondamental en droit des sociétés français qui est le respect du pacte social. Il faut souligner que la manière dont sont rédigés ces

²⁹⁴Cour de cassation de Belgique (1^{er} Ch.), 12 oct 1965, *Soc. Lamot c. Willy Lamot*, *JDI* 1967.140, note Leleux

²⁹⁵JM Bischoff, « Observations sur la validité du transfert international de siège social » in *Mélanges Bastian*, page 28



différents articles du Code de commerce est un argument supplémentaire en faveur de la continuité de la personne morale au cours de l'opération de transfert dans la mesure où une société ne perd pas sa personnalité morale suite à une modification de ses statuts.²⁹⁶

²⁹⁶ JM Bischoff, « Observations sur la validité du transfert international de siège social » in *Mélanges Bastian*, page 29

CONCLUSION DU CHAPITRE II

244. Après avoir étudié les conditions de réalisation d'un transfert international de siège social, l'examen de sa réalisation conduit à distinguer trois grandes étapes : la prise d'une décision de transfert conforme à la *lex societatis* d'origine de la société qui veut migrer – en droit français, le principe posé est celui de la décision prise à l'unanimité, la radiation de son immatriculation initiale et sa nouvelle immatriculation dans son for d'accueil et enfin la modification de ses statuts en accord avec la nouvelle loi qui lui est applicable. Cette dernière étape est la plus délicate car de la bonne adaptation des statuts de la société dépend sa parfaite intégration dans son nouvel environnement juridique. Il est apparu après une étude de la doctrine en la matière que la méthode qui semblerait être la plus efficiente pour procéder à la modification des statuts de la société migrante est l'approche concrète et pragmatique système juridique de son Etat d'accueil. Cette approche, en se basant sur les sources du droit mais également sur les usages juridiques locaux, a pour finalité de déterminer les règles de droit qui sont impératives en matière de sociétés et qu'il n'est pas possible d'ignorer. Toutefois l'adaptation des statuts de la société dans la mesure où ils constituent la base du pacte social ne doit pas se trouver dénaturé par ce processus de transformation. L'essence et l'esprit de l'accord qui lie les associés se doit de demeurer.

DEUXIEME PARTIE : Cas particuliers de transfert international de siège social

245. Dans la première partie de cette étude, l'examen des conditions de réalisation du transfert international de siège social - la survie de la personnalité morale de la société migrante et sa reconnaissance par l'Etat où elle désire s'implanter - ont montré la complexité et les difficultés auxquelles peut être confrontée une société qui souhaite migrer. Ceci conduit à considérer avec intérêt les nouvelles formes sociales européennes que sont la Société Européenne (SE), la Société Coopérative Européenne (SCE) et la future Société Privée Européenne (SPE) car elles bénéficient du droit de transférer leur siège social. De fait, leurs statuts juridiques ont évacué les questions qui se posent dans le cadre d'un transfert international de siège social d'une société nationale. Comment l'opération peut-elle être réalisée pour chacune de ces sociétés ? Quelle procédure a été mise en place en droit français pour la réalisation d'une opération ? Les réponses à ses interrogations seront apportées aux travers de l'étude détaillée des régimes de ces sociétés, des perspectives qu'elles offrent de ce fait. Il sera également porter un intérêt particulier à la thématique l'adéquation de ces sociétés aux besoins des milieux professionnels auxquels elles sont censées répondre. Des propos précédemment exposés, il est également apparu que la problématique de la réalisation du transfert international de siège social conduit à s'interroger sur la question de l'intention et de la motivation avec lesquelles l'opération est réalisée. Ceci renvoie au sujet du transfert

international de siège social frauduleux qu'il soit réalisée par des sociétés nationales comme européennes et à l'utilisation qui peut être faite par une entreprise de la possibilité qu'elle a de dissocier les composantes de son siège social. Deux chapitres seront développés et porteront sur l'examen de ces cas particuliers de transfert international de siège social :

Chapitre I : Les nouvelles formes sociales communautaires

Chapitre II : Le transfert international de siège social frauduleux

CHAPITRE I : Les nouvelles formes sociales communautaires

246. L'analyse de la jurisprudence communautaire qui vient d'être faite dans le cadre de la première partie de cette étude a démontré la volonté croissante des instances européennes d'augmenter la mobilité des sociétés au sein du marché commun. Cette volonté se confirme par l'instauration de nouvelles formes sociales qui disposent de la capacité de transférer leur siège social d'un Etat membre à un autre. Ce sont la Société Européenne, la Société Coopérative Européenne et la future Société Privée Européenne. Bien que chacune soit distincte des autres et soit destinée à satisfaire les besoins de différents acteurs économiques dans l'Union Européenne, leurs statuts présentent de très fortes similitudes car celui de la Société Européenne a servi de base pour l'élaboration de ceux de la Société Coopérative Européenne et de la future Société Privée Européenne.

247. Toutefois, malgré le fait qu'elles aient selon les textes la capacité de transférer leur siège social d'un Etat membre à un autre, un examen précis des statuts de ces trois formes sociales amènent à poser la question de la faisabilité réelle de cette opération qui au cours de

la première partie de cette étude est apparue comme faisable mais difficilement réalisable. En effet, si les textes communautaires offrent cette possibilité à ces sociétés, est-il pour autant plus facile de réaliser une telle opération ? Au cours des développements qui vont suivre, la réponse à cette question sera recherchée au travers de l'étude du statut propre à chaque société européenne et notamment par l'examen précis du déroulement étape par étape d'un transfert de siège social conformément à leur statut. Trois sections seront consacrées à cette étude, chacune relative à chaque société :

Section 1 : La Société Européenne (SE)

Section 2 : La Société Coopérative Européenne (SCE)

Section 3 : La Société Privée Européenne (SPE)

SECTION I : La Société Européenne (SE)

248. La Société Européenne a été la première société de droit communautaire à être instaurée. Elle bénéficie conformément au régime juridique qui lui est applicable de la possibilité de transférer son siège social au sein de l'Union Européenne. Bien qu'elle apparaisse comme étant innovatrice en son principe, elle n'est pas complètement une société détachée du droit des Etats membres. Il découle de ce rattachement une hiérarchie des normes applicables à la SE complexe et dont pâtit la mobilité qui lui a été conférée. Toutefois, étant la première société reconnue comme d'essence européenne et non nationale, son statut a servi de base pour l'élaboration de ceux des autres sociétés européennes. Pour cette raison, une étude approfondie avec un regard critique sur le régime juridique de la Société Européenne et

notamment de la procédure applicable à l'opération de transfert de siège sera effectuée dans les propos suivants. Quatre paragraphes y seront consacrés :

Paragraphe 1 : Genèse de la Société Européenne

Paragraphe 2 : Définition et régime juridique de la Société Européenne

Paragraphe 3 : Le transfert international du siège social d'une Société Européenne

Paragraphe 4 : Conclusion sur la SE et évolution potentielle de son statut en matière de mobilité

§1/ Genèse de la *Societas Europaea*

249. « Arlésienne du droit communautaire », « divine surprise »...les qualificatifs pour désigner la *Societas Europaea*, ne manquent pas. En effet, il a fallu plus de quarante ans pour que le Conseil adopte le 8 octobre 2001 le Règlement (CE) n°2157/2001 relatif au statut de la société européenne (SE)²⁹⁷, ci-après dénommé le Règlement SE, complété par la Directive 2001/86/CE complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs²⁹⁸, ci-après dénommée la Directive SE. Avant d'atteindre la publication de ces deux textes aux Journal Officiel des Communautés Européennes, le chemin a été long et plein de vicissitudes. En 1949 puis en 1952, le Conseil de l'Europe a présenté un projet de 'compagnie européenne'. Mais cette initiative n'a pas été poursuivie suite à l'abandon du projet. Puis l'idée fut reprise lors d'un Congrès de notaires en France en 1959. C'est donc sous l'impulsion française en 1966 que la Commission devait nommer un groupe d'experts, présidé par le Doyen Sanders de la faculté de Rotterdam, pour examiner la question. Cette

²⁹⁷ Règlement n°2157/2001 du 8 oct 2001, *JOCE* n° L 294 du 10 nov 2001 pages 1 - 21

²⁹⁸ Directive n°2001/86/CE du 8 oct 2001, *JOCE* n° L 294 du 10 nov 2001 pages 22 - 32

étude devait aboutir à l'élaboration d'un avant-projet de statut de société anonyme européenne extrêmement complet car il prenait en compte les différents modes de constitution de la société, sa gouvernance, sa comptabilité, sa dissolution. Suivant les méandres bureaucratiques des instances européennes, de cet avant-projet devait naître un projet de règlement de statut complet de la société européenne proposé par la Commission en 1970 et transmis au Conseil des ministres en 1975. La démarche de la Commission était audacieuse car son projet détachait la société européenne de toutes législations nationales en instaurant une société supranationale. Cette initiative devait être qualifiée de « forte, cohérente, résolument anticipatrice, [répondant] aux attentes de l'époque et apportant souffle et vigueur à l'ensemble des travaux européens en droit des sociétés »²⁹⁹.

250. Cependant elle présentait une certaine rigidité car le projet de texte élaboré l'était sur le modèle allemand de la société anonyme. Ainsi était prévu un système de gestion dualiste de la société européenne avec un directoire et conseil de surveillance similaires à celui des sociétés anonymes allemandes depuis 1937³⁰⁰. De plus, il était prévu l'instauration d'un mécanisme de cogestion afin d'assurer la représentation des salariés au sein du conseil de surveillance, toujours en se basant sur le modèle allemand. C'est autour de ce point que devaient se cristalliser les difficultés d'un accord sur le statut de la société européenne au cours de son élaboration, allant jusqu'à la confrontation idéologique pour les Etats qui ne

²⁹⁹ J Bouchoureliev, « Une société de droit européen ? », *Presses de Sciences Po / Creda, coll « La bibliothèque du décideur »* 1999, page 40 cité in JP Bertrel, « La société européenne entre son passé et son avenir », *Droit & Patrimoine* Avril 2004, n°12, page 50

³⁰⁰ JP Bertrel, « La société européenne entre son passé et son avenir », *Droit & Patrimoine* Avril 2004, n°12, page 50

connaissaient par le système de la cogestion. Le projet devait s'enliser et l'expression « boulet social »³⁰¹ être utilisée pour nommer ce conflit.

251. La nouvelle impulsion au processus d'élaboration du statut de la SE devait venir de la signature de l'Acte unique en 1987. La Commission devait alors modifier son approche de la question et assouplir sa démarche relative à l'implication des travailleurs dans la SE. Pour cela, elle présentait en 1989 un nouveau projet de règlement de statut de société européenne assorti d'une directive concernant les salariés. Ce nouveau pas devait marquer plusieurs changements : un changement de la philosophie de la Commission devenue plus souple sur la question des salariés du fait de l'utilisation d'une directive laissant une plus grande marge de manœuvre aux Etats membres et une nouveauté avec le rattachement de la société européenne à la fois au droit communautaire et aux droits nationaux³⁰². Malgré ceci et d'autres propositions encore, la question de la cogestion restait un point sensible dans la mesure où les protagonistes demeuraient sur leurs positions. Un accord faillit être trouvé par un concept permettant de préserver le système de la cogestion tout en pouvant s'appliquer également dans les Etats membres ne le connaissant pas. Il s'agissait de ce que la doctrine a qualifié de principe « avant-après ».

252. L'idée était simple. Si un système de cogestion était en place dans les sociétés créatrices de la SE avant la constitution de celle-ci, il devait être maintenu et organisé après la constitution de la société européenne. A l'inverse, si avant la constitution, ce système n'était pas appliqué, aucune obligation ne naissait quant à son organisation ou sa mise en place au

³⁰¹ JP Bertrel, « La société européenne entre son passé et son avenir », *Droit & Patrimoine* Avril 2004, n°12, page 50

³⁰² JP Bertrel, « La société européenne entre son passé et son avenir », *Droit & Patrimoine* Avril 2004, n°12, page 50

moment de la création de la SE. La question qui devait logiquement se poser dans ce cas de figure était le pourcentage requis de salariés devant accepter le système pour qu'il soit créé au moment de la constitution de la société, notamment quand celle-ci naissait d'une fusion entre deux sociétés absorbées par la nouvelle entreprise. Dans l'Europe des quinze, tous les Etats membres acceptèrent un pourcentage de 25%, que seule refusa l'Espagne. Pour reprendre une formule imagée, la société européenne était « *repoussée aux calendes...espagnoles* »³⁰³. En effet, elle refusait qu'une minorité de salariés puissent imposer leur volonté à l'ensemble des employés d'une société. La solution devait venir au cours du sommet européen qui s'est tenu à Nice en l'an 2000. Afin d'obtenir l'assentiment espagnol, il fut accepté qu'un Etat puisse ne pas transposer les dispositions rendant applicables la participation des salariés. Ainsi devait être pris en compte les diversités juridiques de chacun des Etats membres pour sortir de l'opposition qui régnait quant au statut de la Société Européenne afin d'aboutir à un compromis conduisant à l'adoption du Directive SE et du Règlement SE la complétant.

253. L'architecture de ces deux textes est particulière. Ils se complètent et ne peuvent être appliquées l'un sans l'autre. « Les règles relatives à l'implication des travailleurs dans la SE font l'objet de la directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs. Ces dispositions forment dès lors un complément indissociable du présent règlement et elles doivent être appliquées de manière concomitante. »³⁰⁴. Ces deux textes étant indissociables, les Etats membres avaient jusqu'au 8 octobre 2004, date limite pour la transposition de la Directive SE, pour procéder à la transposition des deux textes. C'est par la loi numéro 2005-842 en date du

³⁰³ F Fortin, « La société anonyme repoussée aux calendes...espagnoles », *Droit & Patrimoine* 1999, n°73, page 12

³⁰⁴ Considérant 19 du Règlement

26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie que la SE a été introduite en droit français.

254. Deux propositions de texte ont précédé l'adoption de cette loi. Le premier projet a été proposé par le Sénateur Philippe Marini et le Député Xavier Roux en date du 8 octobre 2003, un an jour pour jour avant l'entrée en vigueur du Règlement SE, suite à son élaboration par un groupe d'experts pluridisciplinaire³⁰⁵. Cette proposition comportait deux articles dont le premier était relatif à la transposition en droit interne du texte du Règlement SE, et le second proposait une réforme du Code de commerce afin de moderniser le droit des sociétés anonymes. Toutefois elle se limitait aux droits des sociétés et n'envisageait pas la question de la transposition de la Directive SE. Au regard de la transposition du Règlement SE, ce projet de loi offrait une faculté de souplesse par un aménagement des rapports entre les actionnaires dans les SE fermées, c'est-à-dire qui ne font pas appel à l'épargne publique. Cette faculté aurait été basée sur le modèle existant au sein des SAS³⁰⁶. En ce qui concernait la modernisation du droit des sociétés anonymes, l'innovation de cette proposition était d'offrir la possibilité de créer des SA unipersonnelles en supprimant le nombre d'actionnaires minimum requis pour la constitution d'une société anonyme³⁰⁷ ou faire disparaître l'exigence de la qualité d'actionnaire pour être membre du conseil de surveillance ou administrateur. C'est pourquoi l'abrogation des articles L 225-25 et L 225-75 du Code de commerce était demandée³⁰⁸. Le transfert du siège social d'une SE vers un autre Etat membre devait être

³⁰⁵ F Fages et M Menjucq, « Proposition de loi relative aux mesures d'adaptation du droit français des sociétés dans la perspective de l'entrée en vigueur du règlement (CE) 2157/2001 du 8 octobre 2001 sur la société européenne (SE) », *JCP ed G* du 22 oct 2003, n°43-44, page 1853

³⁰⁶ « Proposition de loi relative à la société européenne », *JCP ed. E* du 16 oct 2003, n°42, page 1641

³⁰⁷ Valérie de Senneville, « La société européenne prépare son adaptation au droit français », *Les Echos* 9 oct 2003, page 2

³⁰⁸ Actualité Législative, *Dalloz* 2003, n°36, page 2490-2491

soumis à un régime équivalent à celui des fusions³⁰⁹ avec pour finalité de faciliter³¹⁰ le transfert d'une SE vers la France³¹¹. Le problème de cette proposition était qu'elle ne prenait pas en compte la Directive SE qui complétait le Règlement SE : le volet social de ce duo n'était pas considéré. Or le Règlement SE lui-même précise la nature complémentaire de la Directive : ils doivent s'appliquer de concert. Dans le cadre de ce projet de loi, le sort de la SE en France était suspendu à l'intérêt que lui portait le gouvernement³¹².

255. Le deuxième projet de loi³¹³ fut déposé par deux sénateurs, Jean-Guy Branger et Jean-Jacques Hyest, en date du 19 janvier 2004. Cette proposition prenait à la fois en compte la transposition du Règlement SE et celle de la Directive SE. Il comportait deux articles, le premier relatif à la Directive créant un nouveau titre dans le Code du commerce intitulé « De l'implication des salariés dans les affaires relatives à la société européenne », et le second relatif au Règlement SE créant également un nouveau titre intitulé « Des sociétés européennes ». Ce texte en matière de droit des sociétés laissait une place importante à l'initiative gouvernementale pour prendre des mesures de coordination nécessaires à la bonne application du Règlement SE. Cette proposition avait essentiellement comme vocation de procéder à la transposition de la Directive SE en droit français. Il n'y avait pas de volonté de réforme profonde ou de modernisation du droit des sociétés. La seule nouveauté était une proposition de création de SA simplifiée. Il s'agissait d'envisager de créer une « passerelle » entre les dispositions applicables aux SA et celles applicables aux SAS afin de permettre à ces dernières de pouvoir accéder aux avantages offerts par la création d'une SE. Ceci aurait été

³⁰⁹ Art L 229-25 à L 229-30 de la proposition

³¹⁰ « Les enjeux et le contenu de la proposition de loi relative à la société européenne », *Lexbase Hebdo*, 16 oct 2003, n°90 ; *Actualité Législative, Dalloz* 2003, n°36, page 2490-2491

³¹¹ Art L 229-31 de la proposition

³¹² O Dufour, « La société européenne à la française sur les fonds baptismaux », *PA* du 23 oct 2003, n° 212, page 3

³¹³ « Proposition de loi relative à la société européenne », *JCP ed E* du 5 fév 2004, n°6, page 193

possible car le Règlement SE vise les sociétés anonymes. Cette locution doit être prise dans son acception la plus large : les sociétés qui respectent le droit communautaire applicables aux sociétés anonymes. Cette approche tenait compte de l'engouement actuel des milieux professionnels pour la SAS, du fait de la grande liberté statutaire que cette forme de société offre, à la différence de la rigidité processuelle de la SA, notamment depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques dite « loi NRE » du 15 mai 2001³¹⁴. En effet, les principes de la 'corporate gouvernance' et les contrôles sont de plus en plus présents³¹⁵.

256. Que penser de ces deux propositions ? Certaines remarques pouvaient déjà être émises à l'encontre de chacune des propositions qui viennent d'être exposées. En ce qui concerne, la proposition du Sénateur Marini, le fait de ne pas prendre en compte le volet social de la question la fragilisait. Toutefois, elle présentait l'avantage d'encadrer de manière plus dense la transposition du Règlement SE que ne le faisait le second projet qui laissait la part belle à l'initiative gouvernementale. Plus qu'antagonistes, ces deux projets paraissaient complémentaires : le jeu du pic assiette dans chacun des projets aurait pu être une bonne alternative. Finalement la réponse sera apportée par la loi numéro 2005-842 du 26 juillet 2005 qui s'inspire des deux projets et qui a assuré la transposition du Règlement SE et de la Directive SE en droit français. Elle a ajouté les articles L 225-245, L 238-3 et L 244-5 au Code de commerce ainsi qu'un nouveau Chapitre IX au Titre II du Livre II intitulé « De la Société Européenne » composé des articles L 229-1 à L 229-15. L'article L 229-2³¹⁶ traite lui

³¹⁴ Loi 2001-420 du 15 mai 2001 relatives aux nouvelles régulations économiques, *JO* n°113 du 16 mai 2001 page 7776

³¹⁵ « Nouvelle proposition de loi sur la société européenne », *Lamy*, fev 2004, n°165, page 1

³¹⁶ Article L 229-2 du Code de commerce :

« Toute société européenne régulièrement immatriculée au registre du commerce et des sociétés peut transférer son siège dans un autre Etat membre. Elle établit un projet de transfert. Ce projet est déposé au greffe du tribunal dans le ressort duquel la société est immatriculée et fait l'objet d'une publicité dont les modalités sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

plus spécifiquement du transfert du siège social de la SE. Au Code du travail, elle a ajouté les articles L 439-25³¹⁷ et suivants et L 483-1-3. Deux décrets lui ont été adjoints, le premier est le numéro 2006-448 du 14 avril 2006 relatif à la Société Européenne notamment à son immatriculation en France et le second est le numéro 2006-1360 du 9 novembre 2006 relatif à l'implication des salariés dans la Société Européenne.

§2/ Définition et régime juridique de la Société Européenne

257. La Directive SE, le Règlement SE et les textes de transposition qui leur sont associés donnent une définition de la SE et déterminent son régime juridique extrêmement hiérarchisé et complexe. Il a pour conséquence d'établir légalement le law shopping à l'échelle communautaire. Le Règlement SE ne prend pas en compte certaines problématiques

Le transfert de siège est décidé par l'assemblée générale extraordinaire dans les conditions prévues à l'article L. 225-96 et est soumis à la ratification des assemblées spéciales d'actionnaires mentionnées aux articles L. 225-99 et L. 228-35-6.

En cas d'opposition à l'opération, les actionnaires peuvent obtenir le rachat de leurs actions dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

Le projet de transfert de siège est soumis aux assemblées spéciales des porteurs de certificats d'investissement statuant selon les règles de l'assemblée générale des actionnaires, à moins que la société n'acquière ces titres sur simple demande de leur part et que cette acquisition ait été acceptée par leur assemblée spéciale. L'offre d'acquisition est soumise à publicité dont les modalités sont fixées par décret en Conseil d'Etat. Tout porteur de certificats d'investissement qui n'a pas cédé ses titres dans le délai fixé par décret en Conseil d'Etat le demeure sous réserve d'un échange de ces certificats d'investissement et de droit de vote contre des actions.

Le projet de transfert est soumis à l'assemblée d'obligataires de la société, à moins que le remboursement des titres sur simple demande de leur part ne soit offert auxdits obligataires. L'offre de remboursement est soumise à publicité dont les modalités sont fixées par décret en Conseil d'Etat. Tout obligataire qui n'a pas demandé le remboursement dans le délai fixé par décret en Conseil d'Etat conserve sa qualité dans la société aux conditions fixées dans le projet de transfert.

Les créanciers non obligataires de la société transférant son siège et dont la créance est antérieure au transfert du siège peuvent former opposition à celui-ci dans le délai fixé par décret en Conseil d'Etat. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société transférant son siège en offre et si elles sont jugées suffisantes. A défaut de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées, le transfert de siège est inopposable à ces créanciers. L'opposition formée par un créancier n'a pas pour effet d'interdire la poursuite des opérations de transfert. Les dispositions du présent alinéa ne mettent pas obstacle à l'application des conventions autorisant le créancier à exiger le remboursement immédiat de sa créance en cas de transfert de siège.

Un notaire délivre un certificat attestant de manière concluante l'accomplissement des actes et formalités préalables au transfert. »

³¹⁷ Article L 2351-1 du Code du travail (nouvelle numérotation)

juridiques et procède par des renvois successifs aux droits des Etats membres comme cela sera évoqué dans les propos qui vont suivre. Cependant, la question de la fiscalité de la SE est laissée entièrement à la charge des Etats membres et mérite à ce titre des développements particuliers. Quatre sous-paragraphes seront consacrés aux points particuliers de ces deux thèmes.

Sous-paragraphe A : La définition de la SE

Sous-paragraphe B : Une hiérarchie des normes applicables particulière

Sous-paragraphe C : L'institutionnalisation du law shopping en droit communautaire

Sous-paragraphe D : La question fiscale

A- La définition de la Société Européenne

258. Une SE est une société anonyme européenne dont le capital minimum de constitution est de 120 000 euros³¹⁸ car sa structure³¹⁹ est traditionnellement celle d'une SA : s'y retrouvent, l'Assemblée générale, le Directoire et le Conseil de surveillance ou le Conseil d'administration. L'option entre le système dualiste ou le système moniste est offerte. Suite à cette constatation, il s'agit de mettre en relief ce qui constitue à la fois la force et la faiblesse de la Société Européenne. Certes si elle est réservée aux SA, et de plus aux SA ayant un certain poids économique puisque le capital minimum requis est de 120 000 euros, il apparaît que seules les entreprises ayant un certain poids économique pourront en fonder car la SE

³¹⁸ Article 4 du Règlement : le capital minimum requis pour les SE faisant appel à l'épargne public est de 225 000 € en droit français

³¹⁹ Articles 38 à 60 du Règlement SE

n'est pas adaptée aux petites et moyennes entreprises³²⁰. Cela ressort des quatre modes de constitution instaurés par le Règlement SE : la fusion³²¹, la constitution d'une SE holding³²², la constitution d'une SE filiale³²³, la transformation d'une SA³²⁴. Aucun développement particulier relatif à ces modes de constitution ne sera exposé dans la mesure où les dispositions du Règlement SE en la matière sont très explicites et où ils ne présentent pas un intérêt particulier pour cette étude. Cependant un point notable doit être mentionné : il n'est pas possible de créer une SE ex nihilo, la société ne peut être créée qu'à partir de sociétés déjà existantes et disposant d'une implantation sur le territoire de l'un des Etats membres. Or la question de cette impossibilité et donc d'une réforme du régime juridique de la SE sur ce point se pose avec d'autant plus d'acuité qu'il est possible de créer une Société Coopérative Européenne ex nihilo, comme cela sera évoqué ultérieurement. Ce mode de création éviterait bien des écueils aux praticiens du droit dans le cadre de la création d'une SE notamment en ce qui concerne les négociations sociales et la complexité des mécanismes à mettre en place³²⁵. Cela permettrait également de rendre la création d'une SE plus accessible en réduisant les délais et les coûts de constitution de la société³²⁶. La SE présente également pour les praticiens du droit un autre aspect complexe : il s'agit de la hiérarchie des normes qui lui est applicable.

³²⁰ JP Bertrel, « La société européenne entre son passé et son avenir », *Droit & Patrimoine* Avril 2004, n°12, page 50; COM(2010) 676 final: "Rapport de la Commission au Parlement et au Conseil: Application du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE)", page 4

³²¹ Articles 17 à 31 du Règlement SE

³²² Articles 32 à 34 du Règlement SE

³²³ Articles 35 et 36 u Règlement SE

³²⁴ Article 37 du Règlement SE

³²⁵ Noëlle Lenoir, Patrick Thourot, Olivier Dillenschneider, Reinhard Dammann, « Les formes communautaires de sociétés : de la SE à la SPE », *Les nouveaux outils de la mobilité des entreprises en Europe – Fusions transfrontalières, SE, SPE, Colloque du 2 juin 2008 - Chanmbre de commerce et de l'industrie de Paris, Revue Lamy Droit des affaires*, avril 2009, N° 37

³²⁶ Reinhard Dammann, « Pladoyer pour une libéralisation des modes de constitution d'une société européenne », *Droit & Patrimoine*, oct 2007, 163-8; COM(2010) 676 final: "Rapport de la Commission au Parlement et au Conseil: Application du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE)", page 4

B- Une hiérarchie des normes applicables particulière

259. Par contre, le régime juridique applicable à la Société Européenne présente un intérêt particulier dans le cadre de cette étude. Il est complexe car hybride. Une partie de ce régime relève du droit national des Etats membres, l'ambition d'en faire une société supranationale ayant été abandonnée au cours du long processus qui a précédé l'élaboration du statut de la SE³²⁷. L'article 9 instaure une véritable hiérarchie des normes³²⁸ spécifiques qui rattache la Société Européenne à la fois au droit communautaire et au droit de chaque Etat membre. Les premières normes applicables sont celles du Règlement SE, si une option est offerte par le Règlement SE – choix du monisme ou du dualisme par exemple – ce sont les statuts de la société qui prennent le relais. Enfin vient s'appliquer le droit national avec la primauté

³²⁷ Article 9 du Règlement SE:

« 1. La SE est régie:

a) par les dispositions du présent règlement;

b) lorsque le présent règlement l'autorise expressément, par les dispositions des statuts de la SE,

ou

c) pour les matières non réglées par le présent règlement ou, lorsqu'une matière l'est partiellement, pour les aspects non couverts par le présent règlement par:

i) les dispositions de loi adoptées par les États membres en application de mesures communautaires visant spécifiquement les SE;

ii) les dispositions de loi des États membres qui s'appliqueraient à une société anonyme constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire;

iii) les dispositions des statuts de la SE, dans les mêmes conditions que pour une société anonyme constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire.

2. Les dispositions de loi adoptées par les États membres spécifiquement pour la SE doivent être conformes aux directives applicables aux sociétés anonymes figurant à l'annexe I.

3. Si la nature des activités exercées par une SE est régie par des dispositions spécifiques de la législation nationale, celles-ci s'appliquent intégralement à la SE. ».

³²⁸ JP Dom, « La société européenne – Aspects de droit des sociétés », *Droit & Patrimoine* 2004, n°125, page 77

réservée aux règles spécifiques à la SE puis celles relatives au droit des SA. De plus, pour les domaines du droit qui ne sont pas pris en compte par le Règlement SE, notamment les questions fiscales, il revient au droit national de l'Etat membre où la SE est établie de s'appliquer. En conséquence et conformément au Règlement SE³²⁹, la Société Européenne est considérée comme une société anonyme dans l'Etat membre où elle s'est constituée sous réserve des dispositions spécifiques du Règlement SE. Il en découle qu'il n'existe non pas un type de SE mais autant de différents types de SE qu'il y a d'Etats ayant transposé les textes communautaires³³⁰ soit 30 au total³³¹. Qu'en est-il alors de la SE « à la française » ?

260. La SE en droit français est très proche d'une société anonyme. La plupart des notions utilisées par le Règlement SE pour définir le régime général de la Société Européenne existent déjà pour nombre d'entre elles en droit français. Se retrouve la possibilité de choisir entre un mode de gouvernance moniste ou dualiste ou alors l'acquisition de la personnalité morale au moment de l'immatriculation de la société. La principale innovation réside dans l'accroissement de la mobilité de la SE que le Règlement SE instaure en autorisant explicitement une opération telle que le transfert international du siège social de la société mais sous certaines conditions dans un cadre strictement défini. Est-il possible de considérer la SE alors comme un apport réel en pratique ? La réponse à cette question semble être plus que nuancée : « La proximité entre le règlement de 2001 et le droit commercial français constitue a priori un élément appréciable de commodité pour les entreprises en France. Pour

³²⁹ Article 10 du Règlement :

« Sous réserve des dispositions du présent règlement, une SE est traitée dans chaque Etat membre comme une société anonyme constituée selon le droit de l'Etat membre dans lequel la SE a son siège statutaire. »

³³⁰ Michel Menjuq, « Un modèle de mobilité : la Société Européenne », *Cahiers du droit de l'entreprise*^{o2}, mars-avril 2006, page 38

³³¹ 27 Etats membres de l'Union Européenne plus la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein appartenant à l'Espace Economique Européen

autant, comme l'ont révélé la plupart des entretiens avec des responsables de ces entreprises, les acteurs économiques auraient préféré un statut plus novateur, moins rigide et permettant de faire bénéficier la SE de modes de gestion véritablement adaptés à ses activités transnationales »³³². Cette inadaptation de la SE au monde des praticiens semble encore plus prononcée s'il est considéré l'abstention de la France de lever l'option qui était offerte aux Etats membres d'autoriser la participation de sociétés étrangères à la création d'une SE. Il est possible d'invoquer la protection des intérêts vitaux en matière d'énergie et d'industrie³³³ pour expliquer cette prise de position mais est-ce une justification suffisante à la fermeture du marché national français à des investisseurs étrangers ? Une réponse positive à cette question paraît peu vraisemblable tant il est évident que la prise de contrôle d'intérêts économiques en matière d'énergie ou d'industrie ne nécessite pas forcément la création d'une SE à l'heure actuelle. Cette prise de position de la France comporte le risque de rendre le droit français moins attractif face aux droits des Etats membres. L'évocation de la compétitivité du droit français conduit à considérer les conséquences de la hiérarchie des normes posées par l'article 9 à savoir l'institutionnalisation d'un law shopping légal et officiel en droit communautaire.

C- Le law shopping institutionnalisé

³³² Noëlle Lenoir, Rapport intitulé « La *Societas Europaea* ou SE – Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise » daté du 9 mars 2007, page 38

³³³ Noëlle Lenoir, Rapport intitulé « La *Societas Europaea* ou SE – Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise » daté du 9 mars 2007, page 41

261. fait de rattacher la Société Européenne à la fois aux ordres juridiques communautaire et nationaux³³⁴ a pour conséquence de rendre le rattachement étatique de la SE crucial de par la localisation de son siège social. Dans la mesure où les dispositions du Règlement SE sont les mêmes pour tous, ce qui fait la différence entre le régime d'une SE par rapport à celui d'une autre est la place qui est faite aux normes nationales. Il va en découler que des facteurs comme l'adaptabilité et la sécurité des normes considérées vont être déterminantes dans le choix de la localisation de l'entreprise qui se constitue. Ainsi, il serait assez aisé de concevoir que le droit britannique des sociétés pourrait sembler plus attractif que le droit allemand, dans la mesure où la philosophie du premier est de permettre tout ce qui n'est pas interdit à la différence du second qui est d'interdire tout ce qui n'est pas expressément autorisé³³⁵. Ce phénomène engendrera-t-il une course vers une amélioration de la législation européenne ou bien le contraire, une dégradation vers une trop grande permissivité en matière de sociétés ? Autrement dit, l'avènement de la SE sera-t-il un facteur de saine concurrence législative ou bien l'inverse ? Les avis sont partagés à ce sujet.

262. Tout d'abord, il y a eu un nivellement par le bas qui s'est fait lorsque les instances communautaires ont dû renoncer à leur ambition de voir naître une SE supranationale, détachée de toutes influences étatiques. Il est impossible de ne pas constater qu'en droit des sociétés, notamment en matière de mobilité des entreprises, les instances de l'Union n'ont atteint que partiellement les objectifs fixés par l'article 293 du Traité CE. Que ce soit par le biais de la jurisprudence, ou en faisant appel à la concurrence entre législations nationales, il

³³⁴ Article 9 du Règlement

³³⁵ M Bouloukos, « Le régime juridique de la société européenne (SE) : vers une société européenne 'à la carte' ? », *RDAl* 2004, n°4, page 489

n'y a pas de consensus global qui ait jamais été réellement atteint, les particularismes étatiques étant toujours de mise. L'harmonisation en termes de droit des sociétés se fait plutôt de manière contraignante³³⁶. Que dire alors ? Il en découle que le law shopping ainsi instauré ne paraîtrait pas alors être un facteur favorisant une amélioration particulière de la législation communautaire. Bien au contraire, les particularismes étatiques demeurant et les différences juridico-culturelles étant encore nettement présentes, l'impact de ce law shopping pourrait être minime sur la mobilité des sociétés.

263. Toutefois, s'il est possible de douter et avec raison que le law shopping institutionnalisé par le Règlement SE agisse comme un catalyseur vers une harmonisation parfaite des droits nationaux des Etats membres, il n'en demeure pas moins qu'envisager la naissance d'une dynamique entre ces mêmes Etats conduisant à une harmonisation plus aboutie de leurs législations soit possible³³⁷. En raison de la mobilité accordée à la SE au sein de l'espace européen et de la concurrence entre les Etats membres qui chercheraient à attirer sur leur territoire une SE, ces derniers pourraient emprunter aux droits de leurs voisins les mécanismes qui leur semblent les plus attractifs pour rendre leurs législations plus compétitives ce qui conduirait à terme à leur convergence³³⁸. Envisager la naissance d'un tel mécanisme est d'autant plus important car doit être prise en considération l'importance des enjeux économiques qui accompagnent l'installation d'une SE sur le territoire d'un Etat membre. Dans la mesure où la constitution d'une SE est ouverte aux SA, elle représente en

³³⁶ M Bouloukos, « Le régime juridique de la société européenne (SE) : vers une société européenne 'à la carte' ? », *RDAl* 2004, n°4, page 489

³³⁷ Création des statuts de la Société Coopérative Européenne et de la future Société Privée Européenne, la Directive 2005/56/CE du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux

³³⁸ Noëlle Lenoir, Rapport intitulé « La *Societas Europaea* ou SE – Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise » daté du 9 mars 2007, page 21

effet une certaine force économique à la fois génératrice de richesses, d'emplois et de revenus fiscaux qui sont autant de facteurs influents dans le cadre d'une économie libérale. Il est aisé de concevoir les efforts que les Etats membres pourraient consentir en termes de réforme législative et d'adaptation de leur droit des sociétés pour le rendre plus attractif pour des investisseurs potentiels. Cependant un point demeure difficile à envisager avec un tel optimisme. Il s'agit de la fiscalité de la SE qui n'est pas abordée par le Règlement SE, cette question demeurant sur le plan national. En effet, aucun régime fiscal adapté à la SE n'est prévu par le Règlement SE³³⁹ et pour cause, « l'exclusion de la dimension fiscale du champ de la négociation est apparue nécessaire pour pouvoir avancer dans la voie d'un accord. Compte tenu de l'importance de l'objectif d'unification du marché intérieur, cette question était légitime »³⁴⁰. Et c'est là également un facteur qui entre en ligne de compte dans le law shopping qui s'annonce, malgré le début d'harmonisation fiscale qui existe en droit communautaire. Les législations des Etats membres sont encore trop disparates en la matière.

D- La question fiscale

264. L'impact des questions fiscales sur le transfert international du siège social d'une SE n'est pas pris en compte par le Règlement SE³⁴¹. La matière fiscale relève donc des droits nationaux de chacun des Etats membres. En conséquence, un rappel des normes applicables en droit français au transfert international de siège social s'impose. Dans l'hypothèse d'une

³³⁹ JC Parot, « La société européenne – Aspects de droit fiscal », *Droit & Patrimoine* 2004, n°125, page 93

³⁴⁰ Rép min à QE n°35 850, Souvet, JO Sénat Q. 3 janvier 2002, page 27

³⁴¹ M Menjucq, « La société européenne (règlement CE n°2157/2001 et directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001) », *Rev Soc* avr-juin 2002, page 225



société qui transfère son siège social hors du territoire français, selon l'article 221-2 du Code général des impôts³⁴², l'opération entraîne l'établissement de l'impôt sur les sociétés selon les dispositions des articles 201-1 et 201-3³⁴³ du même Code. Selon les termes de l'article 201 du

³⁴² Article 221 du Code général des impôts

[...]

« 2 En cas de dissolution, de transformation entraînant la création d'une personne morale nouvelle, d'apport en société, de fusion, de transfert du siège ou d'un établissement à l'étranger, l'impôt sur les sociétés est établi dans les conditions prévues aux 1 et 3 de l'article 201.

Il en est de même, sous réserve des dispositions de l'article 221 bis, lorsque les sociétés ou organismes mentionnés aux articles 206 à 208 quinquies, 239 et 239 bis AA cessent totalement ou partiellement d'être soumis à l'impôt sur les sociétés au taux prévu au deuxième alinéa du I de l'article 219.

Toutefois, le transfert de siège dans un autre Etat membre de la Communauté européenne, qu'il s'accompagne ou non de la perte de la personnalité juridique en France, n'emporte pas les conséquences de la cessation d'entreprise. »

[...]

³⁴³ Article 201 du Code général des impôts

« 1. Dans le cas de cession ou de cessation, en totalité ou en partie, d'une entreprise industrielle, commerciale, artisanale ou minière, ou d'une exploitation agricole dont les résultats sont imposés d'après le régime du bénéfice réel, l'impôt sur le revenu dû en raison des bénéfices réalisés dans cette entreprise ou exploitation et qui n'ont pas encore été imposés est immédiatement établi.

Les contribuables doivent, dans un délai de soixante jours déterminé comme il est indiqué ci-après, aviser l'administration de la cession ou de la cessation et lui faire connaître la date à laquelle elle a été ou sera effective, ainsi que, s'il y a lieu, les nom, prénoms, et adresse du cessionnaire.

Le délai de soixante jours commence à courir :

- lorsqu'il s'agit de la vente ou de la cession d'un fonds de commerce, du jour où la vente ou la cession a été publiée dans un journal d'annonces légales, conformément aux prescriptions de l'article L. 141-12 du code de commerce ;

- lorsqu'il s'agit de la vente ou de la cession d'autres entreprises, du jour où l'acquéreur ou le cessionnaire a pris effectivement la direction des exploitations ;

- lorsqu'il s'agit de la cessation d'entreprises, du jour de la fermeture définitive des établissements. »

[...]

« 3. Les contribuables assujettis à un régime réel d'imposition sont tenus de faire parvenir à l'administration, dans le délai de soixante jours déterminé comme indiqué au 1, la déclaration de leur bénéfice réel accompagnée d'un résumé de leur compte de résultat.

Pour la détermination du bénéfice réel, il est fait application des dispositions des articles 39 duodecies, des 1 et 2 de l'article 39 terdecies, et 39 quaterdecies à quindecies A.

Si les contribuables imposés d'après leur bénéfice réel ne produisent pas les déclarations ou renseignements visés au 1 et au premier alinéa du présent paragraphe, ou, si invités à fournir à l'appui de la déclaration de leur bénéfice réel les justifications nécessaires, ils s'abstiennent de les donner dans les trente jours qui suivent la réception de l'avis qui leur est adressé à cet effet, les bases d'imposition sont arrêtées d'office.

3 bis. Les contribuables soumis au régime défini à l'article 50-0 qui cessent leur activité en cours d'année sont tenus de faire parvenir à l'administration, dans le délai de soixante jours déterminé comme indiqué au 1, la déclaration et l'état mentionnés au 3 de l'article 50-0. »

[...]

Code général des impôts, le transfert emporte la cessation d'activité de la personne morale. La société migrante est alors imposable au titre des bénéfices d'exploitation réalisés depuis la clôture du dernier exercice jusqu'au jour du transfert des bénéfices en sursis d'imposition et des plus-values réalisées ou constatées à l'occasion de la migration de la société³⁴⁴. De plus les bénéfices et les réserves de la société sont réputés être distribués entre les associés³⁴⁵. Cette imposition est immédiate et implique un coût important pour l'entreprise qui envisage de procéder au transfert de son siège social hors de France³⁴⁶. Au regard du law shopping institutionnalisé par le Règlement SE, ceci aurait pu jouer en défaveur du droit français.

265. Pour cette raison, l'article 34 de la loi de finance 2005 numéro 2004-1484 en date du 30 décembre 2004³⁴⁷ a modifié l'article 221-2 du Code général des impôts qui dispose dans son alinéa 3 que « (...) le transfert de siège dans un autre Etat membre de la Communauté européenne, qu'il s'accompagne ou non de la perte de la personnalité juridique en France, n'emporte pas les conséquences de la cessation d'entreprise ». Cependant, cette modification ne lève pas tous les obstacles. En effet, la société qui décide de migrer de France vers un autre Etat membre doit maintenir un établissement stable sur le territoire national. Il en découle que si le transfert international du siège social de l'entreprise s'accompagne d'un transfert de ses actifs, cette dernière sera imposée sur les plus-values correspondantes³⁴⁸. Toutefois, ainsi que cela a été exposé précédemment, la notion de « cessation d'entreprise » en droit fiscal n'a pas

³⁴⁴ JC Parot, « La société européenne – Aspects de droit fiscal », *Droit & Patrimoine* 2004, n°125, page 93

³⁴⁵ Article 111 bis du Code général des impôts

« *Lorsqu'une personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés cesse d'y être assujettie, ses bénéfices et réserves, capitalisés ou non, sont réputés distribués aux associés en proportion de leurs droits.*

Cette disposition est applicable, le cas échéant, au prorata des résultats qui cessent d'être soumis à cet impôt.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux sociétés admises au bénéfice du régime prévu à l'article 208 C. »

³⁴⁶ JC Parot, « La société européenne – Aspects de droit fiscal », *Droit & Patrimoine* 2004, n°125, page 93

³⁴⁷ Loi de finance 2005, n° 2004-1484 du 30 déc 2004, JO 31 déc 2004, page 22459

³⁴⁸ Jean-Luc Calisti, « La mobilité internationale des sociétés : le point de vue du fiscaliste », *Cahiers du droit de l'entreprise* n°2, mars-avril 2006, page 58

d'incidence en matière juridique et n'équivaut pas à la dissolution de la personne morale. Il s'agit d'une notion autonome du droit fiscal³⁴⁹. En conclusion, il n'y a pas de contradiction entre les dispositions fiscales du droit français relatives au transfert international de siège social et l'article 8 paragraphe 1 du Règlement³⁵⁰ qui précise que le transfert du siège social d'une SE d'un Etat membre à un autre ne donne lieu ni à dissolution, ni à reconstitution de la société en tant que personne morale.

266. Enfin deux dernières remarques s'imposent sur la fiscalité de la SE. La première est relative à un arrêt rendu par la CJCE en date du 11 mars 2004 selon lequel elle affirme que « Le principe de la liberté d'établissement posé par l'article 52 du traité CE (devenu, après modification, article 43 CE) doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un Etat membre institue, à des fins de prévention d'un risque d'évasion fiscale, un mécanisme d'imposition des plus-values non encore réalisées, tel que celui prévu à l'article 167 bis du code général des impôts français, en cas de transfert du domicile fiscal d'un contribuable hors de cet Etat. »³⁵¹. Dans ce cas présent, il s'agit du domicile d'une personne physique mais le principe issu de cet arrêt est-il applicable à l'article 221-2 du Code général des impôts ? Il appartient à la Cour européenne de se prononcer à ce sujet³⁵². La seconde remarque est relative à l'article 221-3 du Code général des impôts³⁵³ qui concerne le changement de nationalité et le transfert international du siège social d'une société par action. Cette opération

³⁴⁹ JC Parot, « La société européenne – Aspects de droit fiscal », *Droit & Patrimoine* 2004, n°125, page 93

³⁵⁰ Cf. Section 3, paragraphe 2

³⁵¹ CJCE, 11 mars 2004, Hughes de Lasteyrie du Saillant c. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, Aff C-9/02, Rec 2004 page I-02409

³⁵² JC Parot, « La société européenne – Aspects de droit fiscal », *Droit & Patrimoine* 2004, n°125, page 93

³⁵³ Article 221 du Code général des impôts

[...]

« 3 Le changement de nationalité d'une société par actions et le transfert de son siège social à l'étranger n'entraînent pas l'application des dispositions du premier alinéa du 2, lorsqu'ils sont décidés par l'assemblée générale dans les conditions prévues à l'article L. 225-97 du code de commerce. »

[...]

n'entraîne pas la cessation d'activité de la société migrante lorsqu'elle se déroule dans les conditions fixées par l'article L 225-97 du Code de commerce³⁵⁴, suite à une décision prise en assemblée générale. Selon ce dernier article, le transfert international du siège social d'une société anonyme avec conservation de sa personnalité morale est possible à condition qu'une convention internationale entre l'Etat d'accueil de la SA et la France ait été conclue spécialement à cet effet. Ce texte est une codification de l'ordonnance n°59-123 du 7 janvier 1959³⁵⁵. Normalement, si aucune convention de ce type n'est conclue avec un Etat étranger par la France, il en découle que l'article 221-2 du Code générale des impôts est applicable. La question qui se pose est de savoir si le Règlement SE a la valeur de cette convention ? La réponse à cette question est négative³⁵⁶. En l'occurrence, il semblerait judicieux de se référer à la lecture de cet article proposée dans le cadre de la première partie de cette étude qui en limite les effets à la matière fiscale en raison de sa spécificité. Il en découle alors que cet article ne serait pas contraire à l'article 8 paragraphe 1 du Règlement SE³⁵⁷ qui confère à la SE la capacité de transférer son siège social d'un Etat membre à un autre.

§3/ Le transfert international du siège social d'une Société Européenne

³⁵⁴ Article L 225-97 du Code de commerce :

« L'assemblée générale extraordinaire peut changer la nationalité de la société, à condition que le pays d'accueil ait conclu avec la France une convention spéciale permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire, et conservant à la société sa personnalité juridique. »

³⁵⁵ JO « Lois et Décrets », page 640

³⁵⁶ JC Parot, « La société européenne – Aspects de droit fiscal », *Droit & Patrimoine* 2004, n°125, page 93 ; Si le Règlement SE avait eu la valeur d'une convention internationale conclue avec un Etat étranger, le Législateur français n'aurait pas eu besoin d'instaurer l'article 34 de la Loi de finance 2005 numéro 2004-1484 en date du 30 décembre 2004.

³⁵⁷ Cf. Section 3, paragraphe 2

267. L'article 8 du Règlement qui vient d'être évoqué confère à la Société Européenne le droit et donc la faculté de transférer son siège social d'un Etat membre à l'autre de l'Union Européenne. Toutefois cette capacité de la SE est encadrée si rigoureusement que l'usage en est limité *de facto* ainsi que la mobilité de la SE et ce malgré l'effort consenti par la France du fait de l'article 34 de la loi de finance de 2005. Ceci n'est guère suffisant pour une société qui se voulait être une forme sociale transnationale car « il est indispensable que les entreprises dont l'activité n'est pas limitée à la satisfaction de besoins purement locaux puissent concevoir et poursuivre la réorganisation de leur activité au niveau communautaire »³⁵⁸. Le second paradoxe qui limite la mobilité de la SE et la caractérise est le choix par les instances européennes de la théorie du siège social et de son application orthodoxe pour localiser la SE. Deux sous-paragraphes porteront les développements relatifs à ces thèmes.

Sous-paragraphes A : Le siège social, critère paradoxal du rattachement étatique de la SE

Sous-paragraphes B : L'opération de transfert proprement dite

A- Le siège social, critère paradoxal du rattachement étatique de la Société Européenne

³⁵⁸ Proposition de Règlement CEE du Conseil portant statut de la société anonyme européenne reprise dans le Considérant 1 du Règlement

268. L'article 7 du Règlement SE dispose : « Le siège statutaire de la SE est situé à l'intérieur de la Communauté, dans le même État membre que l'administration centrale. Un État membre peut en outre imposer aux SE immatriculées sur son territoire l'obligation d'avoir leur administration centrale et leur siège statutaire au même endroit. ». En droit français, ce texte a été transposé pour devenir l'article L 229-1 du Code de commerce³⁵⁹ dont les termes de l'alinéa 3 imposent à une SE de ne pouvoir dissocier son siège statutaire de son siège réel. Dans le cas où il y aurait dissociation des deux composantes du siège social de la SE, il revient, selon le Règlement SE, aux États membres de prendre les mesures nécessaires pour régulariser la situation de la société. Le Règlement SE va même plus loin en prévoyant une sanction forte³⁶⁰ et bien particulière si cette dissociation devait intervenir : la SE dont la situation ne serait régularisée encourt le risque d'être liquidée³⁶¹. Il est prévu que cette liquidation soit prononcée par voie judiciaire³⁶² selon les termes de l'article L 229-9 du Code de commerce³⁶³. Il ressort des dispositions des différents articles cités qu'il a été fait le choix

³⁵⁹ Article L 229-1 du Code de commerce :

« Les sociétés européennes immatriculées en France au registre du commerce et des sociétés ont la personnalité juridique à compter de leur immatriculation.

La société européenne est régie par les dispositions du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne, celles du présent chapitre et celles applicables aux sociétés anonymes non contraires à celles-ci.

La société européenne est soumise aux dispositions de l'article L. 210-3. Le siège statutaire et l'administration centrale de la société européenne ne peuvent être dissociés. »

³⁶⁰ Reinhard Dammann, « Pladoyer pour une libéralisation des modes de constitution d'une société européenne », *Droit & Patrimoine*, oct 2007, 163-8

³⁶¹ Article 64 du Règlement SE:

« 1. Lorsqu'une SE ne remplit plus l'obligation de l'article 7, l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire prend les mesures appropriées pour obliger la SE à régulariser la situation dans un délai déterminé:

a) soit en rétablissant son administration centrale dans l'État membre du siège;

b) soit en procédant au transfert du siège statutaire par la procédure prévue à l'article 8.

2. L'État membre du siège prend les mesures nécessaires pour assurer qu'une SE qui ne régulariserait pas sa situation, conformément au paragraphe 1, soit mise en liquidation.

3. L'État membre du siège institue un recours juridictionnel contre tout constat d'infraction à l'article 7. Ce recours a un effet suspensif sur les procédures prévues aux paragraphes 1 et 2.

4. Lorsqu'il est constaté, soit à l'initiative des autorités, soit à l'initiative de toute partie intéressée, qu'une SE a son administration centrale sur le territoire d'un État membre en infraction à l'article 7, les autorités de cet État membre en informent sans délai l'État membre où est situé le siège statutaire de la SE. »

³⁶² M Menjucq, « La société européenne (règlement CE n° 2157/2001 et directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001) », *Rev Soc* avr-juin 2002, page 225

³⁶³ Article L 229-9 du Code de commerce :

d'appliquer la théorie de siège social avec l'option choisie de l'appliquer dans son acception la plus sévère pour localiser le siège d'une Société Européenne. Ce texte est paradoxal face à la jurisprudence récente de la CJCE en matière de liberté d'établissement des sociétés ressortissantes de l'Union Européenne³⁶⁴. Une société ressortissante européenne qui n'est pas une SE dispose d'une plus grande mobilité intracommunautaire qu'une SE qui se veut par définition être une société transnationale favorisant et simplifiant la mise en œuvre de la liberté d'établissement.

269. Cette exigence posée à la SE par le Règlement SE amène à poser la question de la raison de ce choix par les instances européennes. Plusieurs motifs historiques et politiques peuvent être invoqués pour répondre à cette interrogation³⁶⁵. D'un point de vue historique, le Règlement SE conserve la trace du long chemin qu'il a fallu parcourir pour arriver à l'élaboration puis à l'acceptation de ce texte par l'ensemble des Etats membres. Or à l'époque des prémices de la genèse de la SE, la théorie du siège social était dominante parmi les Etats membres. Ce sont, par les élargissements successifs de la CEE puis de l'Union Européenne,

« Si la société européenne n'a plus son administration centrale en France, tout intéressé peut demander au tribunal la régularisation de la situation par le transfert du siège social ou le rétablissement de l'administration centrale au lieu du siège social en France, le cas échéant sous astreinte.

Le tribunal fixe une durée maximale pour cette régularisation.

A défaut de régularisation à l'issue de ce délai, le tribunal prononce la liquidation de la société dans les conditions prévues aux articles L. 237-1 à L. 237-31.

Ces décisions sont adressées par le greffe du tribunal au procureur de la République. Le juge indique dans sa décision que le jugement est transmis par le greffe.

En cas de constat de déplacement de l'administration centrale en France d'une société européenne immatriculée dans un autre Etat membre, contrevenant à l'article 7 du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil, du 8 octobre 2001, précité, le procureur de la République du tribunal de grande instance dans le ressort duquel l'administration centrale est installée doit informer sans délai l'Etat membre du siège statutaire.

En cas de constat de déplacement de l'administration centrale dans un autre Etat membre d'une société européenne immatriculée en France, contrevenant à l'article 7 du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil, du 8 octobre 2001, précité, les autorités de cet Etat membre doivent informer sans délai le procureur de la République du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la société est immatriculée. »

³⁶⁴ Cf. Première partie, Chapitre 1, Section 2 de cette étude

³⁶⁵ Michel Menjucq, « Un modèle de mobilité : la Société Européenne », *Cahiers du droit de l'entreprise* n°2, mars-avril 2006, page 38

que les pays membres appliquant la théorie de l'incorporation sont devenus membres. Entre temps, ce choix de la théorie du siège social n'ayant pas été remis en cause jusqu'à l'adoption du texte du Règlement SE le 8 octobre 2001, le consensus sur ce point est demeuré. De plus, sur le plan politique, le rattachement statutaire et réel d'une SE au territoire de l'Etat membre où elle est constituée paraissait et semble encore être la meilleure méthode pour s'assurer d'un véritable ancrage de la SE sur le territoire européen afin d'éviter les créations de SE « boîtes aux lettres ». Il n'aurait pu en être autrement pour certains Etats membres qui n'auraient pas accepté le simple rattachement statutaire de la SE à un Etat membre. De plus, le choix de ce rattachement exprime la volonté des autorités européennes d'encadrer la mobilité de la SE pour prévenir le contournement de règles sociales ou fiscales dans un cadre normatif favorable au law shopping³⁶⁶. Ceci implique qu'il n'est pas envisageable qu'une SE puisse jouir d'une lex societatis et développer son activité sous l'empire d'une autre loi vu qu'elle ne peut dissocier son siège statutaire de son siège réel, ce qui est paradoxale au regard des derniers arrêts rendus par le CJCE³⁶⁷ en matière de liberté d'établissement. Pour pouvoir changer de lex societatis, elle se doit de transférer dans le même temps les deux composantes de son siège social.

270. Toutefois, la possibilité d'une évolution serait probable car la Commission a rendu, conformément à l'article 69 du Règlement SE³⁶⁸, le 17 novembre 2010 un rapport sur

³⁶⁶ Noëlle Lenoir, Rapport intitulé « La *Societas Europaea* ou SE – Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise » daté du 9 mars 2007, page 55

³⁶⁷ Point 95 de CJCE, 30 sept 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd*, Aff C-167/01, Rec 2003 page I-10155; CJCE, 16 déc 2008, n° C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, Rec Dalloz, page 465

³⁶⁸ Article 69 du Règlement :

l'application du Règlement SE et sur d'éventuelles pistes de modifications du statut de la SE en vue d'engager une réflexion et de formuler le cas échéant des propositions au cours de l'année 2012³⁶⁹. Ce rapport a été présenté au Conseil et au Parlement européen. La Commission a porté son attention sur le point particulier de l'opportunité de permettre à une SE de dissocier les composantes de son siège social et ainsi d'avoir son siège réel dans un Etat membre et son siège statutaire dans un autre. La Commission admet en effet que l'obligation d'un Etat unique voire d'un lieu unique imposée quant à la localisation du siège statutaire de la SE et son administration centrale est une entrave. Elle admet également le décalage existant entre la jurisprudence de la CJCE et le statut de la SE³⁷⁰. La réflexion que se propose d'entamer la Commission d'ici l'année 2012 permettrait d'uniformiser le régime du transfert du siège social intra-communautaire en alignant le régime de la SE et donc le texte du Règlement SE sur les principes posés par la CJCE dans sa jurisprudence récente en matière d'établissement et de mobilité des entreprises.

« Au plus tard cinq ans après l'entrée en vigueur du présent règlement, la Commission présente au Conseil et au Parlement européen un rapport sur l'application du règlement et, le cas échéant, des propositions de modifications. Le rapport examine en particulier s'il convient :

- a) de permettre à une SE d'avoir son administration centrale et son siège statutaire dans des États membres différents;*
- b) d'élargir la définition de la fusion prévue à l'article 17, paragraphe 2, afin d'inclure également des types de fusion autres que ceux définis à l'article 3, paragraphe 1, et à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 78/855/CEE;*
- c) de réviser la règle de compétence figurant à l'article 8, paragraphe 16, à la lumière de toute disposition qui aura pu être insérée dans la convention de Bruxelles de 1968 ou de tout texte remplaçant cette convention qui serait adopté par les États membres ou par le Conseil; »*
- d) de permettre qu'un État membre autorise, dans la législation qu'il adopte conformément aux pouvoirs conférés par le présent règlement ou pour assurer l'application effective du présent règlement à une SE, l'insertion, dans les statuts de la SE, de dispositions qui dérogent à ladite législation ou qui la complètent, alors même que des dispositions de ce type ne seraient pas autorisées dans les statuts d'une société anonyme ayant son siège dans l'État membre en question »*

Or ce rapport, à l'heure à laquelle est rédigée cette étude, n'a pas encore été rendu par la Commission au Parlement et au Conseil. Une nouvelle Commission devant prendre ses fonctions au cours de l'année 2010, ce rapport après étude ne devrait être rendu qu'au cours du deuxième semestre de cette année. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20091007+ITEM-023+DOC+XML+V0//FR&language=FR>

³⁶⁹ COM(2010) 676 final: "Rapport de la Commission au Parlement et au Conseil: Application du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE)", page 11

³⁷⁰ COM(2010) 676 final: "Rapport de la Commission au Parlement et au Conseil: Application du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE)", page 8

271. Un autre paradoxe du rattachement étatique de la SE vient s'ajouter à celui du choix de la théorie du siège social par les instances européennes. L'option offerte par l'article 7 du Règlement SE relative à la possibilité pour un Etat d' « imposer aux SE immatriculées sur son territoire l'obligation d'avoir leur administration centrale ou leur siège statutaire au même endroit » a été levée par la France qui a choisi de maintenir l'obligation pour une SE immatriculée en France de ne pouvoir dissocier son siège statutaire de son siège réel. La question de l'intérêt réel de ce choix se pose³⁷¹. Tout d'abord, en raison du law shopping institutionnalisé par le Règlement SE, il aurait été possible de penser qu'il n'y aurait pas eu de recours à cette option³⁷², la question de la compétitivité du droit français se posant au regard du droit des Etats membres qui n'auraient pas choisi de la lever. Ce choix vient diminuer la mobilité de la SE qui se veut par essence être un instrument de mobilité des sociétés au niveau communautaire. Dès lors il en découle une mise en œuvre de la théorie du siège social d'une orthodoxie qui n'est en accord ni avec la jurisprudence de la CJCE, ni avec le droit international privé français et qui fait perdre une grande partie de sa mobilité à la SE. A ceci, il faut ajouter au regard du droit français, l'encadrement très rigoureux qui est fait du transfert international du siège social par les textes de loi qui ont transposé le Règlement en droit national. Le tout est couronné par l'extrême complexité de la mise en œuvre d'une telle opération³⁷³. En effet, en matière de mobilité des sociétés, « ...les contraintes de la procédure

³⁷¹ Valérie Boccara, « Rapport sur la société européenne : entretien avec Noëlle Lenoir », *Les Petites Affiches*, 30 mars 2007, n°65, page 9

³⁷² JP Dom, « La société européenne – Aspects de droit des sociétés », *Droit & Patrimoine* 2004, n°125, page 77

³⁷³ COM(2010) 676 final: "Rapport de la Commission au Parlement et au Conseil: Application du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE)", page 8-9

de transfert de siège font douter de l'apport à cet égard de la forme de la SE. »³⁷⁴. Ce point particulier sera développé et illustré dans les propos qui vont suivre.

B- Les étapes de l'opération

272. Le texte du Règlement SE qui confère sa mobilité à la Société Européenne lève les difficultés relatives à cette opération en posant des règles matérielles pouvant éventuellement être combinées avec des règles de conflit de lois³⁷⁵. Il s'agit de l'article 8 du Règlement SE qui dispose :

« 1. Le siège statutaire de la SE peut être transféré dans un autre État membre conformément aux paragraphes 2 à 13. Ce transfert ne donne lieu ni à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle. »

Un projet de transfert doit être établi par l'organe de direction ou d'administration et faire l'objet d'une publicité conformément à l'article 13³⁷⁶, sans préjudice de formes de publicité additionnelles prévues par l'État membre du siège. Ce projet mentionne la dénomination sociale, le siège statutaire et le numéro d'immatriculation actuels de la SE et comprend :

³⁷⁴ Noëlle Lenoir, Rapport intitulé « La *Societas Europaea* ou SE – Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise » daté du 9 mars 2007, page 111

³⁷⁵ Michel Menjucq, « Un modèle de mobilité : la Société Européenne », *Cahiers de droit de l'entreprise* n°2, mars-avril 2006, page 35

³⁷⁶ Article 13 du Règlement SE :

« Les actes et indications concernant la SE, soumis à publicité par le présent règlement, font l'objet d'une publicité effectuée selon les modes prévus par la législation de l'État membre du siège statutaire de la SE conformément à la directive 68/151/CEE. »

- a. *le siège statutaire envisagé pour la SE ;*
- b. *les statuts envisagés pour la SE, y compris, le cas échéant, sa nouvelle dénomination sociale ;*
- c. *les conséquences que le transfert pourrait avoir pour l'implication des travailleurs dans la SE ;*
- d. *le calendrier envisagé pour le transfert ;*
- e. *tous les droits prévus en matière de protection des actionnaires et/ou des créanciers.*

L'organe de direction ou d'administration établit un rapport expliquant et justifiant les aspects juridiques et économiques du transfert et expliquant les conséquences du transfert pour les actionnaires, les créanciers et les travailleurs.

Les actionnaires et les créanciers de la SE ont, au moins un mois avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le transfert, le droit d'examiner, au siège de la SE, le projet de transfert et le rapport établi en application du paragraphe 3, et d'obtenir gratuitement, à leur demande, des copies de ces documents.

Un État membre peut adopter, en ce qui concerne les SE immatriculées sur son territoire, des dispositions destinées à assurer une protection appropriée aux actionnaires minoritaires qui se sont prononcés contre le transfert.

La décision de transfert ne peut intervenir que deux mois après la publication du projet. Elle doit être prise dans les conditions prévues à l'article 59³⁷⁷.

³⁷⁷ Article 59 du Règlement SE:

« 1. La modification des statuts requiert une décision de l'assemblée générale prise à une majorité qui ne peut être inférieure aux deux tiers des voix exprimées, à moins que la loi applicable aux sociétés anonymes relevant du droit de l'État membre du siège statutaire de la SE ne prévoie ou ne permette une majorité plus élevée.

2. Toutefois, un État membre peut prévoir que, lorsque la moitié au moins du capital souscrit est représentée,

Avant que l'autorité compétente ne délivre le certificat visé au paragraphe 8, la SE doit prouver qu'en ce qui concerne les créances nées antérieurement à la publication du projet de transfert, les intérêts des créanciers et titulaires d'autres droits envers la SE (y compris ceux des entités publiques) bénéficient d'une protection adéquate conformément aux dispositions prévues par l'État membre où la SE a son siège statutaire avant le transfert.

Un État membre peut étendre l'application du premier alinéa aux créances nées (ou susceptibles de naître) avant le transfert.

Le premier et le deuxième alinéas sont sans préjudice de l'application aux SE de la législation nationale des États membres en ce qui concerne le désintéressement ou la garantie des paiements en faveur des entités publiques.

Dans l'État membre du siège statutaire de la SE, un tribunal, un notaire ou une autre autorité compétente délivre un certificat attestant d'une manière concluante l'accomplissement des actes et des formalités préalables au transfert.

La nouvelle immatriculation ne peut s'effectuer que sur présentation du certificat visé au paragraphe 8 ainsi que sur preuve de l'accomplissement des formalités exigées pour l'immatriculation dans le pays du nouveau siège statutaire.

Le transfert du siège statutaire de la SE, ainsi que la modification des statuts qui en résulte, prennent effet à la date à laquelle la SE est immatriculée, conformément à l'article 12, au registre du nouveau siège.

une majorité simple des voix indiquées au paragraphe 1 est suffisante.

3. Toute modification des statuts de la SE fait l'objet d'une publicité conformément à l'article 13. »

Lorsque la nouvelle immatriculation de la SE a été effectuée, le registre de la nouvelle immatriculation le notifie au registre de l'ancienne immatriculation. La radiation de l'ancienne immatriculation s'effectue dès réception de la notification, mais pas avant.

La nouvelle immatriculation et la radiation de l'ancienne immatriculation sont publiées dans les États membres concernés conformément à l'article 13.

La publication de la nouvelle immatriculation de la SE rend le nouveau siège statutaire opposable aux tiers. Toutefois, tant que la publication de la radiation de l'immatriculation au registre du précédent siège n'a pas eu lieu, les tiers peuvent continuer de se prévaloir de l'ancien siège, à moins que la SE ne prouve que ceux-ci avaient connaissance du nouveau siège.

La législation d'un État membre peut prévoir, en ce qui concerne les SE immatriculées dans celui-ci, qu'un transfert du siège statutaire, dont résulterait un changement du droit applicable, ne prend pas effet si, dans le délai de deux mois visé au paragraphe 6, une autorité compétente de cet État s'y oppose. Cette opposition ne peut avoir lieu que pour des raisons d'intérêt public.

Lorsqu'une SE est soumise au contrôle d'une autorité nationale de surveillance financière conformément aux directives communautaires, le droit de s'opposer au transfert du siège statutaire s'applique également à cette autorité.

L'opposition est susceptible de recours devant une autorité judiciaire.

Une SE à l'égard de laquelle a été entamée une procédure de dissolution, de liquidation, d'insolvabilité, de suspension de paiements ou d'autres procédures analogues ne peut transférer son siège statutaire.

Une SE qui a transféré son siège statutaire dans un autre État membre est considérée, aux fins de tout litige survenant avant le transfert tel qu'il est déterminé au paragraphe 10, comme ayant son siège statutaire dans l'État membre où la SE était immatriculée avant le transfert, même si une action est intentée contre la SE après le transfert. ».

Les modalités d'application en droit français de cet article ont été complétées dans le Code de commerce par l'article L 229-2 précité et par les articles 203-6 à 203-15 du Décret n° 2006-448 du 14 avril 2006 relatif à la SE. Ainsi, la combinaison de ces différents textes permet d'organiser avec précision mais complexité le transfert intracommunautaire du siège social de la SE³⁷⁸. Avant toute opération, il convient de préciser que toute SE en situation de dissolution, liquidation, insolvabilité, suspension de paiements ou procédures analogues ne peut procéder au transfert de son siège social.

273. La première étape de l'opération est la rédaction d'un projet de transfert portant des mentions précises notamment les droits prévus en matière de protection des actionnaires et/ou des créanciers et d'un rapport par l'organe de direction ou d'administration de la SE, selon que la structure de la société est moniste ou dualiste, expliquant et justifiant les aspects juridiques, économiques et les conséquences du transfert pour les actionnaires, les créanciers et les travailleurs. Le projet doit faire l'objet d'un dépôt au greffe du tribunal dans le ressort duquel la SE est immatriculée et d'une publicité par l'insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales dans le département du siège de la SE et au BALO. Cet avis porte des

³⁷⁸ Michel Menjucq, « Premier pas et premier bilan de la société européenne en France », *Revue des sociétés*, 2007, page 253

mentions spéciales. Il est procédé au dépôt au moins deux mois avant la première assemblée générale appelée à se prononcer sur le transfert³⁷⁹.

274. Les actionnaires et les créanciers de la SE ont le droit, au moins un mois avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le transfert, d'examiner le projet et le rapport au siège de la société et d'en obtenir gratuitement des copies. Les créanciers non obligataires et dont la créance est antérieure au transfert peuvent former opposition à celui-ci. Cette opposition doit être formée dans un délai de 30 jours³⁸⁰ à compter de la dernière publication en date de l'insertion du projet de transfert dans un journal d'annonces légales du département où la SE a son siège et au BALO. Une décision de justice peut rejeter l'opposition ou ordonner soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société transférant son siège en offre et si elles sont jugées suffisantes. A défaut de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées, le transfert de siège est inopposable à

³⁷⁹ Article 203-6 du Décret 2006-448 du 14 avril 2006 :

« Le projet de transfert dans un autre Etat membre de la Communauté européenne du siège social d'une société européenne immatriculée en France, prévu au premier alinéa de l'article L. 229-2 du code de commerce, fait l'objet d'un avis inséré dans un journal habilité à recevoir des annonces légales dans le département du siège social ainsi qu'au Bulletin des annonces légales obligatoires lorsque la société européenne fait appel public à l'épargne ou lorsque ses actions ne revêtent pas toutes la forme nominative.

Cet avis comporte, outre les mentions prévues pour la modification des statuts, les indications suivantes :

- 1 La dénomination sociale suivie, le cas échéant, de son sigle, l'adresse du siège social, le montant du capital social ainsi que les mentions prévues aux 1 et 2 de l'article 72 du décret no 84-406 du 30 mai 1984 ;
- 2 L'Etat dans lequel le transfert est envisagé ainsi que l'adresse prévisible du siège social ;
- 3 Le calendrier prévisible du transfert ;
- 4 Les modalités d'exercice des droits relatifs au rachat d'actions et à l'opposition des créanciers ;
- 5 La date du projet ainsi que la date et le lieu de son dépôt au greffe du tribunal dans le ressort duquel la société est immatriculée.

Il est procédé à ce dépôt et à la publicité prévue par le présent article au moins deux mois avant la date de la première assemblée générale appelée à statuer sur le transfert. »

³⁸⁰ Article 203-14 du Décret 2006-448 du 14 avril 2006 :

« L'opposition d'un créancier non obligataire, prévue au sixième alinéa de l'article L. 229-2 du code de commerce, est formée dans un délai de trente jours à compter de la dernière publication en date de l'insertion mentionnée à l'article 203-6. »

ces créanciers. L'opposition formée par un créancier n'a pas pour effet d'interdire la poursuite des opérations de transfert, elle ne met pas non plus obstacle à l'application des conventions autorisant ce dernier à exiger le remboursement immédiat de sa créance en cas de transfert de siège.

275. Le projet de transfert doit également être soumis aux assemblées spéciales des porteurs de certificats d'investissements³⁸¹ et des obligataires³⁸² à moins que la SE n'acquiesce

³⁸¹ Article L 203-12 du Décret 2006-448 du 14 avril 2006 :

« L'offre d'acquisition des certificats d'investissement, prévue au quatrième alinéa de l'article L. 229-2 du code de commerce, fait l'objet d'un avis inséré dans un journal habilité à recevoir des annonces légales dans le département du siège social ainsi qu'au Bulletin des annonces légales obligatoires lorsque la société fait appel public à l'épargne ou lorsque ses actions ne revêtent pas toutes la forme nominative.

Cet avis comporte :

- 1 La dénomination sociale et la forme de la société, l'adresse du siège social et le montant du capital social ;*
- 2 Le nombre de certificats d'investissement dont l'acquisition est envisagée ;*
- 3 Le prix offert par certificat d'investissement et accepté par l'assemblée spéciale des porteurs de certificats d'investissement ;*
- 4 Le délai pendant lequel l'offre d'acquisition est maintenue ainsi que le lieu où elle peut être acceptée.*

Le délai mentionné à l'alinéa précédent ne peut être inférieur à vingt jours.

La publicité prévue au premier alinéa est remplacée pour les porteurs de certificats d'investissement nominatifs par l'envoi à chacun d'eux d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, aux frais de la société. Cette lettre comporte les mêmes mentions que celles de l'avis.

Le délai dans lequel les porteurs de certificats d'investissement peuvent céder leurs titres est de trente jours à compter de la formalité de publicité dernière en date. »

³⁸² Article L 203-13 du Décret 2006-448 du 14 avril 2006 :

« L'offre de remboursement des obligataires, prévue au cinquième alinéa de l'article L. 229-2 du code de commerce, fait l'objet d'un avis donnant lieu à deux insertions successives, espacées d'au moins dix jours, dans deux journaux d'annonces légales du département du siège social ainsi qu'au Bulletin des annonces légales obligatoires lorsque la société fait appel public à l'épargne ou que ses obligations ne revêtent pas toutes la forme nominative.

La publicité prévue à l'alinéa précédent est remplacée, pour les titulaires d'obligations nominatives, par l'envoi à chacun d'eux d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, aux frais de la société.

Le délai dans lequel les obligataires peuvent demander le remboursement de leurs titres est de trois mois à compter, selon le cas, de la formalité de publicité dernière en date ou de la réception de la dernière lettre recommandée.

Ce délai est indiqué dans l'avis et la lettre mentionnés aux premier et deuxième alinéas. »

les certificats sur simple demande des porteurs suite à l'acceptation de l'acquisition par leur assemblée ou qu'elle n'offre aux obligataires le remboursement de leurs titres sur simple demande également. Des formalités de publicité sont prévues dans les deux cas. Tout porteur de certificats d'investissement qui n'a pas cédé ses titres dans les délais fixés le demeure sous réserve d'un échange de ses certificats d'investissement et de droit de vote contre des actions. Tout obligataire qui ne demande pas le remboursement de ses titres dans les délais fixés conserve sa qualité dans la société aux conditions fixées dans le projet de transfert.

276. Dans les deux mois qui suivent la publication du projet de transfert et précèdent l'assemblée générale extraordinaire appelée à se prononcer sur le transfert, si l'opération prévue entraîne un changement de loi applicable à la SE, alors elle ne pourra prendre effet que si une autorité publique compétente ne s'y oppose pas pour des raisons d'intérêt public. Lorsqu'une SE est soumise au contrôle d'une autorité financière le droit de s'opposer au transfert du siège statutaire s'applique également. En France, l'autorité publique désignée comme compétente pour s'opposer au transfert de son siège par une SE est le Procureur de la République³⁸³. Il est possible de faire appel de la décision d'opposition devant la Cour d'appel de Paris. Les autorités financières ayant reçu la compétence pour s'opposer à l'opération de transfert sont l'AMF (Autorité des Marchés Financiers)³⁸⁴, le CECEI (Comité

³⁸³ Article L229-4 du Code de commerce :

« L'autorité compétente pour s'opposer, conformément aux dispositions du 14 de l'article 8 et de l'article 19 du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001, précité, au transfert de siège social d'une société européenne immatriculée en France et dont résulterait un changement du droit applicable ainsi qu'à la constitution d'une société européenne par voie de fusion impliquant une société relevant du droit français, est le procureur de la République.

Il se saisit d'office ou est saisi par toute personne ou autorité qui estime qu'une telle opération est contraire à un intérêt public.

La décision du procureur de la République est susceptible de recours devant la cour d'appel de Paris. »

³⁸⁴ Article L 532-9-2 du Code monétaire et financier :

des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'Investissements)³⁸⁵ et le CEA (Comité des Entreprises d'Assurances)³⁸⁶. L'opposition est susceptible de recours devant le Conseil d'Etat, s'agissant d'autorités administratives.

277. Dans les deux mois qui suivent la publication du projet, l'assemblée générale extraordinaire statuant dans les conditions prévues par l'article L 225-96³⁸⁷ du Code de

« Sans préjudice des dispositions de l'article L. 229-4 du code de commerce, l'Autorité des marchés financiers est également compétente pour s'opposer, conformément aux dispositions du 14 de l'article 8 et de l'article 19 du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), au transfert de siège social d'une société de gestion de portefeuille constituée sous forme de société européenne immatriculée en France et dont résulterait un changement du droit applicable ainsi qu'à la constitution d'une société européenne par voie de fusion impliquant une société de gestion de portefeuille agréée en France. Cette décision est susceptible de recours devant le Conseil d'Etat. »

³⁸⁵ Article L 511-13-1 du Code monétaire et financier :

« Sans préjudice des dispositions de l'article L. 229-4 du code de commerce, l'Autorité de contrôle prudentiel est également compétente pour s'opposer, conformément aux dispositions du 14 de l'article 8 et de l'article 19 du règlement (CE) n° 2157 / 2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), au transfert de siège social d'un établissement de crédit constitué sous forme de société européenne immatriculée en France et dont résulterait un changement du droit applicable ainsi qu'à la constitution d'une société européenne par voie de fusion impliquant un établissement de crédit agréé en France. Cette décision est susceptible de recours devant le Conseil d'Etat. »

Article L 532-3-2 du Code monétaire et financier :

« Sans préjudice des dispositions de l'article L. 229-4 du code de commerce, l'Autorité de contrôle prudentiel est également compétente pour s'opposer, conformément aux dispositions du 14 de l'article 8 et de l'article 19 du règlement (CE) n° 2157 / 2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), au transfert de siège social d'une entreprise d'investissement constituée sous forme de société européenne immatriculée en France et dont résulterait un changement du droit applicable ainsi qu'à la constitution d'une société européenne par voie de fusion impliquant une entreprise d'investissement agréée en France. Cette décision est susceptible de recours devant le Conseil d'Etat. »

³⁸⁶ Article L 322-29 du Code des assurances :

« Lorsqu'une entreprise d'assurance constituée sous forme de société européenne immatriculée en France envisage de transférer son siège statutaire hors de France, elle en informe l'Autorité de contrôle prudentiel au plus tard le jour de la publication du projet de transfert.

Sans préjudice des dispositions de l'article L. 229-4 du code de commerce l'Autorité de contrôle prudentiel est compétente pour s'opposer, conformément aux dispositions du 14 de l'article 8 et de l'article 19 du règlement (CE) n° 2157 / 2001 du Conseil du 8 octobre 2001 précité, au transfert de siège social d'une entreprise d'assurance constituée sous forme de société européenne immatriculée en France et dont résulterait un changement du droit applicable ainsi qu'à la constitution d'une société européenne par voie de fusion impliquant une entreprise d'assurance agréée en France. Cette décision est susceptible de recours devant le Conseil d'Etat. »

³⁸⁷ Article L 225-96 du Code de commerce :

« L'assemblée générale extraordinaire est seule habilitée à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions. Toute clause contraire est réputée non écrite. Elle ne peut, toutefois, augmenter les engagements des actionnaires, sous réserve des opérations résultant d'un regroupement d'actions régulièrement effectué

commerce vote le transfert de siège de la SE. La décision doit être prise à une majorité qui ne peut être inférieure aux deux tiers des voix exprimées. La décision de l'assemblée générale extraordinaire fait l'objet d'un avis inséré dans un journal d'annonces légales du département où la SE a son siège social et au BALO lorsque la SE fait appel à l'épargne public ou lorsque ses actions ne revêtent pas toutes la forme nominative. L'avis comporte la date de l'assemblée et l'adresse du siège. Elle est ensuite soumise à la ratification des assemblées spéciales d'actionnaires mentionnées aux articles L 225-99³⁸⁸ et L 228-35-6³⁸⁹ du Code de commerce. Les actionnaires peuvent former opposition et demander le rachat de leurs titres dans le

Elle ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le quart et, sur deuxième convocation, le cinquième des actions ayant le droit de vote. A défaut, la deuxième assemblée peut être prorogée à une date postérieure de deux mois au plus à celle à laquelle elle avait été convoquée. Dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, les statuts peuvent prévoir des quorums plus élevés.

Elle statue à la majorité des deux tiers des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés. »

³⁸⁸ Article L 225-99 du Code de commerce :

« Les assemblées spéciales réunissent les titulaires d'actions d'une catégorie déterminée.

La décision d'une assemblée générale de modifier les droits relatifs à une catégorie d'actions n'est définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale des actionnaires de cette catégorie.

Les assemblées spéciales ne délibèrent valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le tiers et, sur deuxième convocation, le cinquième des actions ayant le droit de vote et dont il est envisagé de modifier les droits. A défaut, la deuxième assemblée peut être prorogée à une date postérieure de deux mois au plus à celle à laquelle elle avait été convoquée. Dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, les statuts peuvent prévoir des quorums plus élevés

Elles statuent dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article L. 225-96. »

³⁸⁹ Article L 228-35-6 du Code de commerce :

« Les titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote sont réunis en assemblée spéciale dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

Tout actionnaire possédant des actions à dividende prioritaire sans droit de vote peut participer à l'assemblée spéciale. Toute clause contraire est réputée non écrite.

L'assemblée spéciale des actionnaires à dividende prioritaire sans droit de vote peut émettre un avis avant toute décision de l'assemblée générale. Elle statue alors à la majorité des voix exprimées par les actionnaires présents ou représentés. Dans le cas où il est procédé à un scrutin, il n'est pas tenu compte des bulletins blancs. L'avis est transmis à la société. Il est porté à la connaissance de l'assemblée générale et consigné à son procès-verbal.

L'assemblée spéciale peut désigner un ou, si les statuts le prévoient, plusieurs mandataires chargés de représenter les actionnaires à dividende prioritaire sans droit de vote à l'assemblée générale des actionnaires et, le cas échéant, d'y exposer leur avis avant tout vote de cette dernière. Cet avis est consigné au procès-verbal de l'assemblée générale.

Sous réserve de l'article L. 228-35-7, toute décision modifiant les droits des titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote n'est définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale visée au premier alinéa du présent article, statuant selon les conditions de quorum et de majorité prévues à l'article L. 225-99.

S'il est fait obstacle à la désignation des mandataires chargés de représenter les actionnaires à dividende prioritaire sans droit de vote à l'assemblée générale des actionnaires, le président du tribunal, statuant en référé, peut à la demande de tout actionnaire désigner un mandataire chargé de cette fonction. »

mois³⁹⁰ qui suit la dernière publication de l'avis de décision de transfert prise par l'assemblée générale extraordinaire. La SE adresse à chacun des actionnaires qui fait une demande de rachat de ses titres une offre proposant un prix de rachat par action identique pour tous les actionnaires détenant une même catégorie d'actions selon des modalités déterminées³⁹¹ et toute contestation du prix proposé doit être portée devant le tribunal du ressort duquel la SE à son siège social dans le délai de maintien de l'offre³⁹².

278. Un notaire doit délivrer un certificat qui doit attester de l'accomplissement par la SE des actes et formalités préalables au transfert de manière concluante. La SE doit prouver qu'elle a pris des mesures suffisantes de protection des intérêts des créanciers titulaires de créances nées antérieurement à la publication du projet de transfert et de ceux des créanciers et titulaires d'autres droits envers la SE conformément au droit national avant d'être autorisée à procéder au transfert de son siège dans un autre Etat membre. Afin d'obtenir la délivrance

³⁹⁰ Article 203-9 du Décret 2006-448 du 14 avril 2006 :

« L'opposition des actionnaires et leur demande de rachat, prévues au troisième alinéa de l'article L. 229-2 du code de commerce, sont formées dans un délai d'un mois à compter de la dernière publication en date prescrite par l'article 203-8.

Elles sont portées à la connaissance de la société par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. »

³⁹¹ Article 203-10 du Décret 2006-448 du 14 avril 2006 :

« La société adresse à chacun des actionnaires mentionnés à l'article précédent, dans un délai de quinze jours suivant la réception de sa demande, une offre de rachat par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Le prix proposé par la société aux actionnaires détenant des actions d'une même catégorie doit être identique.

Cette offre comporte le prix offert par action et le mode de paiement proposé ainsi que le délai pendant lequel l'offre est maintenue et le lieu où elle peut être acceptée.

Le délai mentionné à l'alinéa précédent ne peut être inférieur à vingt jours.

Lorsque les titres de la société européenne sont admis aux négociations sur un marché réglementé, leur évaluation est faite conformément au II de l'article L. 433-4 du code monétaire et financier. »

³⁹² Article 203-11 du Décret 2006-448 du 14 avril 2006 :

« Toute contestation sur le prix offert est portée devant le tribunal dans le ressort duquel est situé le siège de la société, dans le délai mentionné au troisième alinéa de l'article 203-10.

Tous les actionnaires intéressés par le rachat des actions sont mis en cause par la société dans les conditions prévues à l'article 331 du nouveau code de procédure civile ; ils procèdent alors conformément à l'article 333 de ce code.

Le prix est fixé selon les modalités prévues aux articles 1843-4 du code civil et 17 du décret no 78-704 du 3 juillet 1978. »

d'un certificat par un notaire, la SE doit produire à ce dernier des documents lui permettant d'effectuer le contrôle de légalité de l'opération prévue³⁹³. La SE migrante ne pourra se faire immatriculer dans l'Etat membre où elle désire déplacer son siège social que sur présentation du certificat qui lui a été délivré et en apportant la preuve de l'accomplissement des actes et formalités préalables au transfert. L'opération et la modification des statuts de la SE prennent effet à la date de son immatriculation au registre de son nouveau siège social. Les publications de cette nouvelle immatriculation et la radiation de l'ancienne rendent le nouveau siège opposable aux tiers qui peuvent se prévaloir de l'ancien siège de la SE tant qu'il n'a pas été procédé à la radiation de son immatriculation à moins que la SE migrante prouve qu'ils étaient informés de l'existence du nouveau siège. De plus, la SE qui a transféré son siège statutaire est considérée, aux fins de tout litige survenant avant l'opération, comme ayant son siège statutaire dans son Etat d'origine, même si l'action intentée à son encontre l'est après le transfert.

279. Le certificat délivré par le notaire doit comporter également des informations relatives aux conséquences de l'opération de transfert sur l'implication des salariés de la SE. En effet, la Directive SE, qui est le complément indissociable du Règlement SE, prévoit ce droit des

³⁹³ Article 203-15 du Décret 2006-448 du 14 avril 2006 :

« Aux fins de délivrance du certificat mentionné au septième alinéa de l'article L. 229-2 du code de commerce, la société européenne produit au notaire chargé d'effectuer le contrôle de légalité un dossier contenant au moins les éléments suivants :

1 Les statuts de la société ;

2 Le projet de transfert du siège social ;

3 Une copie des avis relatifs aux publicités prévues par la présente Section ;

4 Une copie du procès-verbal des assemblées mentionnées au quatrième alinéa de l'article L. 229-2 du code de commerce ;

5 Des indications relatives aux conséquences du transfert sur l'implication des travailleurs au sens des articles L. 439-25 à L. 439-50 du code du travail. »



salariés qui recouvre « l'information³⁹⁴, la consultation³⁹⁵, la participation³⁹⁶ ou tout autre mécanisme par lequel les représentants des travailleurs peuvent exercer sur les décisions à prendre au sein de l'entreprise. »³⁹⁷. La Directive SE distingue entre l'information et la consultation des salariés d'une part et leur participation à la gestion de la société d'autre part³⁹⁸. En effet, la consultation³⁹⁹ et l'information⁴⁰⁰ des salariés doivent toujours être prévues. Quant à leur participation aux organes de gestion de la SE, la Directive SE a instauré le système dit « avant/après » qui a déjà été évoqué précédemment dans les développements consacrés à la genèse de la Société Européenne. Ce système va permettre de préserver les droits de participation des salariés qui sont déjà en vigueur dans les Etats membres avant que ne soit créée une SE. Ceci est un des objectifs sociaux poursuivis par la Directive : « en ce qui concerne l'implication des travailleurs, visant à garantir que la création d'une SE n'entraîne pas la disparition ou l'affaiblissement du régime d'implication des travailleurs, existant dans

³⁹⁴ Article L 2351-4 du code du travail :

« On entend par information celle fournie par l'organe dirigeant de la société européenne à l'organe de représentant les salariés sur les questions qui soit concernent la société européenne elle-même et tout filiale ou tout établissement stable dans un autre Etat membre, soit excèdent les pouvoirs des instances de décision situées dans un Etat membre

Cette information se fait selon des modalités permettant aux représentants des salariés d'en évaluer l'incidence éventuelle et, le cas échéant, de préparer des consultations avec l'organe compétent de la société européenne »

³⁹⁵ Article L 2351-5 du Code de commerce :

« On entend par consultation l'instauration d'un dialogue et d'un échange de vues entre l'organe représentant les salariés ou les représentants des salariés et l'organe compétent de la société européenne selon les modalités permettant aux représentants des salariés, à partir des informations fournies, d'exprimer un avis sur les mesures envisagées par l'organe compétent

Cet avis peut être pris en considération dans le cadre du processus décisionnel au sein de la société européenne »

³⁹⁶ Article L 2351-7 du Code du travail :

« On entend par participation l'influence exercée par l'organe représentant les salariés ou par les représentants des salariés sur les affaires d'une société sous les formes suivantes :

- soit en exerçant leur droit d'élire ou de désigner certains membres de l'organe de surveillance ou d'administration de la société ;

- soit en exerçant leur droit de recommander la désignation d'une partie ou de l'ensemble des membres de l'organe de surveillance ou d'administration de la société ou de s'y opposer »

³⁹⁷ Article 2, h de la Directive.

³⁹⁸ F Collin, « La société européenne – Aspects de droit social », *Droit & Patrimoine* 2004, n°125, page 87

³⁹⁹ Article 2, i de la Directive

⁴⁰⁰ Article 2, j de la Directive

les sociétés participant à la création d'une SE. »⁴⁰¹. Il en découle que les salariés d'une SE pourront, selon les cas, être impliqués ou pas dans la prise de décision impliquant un transfert international de siège social et ceci au-delà de la simple information ou consultation mais en tant que participants à part entière dans la gestion de l'entreprise. Se ressent ici l'influence du droit allemand, notamment du principe de cogestion, facteur déterminant dans l'élaboration du statut de la SE. Ainsi, il en résulte en droit français que si après l'immatriculation d'une SE donc après sa création, des changements interviennent dans la localisation de son siège⁴⁰² susceptibles d'affecter substantiellement les modalités d'implication des travailleurs telles qu'arrêtées par l'accord des négociations engagées avant l'immatriculation de la SE, une nouvelle négociation est engagée entre les dirigeants et les salariés. En effet, avant l'immatriculation de la SE, la loi, conformément à l'article 3 de la Directive SE⁴⁰³, donne obligation d'engager entre les représentants des salariés au travers du groupe spécial de négociation, organe habilité à négocier pour les salariés, et les dirigeants de la SE des négociations sur les modalités d'implication des travailleurs au sein de la société. Il n'y a pas d'obligation de conclure un accord mais les textes législatifs y incitent fortement et favorisent la voie contractuelle. Par conséquent, pour toutes modifications des modalités d'implication des salariés au sein de la SE, le groupe spécial de négociation est au cœur du processus de

⁴⁰¹ Considérant 3 de la Directive ; Mary-Daphné Fishelson, « L'implication des salariés dans les différentes structures européennes », *Bull Joly Sociétés*, 1 oct 2008, n°10, page 818

⁴⁰² Articles L 2354-4 du Code du travail :

« Si, après l'immatriculation de la société européenne, des changements interviennent dans la structure de l'entreprise, la localisation de son siège ou le nombre de travailleurs qu'elle occupe et qu'ils sont susceptibles d'affecter substantiellement la composition du comité de la société européenne ou les modalités d'implication des travailleurs telles qu'arrêtées par l'accord issu des négociations engagées avant l'immatriculation de la société européenne ou en application de l'article L 2353-28 et suivants, une nouvelle négociation est engagée dans les conditions prévues par le chapitre II.

Dans ce cas, l'échec des négociations entraîne l'application des dispositions des articles L 2353-2 et suivants »

⁴⁰³ Article 3 1° de la Directive SE :

« Lorsque les organes de direction ou d'administration des sociétés participantes établissent le projet de constitution d'une SE, ils prennent (...) les mesures nécessaires (...) pour engager des négociations avec les représentants des travailleurs des sociétés sur les modalités relatives à l'implication des travailleurs dans la SE »

négociations⁴⁰⁴. En cas d'échec, il est fait application de manière supplétive des dispositions légales relatives à l'information et à la consultation des salariés applicable en vigueur dans l'Etat membre où la SE emploie les salariés. Cette solution posée par la Directive SE et retenue par le droit français⁴⁰⁵ conduit à ce qu'en cas d'échec des négociations, les articles L 2353-2 et suivants du Code du travail s'appliquent et déclenchent la mise en place du comité de la SE qui peut être réuni de plein droit par les dirigeants de la SE afin d'être informé et consulté sur les mesures affectant les intérêts des salariés⁴⁰⁶.

280. A la suite de l'exposé du déroulement du transfert intracommunautaire du siège d'une SE en droit français, il apparaît que la structure de l'article 8 du Règlement SE est particulière car s'il règle avec minutie les modalités de la procédure de la procédure complexe à mettre en œuvre pour opérer un transfert du siège d'une SE mais surtout il pose deux principes importants permettant de concilier l'interdiction de la dissociation des composantes du siège social de la SE et sa capacité qui lui est accordée de déplacer son siège à l'étranger. Le premier est l'affirmation claire et sans détour du droit d'une SE de procéder au transfert international de son siège social au sein de l'Union européenne, ce qui à l'heure actuelle représente 27 Etats plus la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein. Le second est l'affirmation de l'exercice de ce droit sans altération aucune de la personne morale de la SE : elle n'a pas

⁴⁰⁴ Arnaud Teissier, « l'implication des salariés dans la société européenne : la loi de transposition française du 26 juillet 2005 (loi pour la confiance et la modernisation de l'économie) », *Les Petites Affiches*, 17 nov 2005, n°229, page 63

⁴⁰⁵ Arnaud Teissier, « l'implication des salariés dans la société européenne : la loi de transposition française du 26 juillet 2005 (loi pour la confiance et la modernisation de l'économie) », *Les Petites Affiches*, 17 nov 2005, n°229, page 63

⁴⁰⁶ Article L 2353-5 du Code du travail :

« Lorsque surviennent des circonstances exceptionnelles affectant considérablement les intérêts des salariés, notamment en cas de délocalisation, de fermeture d'entreprise ou d'établissement ou de licenciement collectif, le comité de la société européenne ou, s'il en décide ainsi, le bureau, est de plein droit réuni, s'il en fait la demande, par le dirigeant de la société européenne afin d'être informé et consulté sur les mesures affectant considérablement les intérêts des salariés. »

de besoin de se dissoudre et de se reconstituer au cours de l'opération de transfert, la survie et la continuité de la personnalité morale de la société sont assurées. La SE émigrante la conserve une fois qu'elle a été immatriculée⁴⁰⁷, ce qui pallie à l'absence de l'entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles du 29 février 1968 relative à la reconnaissance des personnes morales ressortissantes de Etats membres.

281. Ce texte permet de contourner un écueil important et de valider en son principe le transfert international de siège social car pour que cette opération puisse avoir lieu, la personnalité morale de la société ne doit pas être altérée. Le renvoi fait par le paragraphe 6 de l'article 8 à l'article 59 du Règlement SE⁴⁰⁸ relatif aux modifications ordinaires des statuts de la SE offre l'explication de ce maintien de la survie de la SE en tant que personne morale au cours du transfert intra-communautaire de son siège. Il est assimilé à une simple modification des statuts de la société⁴⁰⁹. Ce choix est logique s'il est considéré que le transfert d'une SE au sein de l'Union Européenne ne se résume finalement qu'au déplacement d'une société au sein d'un même et unique ordre juridique. Un parallèle peut être fait avec le transfert du siège social d'une société au sein d'un ordre national qui n'entraîne pas l'altération de la personne morale de la société migrante mais une simple modification de ses statuts⁴¹⁰. Toujours en suivant cette logique, il est aisé de comprendre le choix fait par le Législateur français. En

⁴⁰⁷ Article 16 du Règlement

⁴⁰⁸ Article 59 du Règlement :

«1. La modification des statuts requiert une décision de l'assemblée générale prise à une majorité qui ne peut être inférieure aux deux tiers des voix exprimées, à moins que la loi applicable aux sociétés anonymes relevant du droit de l'Etat membre du siège statutaire de la SE ne prévoit ou ne permette une majorité plus élevée.

2. Toutefois, un Etat membre peut prévoir que, lorsque la moitié au moins du capital souscrit est représentée, une majorité simple des voix indiquées au paragraphe 1 est suffisante.

3. Toute modification des statuts de la SE fait l'objet d'une publicité conformément à l'article 13. »

⁴⁰⁹ Michel Menjuq, « Un modèle de mobilité : la société européenne », *Cahiers de droit de l'entreprise* n°2, mars-avril 2006, page 36

⁴¹⁰ Point 113 de CJCE, 16 déc 2008, n° C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, *Rec Dalloz*, page 465 : cette même analyse s'applique au raisonnement de la CJCE dans cette décision

effet, l'article L 229-2⁴¹¹ alinéa 2 du Code de commerce précise que l'organe responsable pour prendre la décision de procéder à une telle opération est l'Assemblée Générale Extraordinaire des actionnaires de la SE, ce même organe responsable de prendre la décision en cas de déplacement du siège social d'une entreprise en France entraînant modification de ses statuts. Cependant si ceci demeure conforme à l'esprit du droit positif français en matière de sociétés, il est à noter que le principe de l'unanimité s'appliquant en matière de transfert international de siège social d'une société française à l'étranger est écarté en raison de l'application du droit communautaire. En effet, selon les termes de l'article 8 du Règlement qui renvoie à l'article 59, la décision de transfert d'une SE doit être prise à la majorité renforcée des deux tiers.

282. La lecture de l'article 8 du Règlement SE, outre le fait que ce texte organise de manière très précise les modalités de déroulement du transfert en envisageant la protection des actionnaires minoritaires et des créanciers de la SE, montre que la gestion temporelle du déroulement de l'opération est assurée par la répartition des compétences entre la nouvelle *lex societatis* et l'ancienne dans le temps. En effet, le Règlement SE fixe des règles matérielles afin de désigner la loi applicable à la SE au cours de la réalisation de l'opération de transfert. Ces règles de compétence matérielle permettent d'éviter le problème du conflit mobile ou du renvoi tels qu'ils ont été exposés dans le cadre de cette étude. Ainsi, la publication de la nouvelle immatriculation de la SE migrante rend le transfert de son siège social opposable aux tiers. Ceci implique que dès cette publication la nouvelle *lex societatis* de la société a vocation

⁴¹¹ Article L 229-2 alinéa 2 du Code de commerce :

« *Le transfert de siège est décidé par l'assemblée générale extraordinaire dans les conditions prévues à l'article L. 225-96 et est soumis à la ratification des assemblées spéciales d'actionnaires mentionnées aux articles L. 225-99 et L. 228-35-6.* »

à s'appliquer et à régir ses relations avec les tiers. Toutefois, tant que la publication de la radiation de l'immatriculation au siège précédent n'a pas eu lieu, ces mêmes tiers peuvent continuer à se prévaloir de l'ancienne loi applicable à l'entreprise migrante à moins que la SE ne prouve qu'ils étaient informés de l'emplacement du nouveau siège de la société⁴¹². Enfin la lex societatis de la Société Européenne demeure celle de son siège social d'origine dans le cas d'un litige né avant le transfert c'est-à-dire avant que son immatriculation dans son Etat d'accueil ne devienne effective, et ceci même si l'action intentée intervient après la réalisation du transfert lui-même⁴¹³. Toutefois, la formulation du texte comporte sa propre faiblesse car l'article 8 dispose « aux fins de tout litige survenant avant le transfert ». Or il est aisé de concevoir de futures dissensions en ce qui concerne cette notion de litige préalable au transfert : il faudra prouver l'existence de ce caractère avant d'envisager l'application de ce texte⁴¹⁴. Pour conclure, il apparaît que les termes de l'article 8 du Règlement SE orchestrent le déroulement du transfert du siège d'une SE au sein du Marché commun déterminant chaque étape et notamment le moment où la loi nouvelle et la loi d'origine de la SE migrante sont compétentes pour régir cette dernière et les cas de figure où la compétence de la loi d'origine est maintenue. Toutefois, cette organisation n'est pas exempte de critiques ce qui conduit à poser la question de l'évolution potentielle du statut de la SE en matière de mobilité.

⁴¹² Point 13, Article 8 du Règlement :

« 13. La publication de la nouvelle immatriculation de la SE rend le nouveau siège statutaire opposable aux tiers. Toutefois, tant que la publication de la radiation de l'immatriculation au registre du précédent siège n'a pas eu lieu, les tiers peuvent continuer de se prévaloir de l'ancien siège, à moins que la SE ne prouve que ceux-ci avaient connaissance du nouveau siège. »

⁴¹³ Point 16, Article 8 du Règlement :

« 16. Une SE qui a transféré son siège statutaire dans un autre État membre est considérée, aux fins de tout litige survenant avant le transfert tel qu'il est déterminé au paragraphe 10, comme ayant son siège statutaire dans l'État membre où la SE était immatriculée avant le transfert, même si une action est intentée contre la SE après le transfert »

⁴¹⁴ JP Dom, « La société européenne – Aspects de droit des sociétés », *Droit & Patrimoine* 2004, n°125, page 77

§4/Conclusion sur la SE et évolution potentielle de son statut en matière de mobilité

283. D'un point de vue statistique au mois de juin 2010, quelques 595 SE semblent avoir été créées au sein de l'Union pour moitié par des fusions transfrontalières pour moitié par des transformations et dont 14 en France⁴¹⁵. 70 % des SE ont été immatriculées en République Tchèque ou en Allemagne où la SE a bénéficié d'une forte campagne de promotion⁴¹⁶. Mais il est difficile d'en recenser la totalité dans la mesure où il n'existe pas à l'heure actuelle de registre des sociétés européen. Il n'est donc pas possible d'avoir une visibilité exhaustive du nombre exact de SE créées. Il faut bien sûr noter que ceci ne s'applique pas aux SE cotées auxquelles incombent une obligation de transparence en raison des législations boursières. La Société Européenne rencontre peu de succès dans les pays d'Europe du Sud tels que l'Italie, l'Espagne, le Portugal et la Grèce à la différence des pays de Nord et de l'Est de l'Europe notamment en Allemagne ce qui est compréhensible dans la mesure où le statut de la SE est essentiellement inspiré du droit allemand. En France, deux SE ont été immatriculées en 2006 et 2007 dans les Secteurs financiers et des services⁴¹⁷.

284. Partant du perpétuel débat doctrinal relatif à la nature de la société – s'agit-il d'une institution ou d'un contrat ? – le caractère institutionnel de la SE lui a été reproché. En effet,

⁴¹⁵ Noëlle Lenoir, Patrick Thourot, Olivier Dillenschneider, Reinhard Dammann, « Les formes communautaires de sociétés : de la SE à la SPE », Les nouveaux outils de la mobilité des entreprises en Europe – Fusions transfrontalières, SE, SPE, Colloque du 2 juin 2008 - Chambre de commerce et de l'industrie de Paris, *Revue Lamy Droit des affaires*, avril 2009, N° 37 : Au mois d'août 2006, a été créée la première SE française ; Annabelle Pando, « Entreprise et Europe », *Gérer – Le magazine du Responsable comptable administratif financier*, Juil 2009, n°12

⁴¹⁶ COM(2010) 676 final: "Rapport de la Commission au Parlement et au Conseil: Application du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE)", page 3

⁴¹⁷ Noëlle Lenoir, Rapport intitulé « La *Societas Europaea* ou SE – Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise » daté du 9 mars 2007, pages 92-93

l’empreinte première du droit allemand des sociétés anonymes est demeurée. Or il est à l’encontre de la tendance actuelle qui est dans la contractualisation d’une partie du droit des sociétés, ce qui peut conférer un certain anachronisme à la SE et une certaine rigidité contraire à sa vocation d’instrument de la « technique d’ingénierie juridique transfrontalière »⁴¹⁸. D’une part, les modes de constitution de la SE présentent un manque de souplesse évident dans la mesure où, au nombre de quatre, chacun n’est ouvert qu’à une catégorie précise de sociétés. D’autre part, cette société qui se voulait mobile et supranationale n’est finalement qu’une société transnationale avec une mobilité restreinte tant il est compliqué de la mettre en œuvre. Sous l’influence de la France et de l’Allemagne, la théorie du siège social, qui n’est pas forcément de nature à favoriser la mobilité des sociétés au sein du marché intérieur, s’applique à la SE⁴¹⁹. En effet, le Règlement SE⁴²⁰ refuse la dissociation des composantes du siège social de l’entreprise et opte pour le « principe du siège intégral »⁴²¹ dans le cadre d’un transfert international de siège social et la France a levé en particulier l’option qui était offerte par le Règlement SE imposant à la SE de ne pouvoir dissocier son siège statutaire de son administration centrale⁴²². Il conviendrait d’assouplir ce point précis⁴²³. En effet, le fait de

⁴¹⁸ JP Bertrel, « La société européenne entre son passé et son avenir », *Droit & Patrimoine* Avril 2004, n°12, page 50

⁴¹⁹ Noëlle Lenoir, Patrick Thourot, Olivier Dillenschneider, Reinhard Dammann, « Les formes communautaires de sociétés : de la SE à la SPE », Les nouveaux outils de la mobilité des entreprises en Europe – Fusions transfrontalières, SE, SPE, Colloque du 2 juin 2008 - Chambre de commerce et de l’industrie de Paris, *Revue Lamy Droit des affaires*, avril 2009, N° 37

⁴²⁰ Article 7 du Règlement : « *Le siège statutaire de la SE est situé à l’intérieur de la Communauté, dans le même Etat membre que l’administration centrale. Un Etat membre peut en outre imposer aux SE immatriculées sur son territoire l’obligation d’avoir leur administration centrale et leur siège statutaire au même endroit* » ; Noëlle Lenoir, Rapport intitulé « *La Societas Europaea ou SE – Pour une citoyenneté européenne de l’entreprise* » daté du 9 mars 2007, pages 124 -125 : « *Que reste-t-il de la théorie du siège réel ? Pas grand-chose, mis à part la difficulté pour une SE immatriculée dans un Etat de se mouvoir à l’intérieur de la Communauté (...). Cette proposition traduit une évolution inéluctable. Adéfaut d’édicter le principe du **choix du lieu d’immatriculation** par toutes les entreprises en Europe, **l’article 7 du règlement sur la SE devrait être modifié en ce sens. La SE servirait ainsi de véhicule expérimental permettant à des pays comme la France ou l’Allemagne de tester l’application du système du siège statutaire.*** »

⁴²¹ Jochen Bauerreis, « Le transfert international de siège social au regard du droit communautaire », *Petites Affiches* 17 août 2006, n° 164, page 6

⁴²² Article L 229-1 alinéa 3 du Code de commerce : « *...Le siège statutaire et l’administration centrale de la société européenne ne peuvent être dissociés.* »

soulever cette option a diminué la mobilité de la SE en droit français et son attractivité. Un Etat membre, au regard de la hiérarchie des normes applicables à la SE, qui aurait une législation nationale des sociétés anonymes plus souple que le droit français impliquerait un statut de la SE plus souple que le statut français⁴²⁴. De plus, le formalisme de l'opération est lourd d'autant qu'il faut veiller à la protection des intérêts des actionnaires minoritaires et des créanciers de l'entreprise⁴²⁵ et organiser l'implication des travailleurs dans le processus de décision. Sur ce point particulier, si certes cela permet à des entreprises allemandes d'assouplir le système de la codétermination tout en préservant le système de cogestion comme l'a montré la genèse de la SE, le régime d'information et de concertation des salariés est une contrainte supplémentaire qui rigidifie l'opération en elle-même quand il est possible aux salariés d'être impliqués en raison de l'application du principe « avant/après »⁴²⁶.

285. En effet, loin de retenir la formule d'une Société Européenne la plus détachée des droits nationaux des Etats membres, « c'est la formule la moins « intégrée » qui a été

⁴²³ Aux termes de l'article 69 du Règlement « *Au plus tard cinq ans après l'entrée en vigueur du présent règlement, la Commission présente au Conseil et au Parlement européen un rapport sur l'application du règlement et, le cas échéant, des propositions de modification. Le rapport examine en particulier s'il convient :* a) de permettre à une SE d'avoir son administration centrale et son siège statutaire dans les Etats membres différents ; » ; Or ce rapport, à l'heure à laquelle est rédigée cette étude, n'a pas encore été rendu par la Commission au Parlement et au Conseil. Une nouvelle Commission devant prendre ses fonctions au cours de l'année 2010, ce rapport après étude ne devrait être rendu qu'au cours du deuxième semestre de cette année. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20091007+ITEM-023+DOC+XML+V0//FR&language=FR>

⁴²⁴ Noëlle Lenoir, « Les enjeux de la localisation de la SE dans l'espace européen », *Droit & Patrimoine*, oct 2007, n° 163-5

⁴²⁵ Luc Julien-Saint-Amand, « Le (futur) rôle de la société européenne dans le monde des affaires en France et en Allemagne », *Petites Affiches* du 17 août 2006, n° 164, page 45

⁴²⁶ Noëlle Lenoir, Patrick Thourot, Olivier Dillenschneider, Reinhard Dammann, « Les formes communautaires de sociétés : de la SE à la SPE », Les nouveaux outils de la mobilité des entreprises en Europe – Fusions transfrontalières, SE, SPE, Colloque du 2 juin 2008 - Chambre de commerce et de l'industrie de Paris, *Revue Lamy Droit des affaires*, avril 2009, N° 37 ; Mary-Daphné Fishelson, « L'implication des salariés dans les différentes structures européennes », *Bull Joly Sociétés*, 1 oct 2008, n° 10, page 818

retenue »⁴²⁷. Les renvois faits par le Règlement SE aux législations des Etats membres sont nombreux, pas moins de soixante-cinq, et de multiples choix optionnels sont laissés aux Etats ce qui a pour résultat d'engendrer une certaine confusion quant à la lisibilité du statut exact de la SE et surtout un réel manque de sécurité juridique. De plus, le nombre d'options ouvertes aux Etats membres dénature la notion de Règlement SE telle qu'entendue par le Traité CE⁴²⁸. En faisant le choix d'une harmonisation à minima par le biais d'un Règlement SE qui laisse ouvert le choix à de multiples options aux Etats membres, trente-deux exactement, et qui implique autant de variantes que de choix d'implantation du siège de la société et porte sur des points aussi importants que la protection des actionnaires minoritaires en cas du transfert du siège social d'une SE, les autorités européennes préviennent d'avoir une « vision stratégique, économique et sociale cohérente »⁴²⁹. Cette disparité dans le régime juridique de la SE génère des difficultés complexes qui ne sont que partiellement voire très mal résolues par le droit communautaire. Il ne faut pas oublier qu'à son origine la SE devait devenir progressivement le droit commun des SA au sein de l'espace communautaire⁴³⁰.

⁴²⁷ Noëlle Lenoir, Rapport intitulé « La *Societas Europaea* ou SE – Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise » daté du 9 mars 2007, page 27

⁴²⁸ Article 249 du Traité CE :

« Pour l'accomplissement de leur mission et dans les conditions prévues au présent traité, le Parlement européen conjointement avec le Conseil, le Conseil et la Commission arrêtent des règlements et des directives, prennent des décisions et formulent des recommandations ou des avis.

Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre.

La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens.

La décision est obligatoire dans tous ses éléments pour les destinataires qu'elle désigne.

Les recommandations et les avis ne lient pas. »

⁴²⁹ Noëlle Lenoir, Rapport intitulé « La *Societas Europaea* ou SE – Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise » daté du 9 mars 2007, page 30

⁴³⁰ Noëlle Lenoir, Patrick Thourot, Olivier Dillenschneider, Reinhard Dammann, « Les formes communautaires de sociétés : de la SE à la SPE », Les nouveaux outils de la mobilité des entreprises en Europe – Fusions transfrontalières, SE, SPE, Colloque du 2 juin 2008 - Chambre de commerce et de l'industrie de Paris, *Revue Lamy Droit des affaires*, avril 2009, N° 37

286. Par ailleurs, si un des atouts majeurs de la SE est de bénéficier d'une réelle mobilité intra-communautaire au terme de la liberté d'établissement primaire⁴³¹, ce droit est encadré par une procédure d'une telle rigidité que la question de la mise en application de cette mobilité dans la pratique et de son utilisation par les praticiens semble compromise en raison de la complexité de sa mise en œuvre. Le succès en France de la SE en pâtit et les milieux professionnels sont dans l'attente du statut de la future Société Privée Européenne qui sera destinée aux PME⁴³². Le droit français a encadré très fortement la possibilité pour une SE de procéder au transfert international de son siège social en levant toutes les options qu'offrait le Règlement SE aux Etats membres. La philosophie qui s'en dégage est que le droit français favorise plus les opérations transfrontalières de la SE effectuées au travers de fusions que le transfert international de siège social. Et cet encadrement législatif s'il ne vise pas à empêcher l'opération en elle-même a pour finalité d'assurer la sécurité des créanciers de la SE qui s'expatrie. Comme beaucoup d'autres Etats membres, la France a choisi l'option offerte par le Règlement SE qui permet aux Etats membres d'assurer une protection spécifique des créanciers non obligataires qui intervient avant que la SE ne procède au transfert international de son siège social. Ainsi, il leur est possible de former opposition au transfert à partir du moment où leur créance est antérieure à l'opération. Cependant cette opposition n'a pas pour vocation d'empêcher la poursuite du transfert mais seulement de garantir la sécurité des créanciers de la SE migrante en instaurant un mécanisme de protection. L'opposition faite a pour effet, si elle n'est pas rejetée par le juge, d'entraîner soit le remboursement des créances

⁴³¹ COM(2010) 676 final: "Rapport de la Commission au Parlement et au Conseil: Application du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE)", page 3

⁴³² Noëlle Lenoir, Patrick Thourot, Olivier Dillenschneider, Reinhard Dammann, « Les formes communautaires de sociétés : de la SE à la SPE », Les nouveaux outils de la mobilité des entreprises en Europe – Fusions transfrontalières, SE, SPE, Colloque du 2 juin 2008 - Chambre de commerce et de l'industrie de Paris, *Revue Lamy Droit des affaires*, avril 2009, N° 37 : *En matière d'autonomie statutaire, la SE n'est pas bien positionnée (sauf s'agissant de la SE non cotée immatriculée en France). Il faut aller plus loin en ce sens. La solution la plus rationnelle pour les sociétés non cotées est celle de la SPE dont la flexibilité statutaire la rapproche de la SAS bien connue en droit français »*

sur décision de justice soit d'offrir la possibilité de constituer des garanties au profit des créanciers si la SE le propose et si elles sont reconnues comme suffisantes par les tribunaux. A défaut de remboursement ou de constitution de garanties au profit des créanciers opposants, le transfert est réputé comme leur étant inopposable⁴³³. La France a également instauré un mécanisme de protection des actionnaires obligataires minoritaires. Il est possible que leurs titres soient rachetés sous certaines conditions⁴³⁴. Ceci leur permet de se retirer de la société quand ils sont en désaccord avec l'opération de transfert du siège de la SE.

287. Ces deux systèmes de protection sont certes louables notamment en ce qui concerne les créanciers qui ne sont pas obligataires de la société. Cependant, une observation plus minutieuse montre qu'ils impliquent de la part de la Société Européenne qui veut déplacer son siège social hors du territoire français de mobiliser des ressources financières qui viennent alourdir l'investissement que représente une opération aussi lourde qu'un transfert international de siège social. Il est possible de constater également que le second mécanisme de protection élaboré pour le bénéfice des actionnaires minoritaires de la SE impliquant une possibilité de rachat de leurs titres en cas d'opposition à l'opération de transfert, revient en

⁴³³ Article L 229-2 alinéa 6 du Code de commerce :

« Les créanciers non obligataires de la société transférant son siège et dont la créance est antérieure au transfert du siège peuvent former opposition à celui-ci dans le délai fixé par décret en Conseil d'Etat. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société transférant son siège en offre et si elles sont jugées suffisantes. A défaut de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées, le transfert de siège est inopposable à ces créanciers. L'opposition formée par un créancier n'a pas pour effet d'interdire la poursuite des opérations de transfert. Les dispositions du présent alinéa ne mettent pas obstacle à l'application des conventions autorisant le créancier à exiger le remboursement immédiat de sa créance en cas de transfert de siège »

⁴³⁴ Article L 229-2 alinéa 4 du Code de commerce :

« Le projet de transfert est soumis à l'assemblée d'obligataires de la société, à moins que le remboursement des titres sur simple demande de leur part ne soit offert auxdits obligataires. L'offre de remboursement est soumise à publicité dont les modalités sont fixées par décret en Conseil d'Etat. Tout obligataire qui n'a pas demandé le remboursement dans le délai fixé par décret en Conseil d'Etat conserve sa qualité dans la société aux conditions fixées dans le projet de transfert. »

quelques sortes à exiger de la SE d'obtenir l'unanimité auprès de ses actionnaires pour pouvoir émigrer. Les actionnaires qui ne seraient pas d'accord pourraient se voir proposer de sortir de la société du fait du rachat de leurs titres. S'il apparaît que dans la plupart des Etats membres de l'Union Européenne le choix a été fait d'instaurer comme en France un mécanisme particulier de protection des créanciers non obligataires de la société notamment par la constitution de garanties préalablement au transfert de son siège à l'étranger, il apparaît que le choix fait par la France d'instaurer également un mécanisme particulier de protection des actionnaires minoritaires constitue justement un choix minoritaire au sein de l'Union. Dans la plupart des Etats de l'Union, cette protection est assurée par le droit commun des sociétés⁴³⁵. Outre les différents dispositifs de protection des actionnaires instaurés en droit français, la France a soulevé l'option d'accorder à certaines autorités administratives, l'AMF, le CECEI et le CEA un droit d'opposition à l'opération de transfert pour des raisons d'intérêt public conformément au point 14 de l'article 8 du Règlement. Aucune précision n'est apportée quand la définition de la notion d'intérêt public et il serait possible d'assimiler ce droit d'opposition à un droit de veto potentiel pour les SE relevant du champ d'application de l'autorité de ces autorités administratives et il en va de même pour le droit d'opposition accordé au Procureur de la République « qui fait de la SE française une société surveillée »⁴³⁶. Ce point vient renforcer les interrogations concernant la réelle attractivité du droit français dans un contexte de law shopping institutionnalisé à l'échelle communautaire et ce d'autant que les Etats membres ayant soulevé comme la France cette option sont peu nombreux au sein

⁴³⁵ Noëlle Lenoir, Rapport intitulé « La *Societas Europaea* ou SE – Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise » daté du 9 mars 2007, pages 107-108

⁴³⁶ Noëlle Lenoir, Rapport intitulé « La *Societas Europaea* ou SE – Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise » daté du 9 mars 2007, page 131 : Madame Lenoir suggère d'ailleurs dans son rapport de préciser le rôle imparté au Procureur de la République notamment dans le cadre d'un transfert intracommunautaire de siège social d'une SE ; Catherine Cathiard, « Rapport sur la société européenne », *Les Petites Affiches*, 30 mars 2007, n°65, page 4

de l'Union Européenne⁴³⁷. La compétitivité du droit français dans ce cadre va se jouer sur ces différences.

288. Un autre point concernant la Société Européenne doit être soulevé en raison de son importance. A l'heure actuelle, le cadre normatif européen sur le plan fiscal ne prend pas en compte la spécificité de la SE dans la mesure où aucun régime d'imposition harmonisé de ses activités n'est envisagé. En effet, les activités d'une Société Européenne sont taxées dans chacun des Etats membres où elle les exerce, plus simplement le régime « européen » actuel d'une SE est celui d'une somme d'entreprises localisées sur les territoires de différents Etats membres et est traitée comme une société anonyme⁴³⁸. Il n'y a pas de prise en compte du caractère spécifique de cette société en tant qu'entité européenne devant bénéficier d'un statut adapté à son caractère transnational : elle ne peut à l'heure actuelle être considérée comme un instrument d'optimisation fiscale par les entreprises⁴³⁹. En effet, si le transfert du siège d'une SE a été rendu neutre sur le plan fiscal en droit français, la réalisation de l'opération impose pour cela le maintien sur le territoire national d'un établissement stable. Seule l'Autriche parmi les Etats membres semble ne pas avoir posé cette exigence du maintien d'un établissement stable sur le territoire national pour assurer la neutralité fiscale d'un transfert

⁴³⁷ Noëlle Lenoir, Rapport intitulé « La *Societas Europaea* ou SE – Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise » daté du 9 mars 2007, page 108 : il s'agit de la Belgique, du Royaume-Uni, de l'Autriche et de l'Espagne

⁴³⁸ Noëlle Lenoir, « Les enjeux de la localisation de la SE dans l'espace européen », *Droit & Patrimoine*, oct 2007, n°163-5

⁴³⁹ Noëlle Lenoir, Patrick Thourot, Olivier Dillenschneider, Reinhard Dammann, « Les formes communautaires de sociétés : de la SE à la SPE », Les nouveaux outils de la mobilité des entreprises en Europe – Fusions transfrontalières, SE, SPE, Colloque du 2 juin 2008 - Chambre de commerce et de l'industrie de Paris, *Revue Lamy Droit des affaires*, avril 2009, N° 37 : « *Le principal défaut que je trouve à la société européenne d'aujourd'hui, c'est qu'elle a, comme on dit pudiquement dans les textes, une grande neutralité fiscale. C'est-à-dire qu'en réalité, elle laisse le droit fiscal dans chaque pays en l'état. Ce qui veut dire que, pour nous, ce n'est pas un acte d'optimisation fiscale que de créer une société européenne, et que nous restons soumis à nombre d'obligations comptables et fiscales, là où nous avons nos succursales européennes.* »

international de siège social de son territoire faire celui d'un autre Etat membre. Par conséquent, pour augmenter la mobilité de la SE et en faire un outil d'optimisation fiscale, il semblerait que la solution soit d'abandonner cette exigence et ce d'autant que depuis le 1^{er} janvier 2007, les plus-values à long terme réalisées lors de cessions de titres de participation ne sont plus imposables au titre de l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun soit un taux effectif de 1,72%, que sur une quote-part de 5% de leur valeur nette. Ainsi, si la SE qui désire faire migrer son siège, ne détient que des titres de participation, l'exigence du maintien de l'établissement stable risquerait de paraître excessive au regard de l'évolution du droit communautaire⁴⁴⁰.

289. Le manque de prise en compte de la spécificité de la SE apparaît aussi clairement au regard de trois points particuliers : la compensation des pertes transfrontalières, les prix de transfert et les coûts des mises en conformité⁴⁴¹. Tout d'abord, en ce qui concerne la compensation fiscale des pertes et des bénéfices réalisés par une entreprise et les établissements stables qu'elle possède sur le territoire d'un même Etat, elle est possible car cette compensation a lieu dans un espace juridique uniformisé et harmonisé. Dans le cadre européen, le manque d'uniformisation et d'harmonisation en matière fiscale conduit à ne pouvoir réaliser une telle compensation, ce qui est un problème en considération du statut de société transnationale de la SE. En effet, certains Etats membres de l'Union Européenne pratiquent une territorialité de l'impôt qui prend en compte les résultats des établissements stables d'une société situés à l'étranger pour les imposer dans l'Etat de résidence de cette dernière. Ce système évite la double imposition par une prise en compte et un remboursement total ou partiel de l'imposition de l'entreprise effectuée à l'étranger. D'autres Etats membres,

⁴⁴⁰ Noëlle Lenoir, « Les enjeux de la localisation de la SE dans l'espace européen », *Droit & Patrimoine*, oct 2007, n°163-5

⁴⁴¹ Noëlle Lenoir, Rapport intitulé « La *Societas Europaea* ou SE – Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise » daté du 9 mars 2007, pages 85-86

tel que la France, appliquent une notion moins étendue de la territorialité puisqu'ils n'imposent que les établissements stables se trouvant sur leur territoire ne prenant pas en compte les pertes et les bénéfices effectués par les autres établissements stables d'une société se trouvant sur le territoire d'un autre Etat. Face à une telle disparité au sein de l'Union Européenne, il n'est pas possible d'envisager une compensation transfrontalière des pertes et bénéfices. Dès lors une SE qui est par destination une société transnationale se trouve confrontée à une imposition disparate et complexe des opérations qu'elle mène au sein de l'espace européen qui en matière fiscale n'est pas unique mais réduit à la disparité des espaces nationaux qui le composent. Il y a là une incohérence que les Etats membres sont loin d'avoir gérée. Ensuite, en ce qui concerne les prix de transfert, la disparité fiscale au sein de l'Union Européenne comporte un risque de double imposition des opérations intra-groupes pouvant être menées par une SE qui encore une fois est une société à vocation transnationale. Enfin, en ce qui concerne les coûts de mise en conformité, l'obligation pour une SE de respecter autant de normes fiscales d'origine différente qu'il y a d'Etats permettant à une SE de s'installer sur leur territoire représente un coût considérable et défavorable au développement de l'activité de ce type d'entreprise.

290. En conclusion, quels sont les atouts que possède le droit français pour être attractif et inciter à la création de SE qui seraient immatriculées en France ? Tout d'abord, les SE non cotées disposent d'une grande liberté pour organiser les relations entre ses actionnaires et contrôler son capital⁴⁴². Aucune SA, en France ou en Europe, ne dispose de cette liberté de souplesse qui se rapproche de celle de la SAS. Mais ceci est bien léger. Actuellement, le droit

⁴⁴² Articles L 229-11 à L 229-13 du Code de commerce

des sociétés français ne présente pas la souplesse requise pour être attractif en raison de sa complexité. Une lourde fiscalité pesant sur les entreprises ainsi que cela a été démontré précédemment, est aussi un important facteur qui joue en défaveur de la législation française. S'il s'agit d'attendre le résultats des éventuelles modifications du statut de la SE que la Commission pourrait proposer en 2012 suite au rendu de son rapport en 2010⁴⁴³, il n'est pas sûr qu'à l'heure actuelle, le droit français soit le plus attractif et le plus compétitif dans la course à la SE qui est en train de s'amorcer car il ne faut pas perdre de vue la concurrence législative qui va s'installer entre les Etats membres pour inciter les sociétés à constituer et à implanter des SE sur leur territoire. Cette problématique de la compétitivité du droit français en matière de SE va se poser également en matière de Société Coopérative Européenne. Et ce n'est pas la seule. En effet, le statut juridique de la SE ayant servi de base pour établir celui de la SCE, les critiques adressées à la SE sont également valables pour la SCE. Toutefois, la SCE présente certaines caractéristiques qui lui sont propres en raison de sa nature coopérative, ce qui diffère de la nature commerciale de la SE. Dans si les deux sociétés ont des natures différentes et reposent sur des principes. Dans les propos qui vont suivre, il va justement s'agir de faire ressortir ces particularités de la SCE mais également de remarquer les points communs qu'elle possède avec la SE.

SECTION 2 : La Société Coopérative Européenne (SCE)

⁴⁴³ COM(2010) 676 final: "Rapport de la Commission au Parlement et au Conseil: Application du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE)", page 11

291. A la différence de la SE pour laquelle il a fallu quelques trente années pour que soit élaboré et instauré son régime reposant sur un consensus entre les Etats membres, il n'aura fallu qu'une dizaine d'années pour la Société Coopérative Européenne ou SCE. Ceci s'explique par la similarité entre les régimes juridiques de la SE et de la SCE. Les différences sont essentiellement dues à la nature coopérative de la SCE. En effet, si de grandes similitudes se retrouvent entre les régimes juridiques de la SE et de la SCE en raison du recours à la combinaison règlement – directive ou en raison d'une hiérarchie des normes quasi identiques, l'esprit même de la SCE est différent dans ses fondements puisque par définition il trouve ses racines dans le mouvement coopératif alors que la SE par définition se veut être une société commerciale⁴⁴⁴. Quatre paragraphes seront consacrés à ces thèmes:

Paragraphe 1 : Genèse de la Societas Cooperativa Europaea

Paragraphe 2 : Définition et régime juridique de la Société Coopérative Européenne

Paragraphe 3 : Le transfert international de son siège social d'une Société Coopérative Européenne

Paragraphe 4 : Conclusion sur la Société Coopérative Européenne

§1/ Genèse de la Societas Cooperativa Europaea

⁴⁴⁴ Gilbert Parléani, « Le règlement relatif à la société coopérative européenne, et la subtile articulation du droit communautaire et des droit nationaux », *Revue des sociétés*, 2004, page 74

292. En Europe, le mouvement coopératif est généralement considéré comme étant né en 1844, à Rochdale près de Manchester, de l'idée qu'en s'associant de manière volontaire et intéressée des producteurs pourraient, en se partageant les résultats de leur union, diffuser le progrès vers les classes laborieuses. Il s'agissait d'offrir une alternative au mode capitaliste des rapports économiques⁴⁴⁵. En France, le mouvement s'est essentiellement développé à partir de 1864 et a donné lieu à l'ajout du Titre III de la loi du 24 juillet 1867 relative aux sociétés à capital variable. Les principes fondamentaux du mouvement coopératif, qui sont aujourd'hui les mêmes, se sont fixés assez rapidement : « prédominance de l'apport en travail sur l'apport en capital ; exclusivisme coopératif (la coopérative est celle qui travaille avec ses propres associés) ; suppression des intermédiaires et double qualité de l'associé, à la fois associé, client ou agent de main d'œuvre ; principe démocratique (association d'hommes) avec la règle un homme une voix ; effacement de l'esprit de lucre par une abolition du profit capitalistique remplacé par la ristourne des excédents qui sont le fruit de la coopération des membres ; variabilité du nombre des associés et par conséquent du capital »⁴⁴⁶.

293. Ainsi, dans le cadre d'une société coopérative, il est imposé aux associés une double qualité qui est celle d'associé et d'utilisateur des services de la société ou fournisseur de travail personnel. De même, les liens entre la coopérative et ses associés sont différents de ceux unissant une société commerciale à ses associés car il n'y a pas de répartition des bénéfices au pro rata des parts détenues dans le capital. Il y a une répartition des excédents en accord avec le principe de la ristourne proportionnelle en considération des opérations

⁴⁴⁵ Bernard Saintourens, « Sociétés coopératives et sociétés de droit commun », *Revue des sociétés*, 1996, page 1

⁴⁴⁶ Gilbert Parléani, « Le règlement relatif à la société coopérative européenne, et la subtile articulation du droit communautaire et des droit nationaux », *Revue des sociétés*, 2004, page 74

réalisées par les associés avec la coopérative. De plus, le principe « un homme-une voix » ne permet à aucun associé d'avoir la main mise sur les décisions sociales à la différence de l'associé qui a effectué le principal apport en capital au sein d'une société de nature commerciale. En raison de ces principes fondamentaux, il est aisé de comprendre les raisons qui ont prévenu des investisseurs de fonds de s'intéresser aux sociétés coopératives⁴⁴⁷.

294. En France, placées en retrait du droit commun des sociétés, il a fallu attendre la loi 47-1775 du 10 septembre 1947 pour qu'il soit donné un régime juridique spécifique aux sociétés coopératives. Bien qu'emprunt de souplesse, ce régime n'était guère satisfaisant en l'état en raison de son caractère limité et des différents renvois aux règles particulières à chaque catégories de coopératives existant déjà à cette époque en France. Le Législateur a accompagné l'évolution du mouvement coopératif au fur et à mesure de ses développements : « regroupements coopératifs avec les unions de coopératives ; ouverture à des associés non coopérateurs ou à des bailleurs de fonds ; libéralisation de la gestion des réserves ; possibilité pour la société de quitter le cadre coopératif »⁴⁴⁸. La jurisprudence a pris également en compte la spécificité des sociétés coopératives. Toutefois ce suivi de l'évolution du mouvement coopératif en droit français s'est aussi accompagné d'un certain émoussement des principes originaux au profit d'un esprit d'une plus grande commercialité car au sein d'un environnement économique où se trouvent également des sociétés commerciales, les coopératives ont dû s'adapter et se rapprocher des sociétés non coopératives. Ceci s'est produit dans la plupart des Etats membres de l'Union Européenne. En effet, pour se

⁴⁴⁷ Bernard Saintourens, « Sociétés coopératives et sociétés de droit commun », *Revue des sociétés*, 1996, page 1

⁴⁴⁸ Gilbert Parléani, « Le règlement relatif à la société coopérative européenne, et la subtile articulation du droit communautaire et des droit nationaux », *Revue des sociétés*, 2004, page 74

développer à l'international, les coopératives étaient, avant la transposition des textes communautaires relatives à la SCE, obligées soit de créer des filiales locales soit de prendre des parts dans des sociétés de nature commerciale et non coopérative⁴⁴⁹. Il faut savoir qu'aujourd'hui, le mouvement coopératif européen représente quelques 288 888 coopératives présentes dans la quasi-totalité des Etats membres employant 5 millions de personnes qui fournissent des services à plus de 83 millions de membres⁴⁵⁰. En France, le mouvement coopératif représente quelques 21 000 entreprises, 700 000 salariés et 200 milliards de chiffres d'affaires⁴⁵¹. Neuf des cinquante plus importantes coopératives au niveau mondial sont françaises⁴⁵². Le secteur coopératif est particulièrement important dans les domaines agricole, bancaire, de l'assurance et de la distribution sans compter celui de la diffusion de la presse⁴⁵³.

295. Face à l'importance du secteur coopératif, l'instauration du Règlement SCE permettant aux entreprises de ce secteur d'accéder au marché commun donc d'exercer leurs activités sur un plan international était une nécessité et la création d'une véritable opportunité qui va permettre aux coopératives européennes de prendre une nouvelle dimension sans renier leurs principes fondateurs. En effet, la finalité du Règlement SCE est de créer une entité qui

⁴⁴⁹ Arlette Grosskost, député, « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n°411) portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire », 16 avril 2008, n°817, pages 33-34

⁴⁵⁰ Grégory Damy, « Les groupements d'affaires européens : une évolution décisive pour le XXI^e siècle », *Les Petites Affiches*, 2 janv 2006, n°1, page 8

⁴⁵¹ Communiqué Cons. Min. du 14 nov 2007, « Adaptation du droit des sociétés au droit communautaire », *Les Nouvelles Fiscales*, 15 déc 2007, n°992 ; Valérie Boccara, « Adaptation du droit des sociétés au droit communautaire », *Les Petites Affiches*, 30 juil 2008, n°152, page 4

⁴⁵² Arlette Grosskost, député, « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n°411) portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire », 16 avril 2008, n°817, pages 33-34

⁴⁵³ Gilbert Parléani, « La société coopérative européenne française après la loi du 3 juillet 2008 », *Revue des sociétés*, 2008, page 531

puisse s'intégrer dans le marché commun pour en tirer profit et satisfaire les besoins des membres de la coopérative tant sur un plan économique que social dans le respect des principes fondamentaux de l'esprit coopératif⁴⁵⁴.

296. Ainsi, le Règlement 1435/2003 du 22 juillet 2003 (Règlement SCE) qui instaure le statut de la SCE en droit communautaire et dans chacun des Etats membres. En France, il est proche de l'esprit des textes français⁴⁵⁵ ce qui a rendu son adaptation facile. Il a été intégré en droit français par la loi n°2008-649 du 3 juillet 2008 qui porte diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés en droit communautaire et ajoute un titre III bis à la loi

⁴⁵⁴ Considérant 10 du Règlement SCE :

« Une société coopérative européenne (ci-après dénommée "SCE") devrait avoir pour objet principal la satisfaction des besoins de ses membres et/ou le développement de leurs activités économiques et sociales, dans le respect des principes suivants:

- ses activités devraient avoir pour finalité le bénéfice mutuel de ses membres afin que chacun d'entre eux bénéficie des activités de la SCE en fonction de sa participation,*
- ses membres devraient également être des clients, travailleurs ou fournisseurs ou sont, d'une manière ou d'une autre, impliqués dans les activités de la SCE,*
- son contrôle devrait être assumé à parts égales entre ses membres, un vote pondéré pouvant toutefois être prévu, afin de refléter la contribution de chaque membre à la SCE,*
- la rémunération du capital emprunté et des participations devrait être limitée,*
- ses bénéfices devraient être distribués en fonction des activités réalisées avec la SCE ou utilisés pour satisfaire les besoins de ses membres,*
- il ne devrait pas y avoir de barrières artificielles à l'adhésion,*
- en cas de dissolution, l'actif net et les réserves devraient être distribués selon le principe de dévolution désintéressée, c'est-à-dire à une autre entité coopérative poursuivant des fins ou des objectifs d'intérêt général similaires. »*

⁴⁵⁵ Article 1 de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 :

« Les coopératives sont des sociétés dont les objets essentiels sont :

- 1° De réduire, au bénéfice de leurs membres et par l'effort commun de ceux-ci, le prix de revient et, le cas échéant, le prix de vente de certains produits ou de certains services, en assumant les fonctions des entrepreneurs ou intermédiaires dont la rémunération grèverait ce prix de revient ;*
- 2° D'améliorer la qualité marchande des produits fournis à leurs membres ou de ceux produits par ces derniers et livrés aux consommateurs.*
- 3° Et plus généralement de contribuer à la satisfaction des besoins et à la promotion des activités économiques et sociales de leurs membres ainsi qu'à leur formation.*

Les coopératives exercent leur action dans toutes les branches de l'activité humaine. »

Il faut remarquer la similitude des termes entre le premier alinéa de Considérant 10 du Règlement SCE et l'article 1 § 3 cité ci-dessus.

n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération. Cette adaptation a été complétée par un décret d'application n°2009-767 du 22 juin 2009 relatif à la société coopérative européenne qui vient apporter des précisions réglementaires quant à l'établissement et au fonctionnement de la SCE⁴⁵⁶. La Directive 2003/72/CE du 22 juillet 2003 (Directive SCE) relative à l'implication des travailleurs au sein de la Société Coopérative Européenne qui complète le Règlement SCE, a été transposée en droit interne par la loi 2008-89 du 30 janvier 2009 complétée par les décrets 2008-439 et 2008-440 du 7 mai 2008 qui sont venus préciser les modalités de l'implication des travailleurs au sein de la SCE.

§2/ Définition et régime juridique de la Société Coopérative Européenne

297. Le régime juridique de la SE et la SCE sont très similaires car le statut de la SE a servi de base pour élaborer celui de la SCE. Toutefois, il existe certaines caractéristiques propres à la SCE en raison de sa nature coopérative. Les mêmes modes de constitution se retrouvent pour la SE et la SCE notamment la fusion et la transformation. Cependant, une nouveauté apparaît. Il est possible de créer une SCE *ex nihilo*⁴⁵⁷. Ici apparaît une différence fondamentale avec la SE. La SE ne peut être qu'une société de sociétés. La SCE de par sa nature coopérative est ouvert aux personnes physiques⁴⁵⁸. Le capital minimal de la SCE a été fixé à 30 000 euro. Tout comme la SE, le choix entre une structure moniste ou dualiste est possible⁴⁵⁹. Pour la SCE, se retrouve la même hiérarchie de norme que pour la SE avec une

⁴⁵⁶ A Astaix, « Constitution et administration de la société coopérative », *Dalloz*, Actualité, 26 juin 2009

⁴⁵⁷ Article 2 du Règlement SCE

⁴⁵⁸ Article 1 § 3 du Règlement SCE

⁴⁵⁹ Article 36 du Règlement SCE

légère affirmation du renvoi aux statuts de la société pour la SCE⁴⁶⁰. Tout en communautarisant les principes fondateurs du droit coopératif, le Règlement SCE renvoie aux droits coopératifs de chaque Etat membre éclatant le régime juridique de la SCE comme peut l'être celui de la SE⁴⁶¹. Il en résulte les mêmes conséquences en particulier au regard de la neutralité fiscale du transfert du siège d'une forme sociale européenne⁴⁶². Dès lors se posent les mêmes enjeux en termes de localisation du siège de la SCE comme pour la SE, car la localisation de son siège social déterminera le lieu de son immatriculation et le droit national auquel elle sera soumise. Se retrouve ici encore l'institutionnalisation d'un certain law shopping par le droit communautaire. Un autre point vient s'ajouter à l'enjeu de la localisation du siège social de la SCE. Le Législateur français a soulevé tout comme pour la SE, l'option offerte par le Règlement SCE permettant aux Etats membres de ne pas permettre à une SCE de dissocier son siège social statutaire de son administration centrale⁴⁶³. Il s'agit alors de se rapporter aux développements relatifs à la SE sur cette question car ils sont également applicables à la SCE en raison de l'identité de choix fait par le Législateur (faire une note de renvoi à la partie concernée relative à la SE). Cette identité de choix, est-elle également présente dans le cadre d'une opération de transfert du siège social d'une SCE au regard de la description de l'opération qui a été développée précédemment concernant le transfert de siège d'une SE ?

⁴⁶⁰ Article 8 du Règlement SCE

Article 9 du Règlement SE

Gilbert Parléani, « Le règlement relatif à la société coopérative européenne, et la subtile articulation du droit communautaire et des droit nationaux », *Revue des sociétés*, 2004, page 74

⁴⁶¹ Gilbert Parléani, « Le règlement relatif à la société coopérative européenne, et la subtile articulation du droit communautaire et des droit nationaux », *Revue des sociétés*, 2004, page 74

⁴⁶² Considérant 16 du Règlement SCE

⁴⁶³ Article 6 du Règlement SCE ; Article 26-1 alinéa 2 de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947

§3/ Le transfert international de son siège social d'une Société Coopérative Européenne

298. L'article 7 du Règlement SCE est relatif au transfert du siège statutaire d'une Société Coopérative Européenne :

« 1. Le siège statutaire de la SCE peut être transféré dans un autre État membre conformément aux paragraphes 2 à 16. Ce transfert ne donne lieu ni à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle.

Un projet de transfert est établi par l'organe de direction ou d'administration et fait l'objet d'une publicité conformément à l'article 12⁴⁶⁴, sans préjudice de formes de publicité

⁴⁶⁴ Article 12 du Règlement SCE :

« Publicité des actes dans les États membres

1. Les actes et indications concernant la SCE soumis à publicité par le présent règlement font l'objet d'une publicité effectuée selon les modes prévus par la législation de l'État membre du siège statutaire de la SCE relative aux sociétés anonymes.

2. Les dispositions nationales prises en application de la directive 89/666/CEE s'appliquent aux succursales de la SCE créées dans un État membre autre que celui de son siège. Toutefois, les États membres peuvent prévoir des dérogations aux dispositions nationales d'application de ladite directive pour tenir compte des spécificités des coopératives. »

additionnelles prévues par l'État membre du siège. Ce projet mentionne la dénomination sociale, le siège statutaire et le numéro d'immatriculation actuels de la SCE et comprend :

- le siège statutaire proposé pour la SCE ;*
- les statuts proposés pour la SCE, y compris, le cas échéant, sa nouvelle dénomination sociale ;*
- le calendrier proposé pour le transfert ;*
- les conséquences que le transfert pourrait avoir pour l'implication des travailleurs dans la SCE ;*
- tous les droits prévus en matière de protection des membres, des créanciers et des titulaires d'autres droits.*

L'organe de direction ou d'administration établit un rapport expliquant et justifiant les aspects juridiques et économiques du transfert, ainsi que ses conséquences en matière d'emploi et expliquant les conséquences du transfert pour les membres, les créanciers, les travailleurs et les titulaires d'autres droits.

Les membres et les créanciers de la SCE et les titulaires d'autres droits, ainsi que toute autre entité habilitée en vertu du droit national à exercer un tel droit, ont, au moins un mois avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le transfert, le droit d'examiner, au siège de la SCE, la proposition de transfert et le rapport établi en application du paragraphe 3 et d'obtenir gratuitement, à leur demande, des copies de ces documents.

Tout membre qui s'est opposé à la décision de transfert lors de l'assemblée générale ou de l'assemblée de SCE ou de branche peut déclarer son retrait dans un délai de deux mois à compter de la décision de l'assemblée générale. La qualité de membre prend fin au terme de l'exercice au cours duquel le retrait a été déclaré ; le transfert ne prend pas effet à l'égard de ce membre. Le retrait ouvre droit au remboursement de parts dans les conditions prévues à l'article 3, paragraphe 4, et à l'article 16⁴⁶⁵.

La décision de transfert ne peut intervenir que deux mois après la publication de la proposition. Elle doit être prise dans les conditions prévues à l'article 61, paragraphe 4⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ Article 3 du Règlement SCE :

« Capital minimal

1. Le capital de la SCE est exprimé dans la monnaie nationale. Une SCE dont le siège statutaire est situé hors de la zone euro peut également exprimer son capital en euros.

2. Le capital souscrit est d'au moins 30000 euros.

3. La législation d'un État membre prévoyant un capital souscrit plus élevé pour les entités juridiques exerçant certains types d'activités s'applique aux SCE ayant leur siège statutaire dans cet État membre.

4. Les statuts fixent une somme au-dessous de laquelle le capital souscrit ne pourra être réduit par le remboursement de parts des membres qui cessent de faire partie de la SCE. Cette somme ne pourra être inférieure au montant fixé au paragraphe 2. L'échéance fixée à l'article 16 du droit de remboursement des membres qui cessent de faire partie de la SCE est suspendue tant que le remboursement entraînerait la réduction du capital souscrit au-dessous de la limite prescrite.

5. Le capital est susceptible d'augmentation par des versements successifs des membres ou l'admission de nouveaux membres et de diminution par le remboursement total ou partiel des apports, effectués sous réserve de l'application du paragraphe 4.

Les variations du montant du capital ne nécessitent pas de modifications des statuts ni de publicité. »

Article 16 du Règlement SCE :

« Droits pécuniaires des membres en cas de retrait ou d'exclusion

1. Sauf en cas de cession de parts et sous réserve de l'article 3, la perte de la qualité de membre ouvre droit au remboursement de sa part du capital souscrit, réduite en proportion de toute perte imputable sur le capital social de la SCE.

2. Les montants déduits en vertu du paragraphe 1 sont calculés en fonction du bilan de l'exercice au cours duquel le droit au remboursement a pris naissance.

3. Les statuts prévoient les modalités et les conditions de l'exercice du droit de retrait et impartissent le délai, d'un maximum de trois ans, dans lequel le remboursement doit s'effectuer. En tout cas, la SCE n'est pas tenue d'effectuer le remboursement avant les six mois suivant l'approbation du bilan postérieur à la perte de la qualité de membre.

4. Les paragraphes 1, 2 et 3 s'appliquent également en cas de remboursement d'une partie seulement des parts détenues par un membre. »

⁴⁶⁶ Article 61 du Règlement SCE :

« Prise de décision

1. L'assemblée générale peut adopter des résolutions sur les points inscrits à son ordre du jour. L'assemblée générale peut également délibérer et prendre des décisions concernant des points inscrits à l'ordre du jour de la réunion par une minorité de membres conformément à l'article 57.

Avant que l'autorité compétente ne délivre le certificat visé au paragraphe 8, la SCE doit prouver qu'en ce qui concerne les créances nées antérieurement à la publication de la proposition de transfert, les intérêts des créanciers et titulaires d'autres droits envers la SCE (y compris ceux des entités publiques) bénéficient d'une protection adéquate conformément aux dispositions prévues par l'État membre où la SCE a son siège statutaire avant le transfert.

Un État membre peut étendre l'application du premier alinéa aux créances nées, ou susceptibles de naître, avant le transfert.

Le premier et le deuxième alinéas s'appliquent sans préjudice de l'application aux SCE de la législation nationale des États membres en ce qui concerne le désintéressement ou la garantie des paiements en faveur des entités publiques.

Dans l'État membre du siège statutaire de la SCE, un tribunal, un notaire ou une autre autorité compétente délivre un certificat attestant d'une manière concluante l'accomplissement des actes et des formalités préalables au transfert.

2. L'assemblée générale statue à la majorité des voix valablement exprimées par les membres présents ou représentés.

3. Les statuts prévoient les règles de quorum et de majorité applicables aux assemblées générales.

Lorsque les statuts prévoient que la SCE peut admettre des membres investisseurs (non usagers) ou attribuer les droits de vote en fonction de la contribution au capital des SCE participant à des activités dans le domaine financier ou de l'assurance, les statuts peuvent également comporter des dispositions particulières relatives au quorum à atteindre par les membres autres que les membres investisseurs (non usagers) ou les membres disposant de droits de vote en fonction de la contribution au capital des SCE participant à des activités dans le domaine financier ou de l'assurance. Les États membres sont libres de définir ce quorum pour les SCE qui ont établi leur siège sur leur territoire.

4. L'assemblée générale appelée à se prononcer sur une décision entraînant la modification des statuts ne délibère valablement sur première convocation que si les membres présents ou représentés représentent au moins la moitié du nombre total des inscrits à la date de la convocation; lors d'une deuxième convocation portant sur le même ordre du jour, aucune condition de quorum n'est requise.

Dans les cas visés au premier alinéa, l'assemblée générale statue à la majorité des deux tiers des voix valablement exprimées, à moins que la loi applicable aux coopératives dans l'État membre du siège de la SCE ne requière une majorité plus élevée. »

La nouvelle immatriculation ne peut s'effectuer que sur présentation du certificat visé au paragraphe 8 ainsi que sur preuve de l'accomplissement des formalités exigées pour l'immatriculation dans le pays du nouveau siège.

Le transfert du siège de la SCE, ainsi que la modification des statuts qui en résulte, prennent effet à la date à laquelle la SCE est immatriculée conformément à l'article 11, paragraphe 1⁴⁶⁷, au registre du nouveau siège.

Lorsque la nouvelle immatriculation de la SCE a été effectuée, le registre de la nouvelle immatriculation le notifie au registre de l'ancienne immatriculation. La radiation de l'ancienne immatriculation s'effectue dès réception de la notification, mais pas avant.

La nouvelle immatriculation et la radiation de l'ancienne immatriculation sont publiées dans les États membres concernés conformément à l'article 12.

La publication de la nouvelle immatriculation de la SCE rend le nouveau siège opposable aux tiers. Toutefois, tant que la publication de la radiation de l'immatriculation au registre du

⁴⁶⁷ Article 11 du Règlement SCE :

« *Immatriculation et contenu de la publicité*

1. *Toute SCE est immatriculée dans l'État membre de son siège statutaire dans un registre désigné par la législation de cet État membre conformément au droit applicable aux sociétés anonymes.*

2. *Une SCE ne peut être immatriculée que si un accord sur les modalités relatives à l'implication des travailleurs au sens de l'article 4 de la directive 2003/72/CE a été conclu, ou si une décision au titre de l'article 3, paragraphe 6, de ladite directive a été prise, ou encore si la période prévue à l'article 5 de ladite directive pour mener les négociations est arrivée à expiration sans qu'un accord n'ait été conclu.*

3. *Pour qu'une SCE constituée par voie de fusion puisse être immatriculée dans un État membre ayant fait usage de la faculté visée à l'article 7, paragraphe 3, de la directive 2003/72/CE, il faut qu'un accord, au sens de l'article 4 de ladite directive, sur les modalités relatives à l'implication des travailleurs, y compris la participation, ait été conclu, ou qu'aucune des coopératives participantes n'ait été régie par des règles de participation avant l'immatriculation de la SCE.*

4. *Les statuts de la SCE ne doivent à aucun moment entrer en conflit avec les modalités relatives à l'implication des travailleurs qui ont été fixées. Lorsque de nouvelles modalités fixées conformément à la directive 2003/72/CE entrent en conflit avec les statuts existants, ceux-ci sont modifiés dans la mesure nécessaire.*

En pareil cas, un État membre peut prévoir que l'organe de direction ou l'organe d'administration de la SCE a le droit d'apporter des modifications aux statuts sans nouvelle décision de l'assemblée générale.

5. *Le droit applicable, dans l'État membre où la SCE a son siège statutaire, aux sociétés anonymes en ce qui concerne les exigences en matière de publicité des actes et indications s'applique par analogie à la SCE. »*

précédent siège n'a pas eu lieu, les tiers peuvent continuer de se prévaloir de l'ancien siège, à moins que la SCE ne prouve que les tiers avaient connaissance du nouveau siège.

La législation d'un État membre peut prévoir, en ce qui concerne les SCE immatriculées dans ce dernier, qu'un transfert du siège, dont résulterait un changement du droit applicable, ne prend pas effet si, dans le délai de deux mois visé au paragraphe 6, une autorité compétente de cet État s'y oppose. Cette opposition ne peut avoir lieu que pour des raisons d'intérêt public.

Lorsqu'une SCE est soumise au contrôle d'une autorité nationale de surveillance financière conformément aux directives communautaires, le droit de s'opposer au transfert du siège statutaire s'applique également à cette autorité.

Elle est susceptible de recours devant une autorité judiciaire.

Une SCE, à l'égard de laquelle a été entamée une procédure de dissolution, de liquidation, y compris la liquidation volontaire, d'insolvabilité, de suspension de paiements ou d'autres procédures analogues ne peut transférer son siège.

Une SCE qui a transféré son siège statutaire dans un autre État membre est considérée, aux fins de tout litige survenant avant le transfert tel qu'il est déterminé au paragraphe 10, comme ayant son siège statutaire dans l'État membre où la SCE était immatriculée avant le transfert, même si une action est intentée contre la SCE après le transfert. »

Tout comme le Règlement SE pour la Société Européenne, le Règlement SCE prévoit la possibilité pour la SCE de procéder au transfert de son siège social d'un Etat membre à un autre et organise précisément le déroulement de l'opération. »

299. Comme pour le SE, il convient avant d'envisager tout transfert du siège d'une Société Coopérative Européenne de préciser qu'une telle opération ne peut être envisageable que si la société ne fait pas l'objet d'une procédure de liquidation, d'insolvabilité, de suspension des paiements ou de toutes autres procédures de même nature. Le droit communautaire prévoit également, comme pour la SE, que la SCE au cours de l'opération ne perde pas sa personnalité morale car le transfert de son siège ne lui impose ni de se dissoudre ni de se reconstituer sous la forme d'une nouvelle personne morale pour le réaliser. Un projet de transfert, première étape de l'opération, doit être établi par l'organe de direction ou d'administration de la SCE, selon que la structure de la coopérative est d'essence moniste ou dualiste. Ce projet qui porte des mentions particulières doit faire état des mesures de protection prévues pour les membres de la SCE, ses créanciers et titulaires d'autres droits à son encontre. De même, l'organe de direction ou d'administration qui est en charge d'établir le projet de transfert doit rédiger un rapport sur les conséquences économiques et juridiques de l'opération sur les membres de la SCE, ses créanciers et titulaires d'autres droits mais également sur les salariés de la société. Le projet doit faire l'objet d'un dépôt au greffe du tribunal dans le ressort duquel la SCE est immatriculée et d'une publicité⁴⁶⁸ par l'insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales dans le département où est situé le siège social de l'entreprise et au BALO si ses titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou ne revêtent pas tous la forme nominative. Cet avis doit comporter des mentions

⁴⁶⁸ Article 26-9 alinéa 1 de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 :

« Toute société coopérative européenne régulièrement immatriculée au registre du commerce et des sociétés peut transférer son siège dans un autre Etat membre de la Communauté européenne. Elle établit un projet de transfert. Ce projet est déposé au greffe du tribunal dans le ressort duquel la société est immatriculée et fait l'objet d'une publicité dont les modalités sont prévues par décret en Conseil d'Etat. »

spécifiques⁴⁶⁹. Il doit être procédé à son dépôt et à son insertion au moins deux mois avant la date de la première assemblée générale appelée à statuer sur le transfert.

300. Au cours de ces deux mois et au moins un mois avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le transfert, les membres de la SCE, ses créanciers et autres titulaires de droits peuvent examiner le projet et le rapport établis au siège de la SCE et en obtenir gratuitement des copies à leur demande. Le projet⁴⁷⁰ est par ailleurs présenté à l'assemblée spéciale des titulaires de certificats coopératifs d'investissement et celle des titulaires de certificats coopératifs d'associés afin qu'elles puissent se prononcer sur les modalités de rachat de ces titres. Lorsqu'ils sont admis aux négociations sur un marché réglementé, l'offre

⁴⁶⁹ Article 10 du Décret n°2009-767 du 22 juin 2009 :

« Le projet de transfert dans un autre Etat membre de la Communauté européenne du siège social d'une société coopérative européenne immatriculée en France, prévu à l'article 26-9 de la loi du 10 septembre 1947 susvisée, fait l'objet d'un avis inséré dans un journal habilité à recevoir des annonces légales dans le département du siège social, ainsi qu'au Bulletin des annonces légales obligatoires lorsque ses titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou ne revêtent pas tous la forme nominative.

Cet avis comporte, outre les mentions prévues pour la modification des statuts, les indications suivantes :

- 1 La dénomination sociale suivie, le cas échéant, de son sigle, l'adresse du siège social, le montant du capital social ainsi que les mentions prévues aux 1^o et 2^o de l'article R. 123-237 du code de commerce ;*
- 2 L'Etat dans lequel le transfert est envisagé ainsi que l'adresse prévisible du siège social ;*
- 3 Le calendrier prévisible du transfert ;*
- 4 Les modalités d'exercice des droits relatifs au rachat des titres et à l'opposition des créanciers ;*
- 5 La date du projet ainsi que la date et le lieu de son dépôt au greffe du tribunal dans le ressort duquel la société est immatriculée.*

Il est procédé à ce dépôt et à la publicité prévue par le présent article au moins deux mois avant la date de la première assemblée générale appelée à statuer sur le transfert. »

⁴⁷⁰ Article 26-11 de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 :

« Le projet de transfert est présenté à l'assemblée spéciale des titulaires de certificats coopératifs d'investissement et à celle des titulaires de certificats coopératifs d'associés. Elles se prononcent sur les modalités de rachat de ces titres.

Lorsque les certificats coopératifs d'investissement et les certificats coopératifs d'associés sont admis aux négociations sur un marché réglementé, l'offre de rachat présentée par la société est faite selon les modalités prévues par le contrat d'émission et dans les conditions prévues par les articles L. 212-6-3 et L. 212-6-4 du code monétaire et financier.

Lorsque les certificats coopératifs d'investissement et les certificats coopératifs d'associés ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé, le rachat est effectué selon les modalités prévues par le contrat d'émission. En cas d'opposition des titulaires de certificats coopératifs d'investissement ou des titulaires de certificats coopératifs d'associés, le rachat des titres est effectué dans des conditions assurant l'égalité entre les titulaires prévues par décret en Conseil d'Etat.

La somme revenant aux détenteurs non identifiés ou ne s'étant pas manifestés est consignée. »

de rachat de la SCE doit être faite en accord avec les termes du contrat d'émission quant aux modalités et aux dispositions des articles L 212-6-3 et L 212-6-4 du Code monétaire et financier⁴⁷¹. Si les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé, alors seules les modalités prévues par le contrat d'émission s'appliquent. L'offre formulée par la SCE⁴⁷² doit faire l'objet d'un avis inséré dans un journal d'annonces légales du département où la société a son siège social et au BALO quand les titres qu'elle propose de racheter sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou ne revêtent pas tous la forme nominative. Pour les certificats nominatifs, la SCE se doit d'envoyer à chacun des porteurs une lettre recommandée avec avis de réception portant les mêmes mentions que l'avis afin de les tenir informés de son offre de rachat. En cas d'opposition des titulaires de certificats au

⁴⁷¹ Article L 212-6-3 du Code monétaire et financier :

« Afin d'assurer l'égalité des porteurs de certificats d'investissement ou de certificats de droit de vote et la transparence du marché, le règlement général de l'Autorité des marchés financiers détermine :

1° Les conditions applicables aux procédures d'offre publique et de demande de retrait portant sur des certificats d'investissement ou des certificats de droit de vote admis aux négociations sur un marché réglementé ou qui ont cessé d'être négociés sur un marché réglementé, lorsque le ou les actionnaires majoritaires de la société émettrice de ces certificats détiennent seul ou de concert au sens des dispositions de l'article L. 233-10 du code de commerce une fraction déterminée du capital et des droits de vote ;

2° Les conditions dans lesquelles, à l'issue d'une procédure d'offre publique ou de demande de retrait, les certificats d'investissement ou les certificats de droit de vote non présentés par leurs porteurs, dès lors qu'ils ne représentent pas plus de 5 % du capital ou des droits de vote, sont transférés aux actionnaires majoritaires à leur demande, et les détenteurs indemnisés. »

Article L 212-6-4 du Code monétaire et financier :

« En cas de mise en oeuvre du 2° de l'article L. 212-6-3, l'évaluation des titres est faite selon les méthodes objectives pratiquées en cas de cession d'actifs et tient compte, selon une pondération appropriée à chaque cas, de la valeur des actifs, des bénéfices réalisés, de la valeur boursière, de l'existence de filiales et des perspectives d'activité. L'indemnisation est égale, par titre, au résultat de l'évaluation précitée ou, s'il est plus élevé, au prix proposé lors de l'offre ou de la demande de retrait. Le montant de l'indemnisation revenant aux détenteurs non identifiés est consigné. »

⁴⁷² Article 14 du Décret n°2009-767 du 22 juin 2009 :

« L'offre de rachat des titres prévue à l'article 26-11 de la loi du 10 septembre 1947 susvisée fait l'objet d'un avis inséré dans un journal habilité à recevoir des annonces légales dans le département du siège social, ainsi qu'au Bulletin des annonces légales obligatoires lorsque les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou ne revêtent pas tous la forme nominative.

suivie, le cas échéant, de son sigle, la forme de la société, l'adresse du siège social et le montant du capital social ;

par l'assemblée spéciale des titulaires de certificats coopératifs concernée ;

d'acquisition est maintenue ainsi que le lieu où elle peut être acceptée. Ce délai ne peut être inférieur à vingt jours.

d'investissement nominatifs et de certificats coopératifs d'associés nominatifs par l'envoi à chacun d'eux d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, aux frais de la société. Cette lettre comporte les mêmes mentions que celles de l'avis.

Le délai dans lequel les porteurs de certificats coopératifs d'investissement et de certificats coopératifs d'associés peuvent céder leurs titres est de trente jours à compter de la dernière en date des formalités de publicité accomplies. »

Cet avis comporte

2° Le nombre de

quel délai pendant le

La publicité pr

rachat de leurs titres, leur rachat est effectué dans les conditions propres à assurer l'égalité entre les différents titulaires concernés. La somme revenant aux détenteurs non identifiés ou ne s'étant pas manifestés est consignée. Les porteurs de certificats ont un délai de 30 jours à partir de la date de la dernière formalité de publicité pour accepter et céder leurs titres à la société qui se propose de les racheter.

301. Le projet de transfert doit également être soumis dans le même délai à l'assemblée spéciale des obligataires de la SCE à moins qu'elle ne leur offre le remboursement de leurs titres sur simple demande de leur part⁴⁷³. Cette offre doit faire l'objet d'une publicité⁴⁷⁴ par un avis inséré successivement deux fois à au moins dix jours d'écart dans deux journaux d'annonces légales du département dans lequel la SCE a son siège social et au BALO lorsque les titres sur lesquels portent l'offre de remboursement sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou ne revêtent pas tous la forme nominative. Pour les titulaires d'obligations nominatives, les présentes formalités de publicité sont remplacées par l'envoi d'une lettre recommandée avec avis de réception. Les obligataires ont un délai de trois mois à partir de la dernière des formalités de publicité en date pour demander le remboursement de

⁴⁷³ Article 26-12 de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 :

« Le projet de transfert est soumis à l'assemblée des obligataires à moins que le remboursement des titres sur simple demande de leur part ne soit offert auxdits obligataires. Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités de publicité de l'offre de remboursement ainsi que le délai au terme duquel chaque obligataire qui n'a pas demandé le remboursement conserve sa qualité dans la société aux conditions fixées par le projet de transfert. »

⁴⁷⁴ Article 15 du Décret n°2009-767 du 22 juin 2009 :

« L'offre de remboursement des titres prévue à l'article 26-12 de la loi du 10 septembre 1947 susvisée fait l'objet d'un avis donnant lieu à deux insertions successives, espacées d'au moins dix jours, dans deux journaux d'annonces légales du département du siège social, ainsi qu'au Bulletin des annonces légales obligatoires lorsque les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou ne revêtent pas tous la forme nominative.

par l'envoi à chacun d'eux d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, aux frais de la société.

mois à compter de la dernière en date des formalités de publicité accomplies.
mentionné au premier alinéa. »

La publicité prév

Le délai dans le
Ce délai est indi

leurs titres. Les obligataires qui ne formulent pas de demande conservent leur qualité en accord avec les conditions fixées par le projet de transfert.

302. Quant aux créanciers non obligataires dont la créance est antérieure au transfert, ils peuvent former opposition⁴⁷⁵ à l'opération dans les 30 jours à compter de la dernière formalité de publicité relative au projet de transfert⁴⁷⁶. Une décision de justice ordonne soit le remboursement des créances ou la constitution de garanties si la SCE en offre et sont jugées suffisantes soit rejette l'opposition. A défaut de remboursement des créances ou de constitution de garanties, le transfert n'est pas opposable à ces créanciers. Toutefois, l'opposition qu'ils peuvent former n'a pas pour effet d'interdire la poursuite du transfert. Ces dispositions ne font pas obstacle à l'application des conventions autorisant le remboursement immédiat de leurs créances aux créanciers non obligataires en cas de transfert de siège.

303. Dans les deux mois qui suivent la publication du projet de transfert et précèdent l'assemblée générale extraordinaire appelée à se prononcer sur le transfert, si l'opération prévue entraîne un changement de loi applicable à la SCE, alors elle ne pourra prendre effet

⁴⁷⁵ Article 26-13 de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 :

« Les créanciers non obligataires dont la créance est antérieure au transfert de siège peuvent former opposition à celui-ci dans le délai fixé par décret en Conseil d'Etat. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société transférant son siège en offre et si elles sont jugées suffisantes. A défaut de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées, le transfert est inopposable à ces créanciers. L'opposition formée n'a pas pour effet d'interdire la poursuite des opérations de transfert. Le présent article ne fait pas obstacle à l'application des conventions autorisant les créanciers non obligataires à exiger le remboursement immédiat de leur créance en cas de transfert de siège. »

⁴⁷⁶ Article 16 du Décret n°2009-767 du 22 juin 2009 :

« L'opposition d'un créancier non obligataire, prévue à l'article 26-13 de la loi du 10 septembre 1947 susvisée, est formée dans un délai de trente jours à compter de la dernière en date des publications de l'insertion mentionnée à l'article 10. »

que si une autorité publique compétente ne s'y oppose pas pour des raisons d'intérêt public. Lorsqu'une SCE est soumise au contrôle d'une autorité financière le droit de s'opposer au transfert du siège statutaire s'applique également. En France, l'autorité publique désignée comme compétente pour s'opposer au transfert de siège d'une SCE est le Procureur de la République⁴⁷⁷. Il est possible de faire appel de la décision d'opposition devant la Cour d'appel de Paris. Les autorités financières ayant reçu la compétence pour s'opposer à l'opération de transfert sont l'AMF⁴⁷⁸ et le CECEI⁴⁷⁹. L'opposition est susceptible de recours devant le Conseil d'Etat, s'agissant d'autorités administratives.

304. Après les deux mois qui suivent la publication du projet de transfert, la décision de l'assemblée générale de procéder à l'opération intervient dans les conditions prévues pour la

⁴⁷⁷ Article 26-6 de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 :

« Le procureur de la République est compétent pour s'opposer pour des raisons d'intérêt public, conformément au paragraphe 14 de l'article 7 et à l'article 21 du règlement (CE) n° 1435 / 2003 du Conseil, du 22 juillet 2003, précité, au transfert de siège social d'une société coopérative immatriculée en France, dont il résulterait un changement de droit applicable, ainsi qu'à la participation d'une société coopérative relevant du droit français à la constitution d'une société coopérative européenne par voie de fusion.

Il se saisit d'office ou est saisi par toute personne ou autorité qui estime une telle opération contraire à un intérêt public.

La décision du procureur de la République est susceptible de recours devant la cour d'appel de Paris. »

⁴⁷⁸ Article L 532-9-3 du Code monétaire et financier :

« Sans préjudice des dispositions de l'article 26-6 de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, l'Autorité des marchés financiers est compétente pour s'opposer, conformément au paragraphe 14 de l'article 7 et à l'article 21 du règlement (CE) n° 1435 / 2003 du Conseil, du 22 juillet 2003, relatif au statut de la société coopérative européenne (SCE), au transfert de siège social d'une société de gestion de portefeuille constituée sous forme de société coopérative européenne immatriculée en France et dont résulterait un changement du droit applicable ainsi qu'à la constitution d'une société coopérative européenne par voie de fusion impliquant une société coopérative de gestion de portefeuille agréée en France. Cette décision est susceptible de recours devant le Conseil d'Etat. »

⁴⁷⁹ Article L 511-13-2 du Code monétaire et financier :

« Sans préjudice des dispositions de l'article 26-6 de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, l'Autorité de contrôle prudentiel est compétente pour s'opposer, conformément au paragraphe 14 de l'article 7 et à l'article 21 du règlement (CE) n° 1435 / 2003 du Conseil, du 22 juillet 2003, relatif au statut de la société coopérative européenne (SCE), au transfert de siège social d'un établissement de crédit constitué sous forme de société coopérative européenne immatriculée en France et dont résulterait un changement du droit applicable ainsi qu'à la constitution d'une société coopérative européenne par voie de fusion impliquant un établissement coopératif de crédit agréé en France. Cette décision est susceptible de recours devant le Conseil d'Etat. »

modification des statuts selon les dispositions applicables à la catégorie de coopératives dont relève la SCE⁴⁸⁰. La décision doit être prise à la majorité des deux tiers dans le respect des conditions de quorum posées⁴⁸¹. La décision doit faire l'objet d'une publicité par insertion d'un avis portant des mentions particulières dans un journal d'annonces légales du département dans lequel la SCE a son siège et au BALO lorsque les titres de la société sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou ne revêtent pas tous la forme nominative⁴⁸². Le transfert est soumis à l'approbation des porteurs de parts à intérêts⁴⁸³. Dans

⁴⁸⁰ Article 26-9 alinéas 2 et 3 de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 :

« Le transfert est décidé dans les conditions prévues pour la modification des statuts selon les dispositions applicables à la catégorie de coopératives dont relève la société coopérative européenne. Cette décision ne peut pas intervenir avant qu'un délai de deux mois se soit écoulé depuis la publicité du projet.

Le transfert est soumis à l'approbation des porteurs de parts à intérêts prioritaires selon les modalités de l'article 11 bis. »

Les statuts fixent la quotité maximale du capital que peuvent détenir les associés mentionnés au premier alinéa.

⁴⁸¹ Article 61 paragraphe 4 du Règlement SCE :

« L'assemblée générale appelée à se prononcer sur une décision entraînant la modification des statuts ne délibère valablement sur première convocation que si les membres présents ou représentés représentent au moins la moitié du nombre total des inscrits à la date de la convocation; lors d'une deuxième convocation portant sur le même ordre du jour, aucune condition de quorum n'est requise.

Dans les cas visés au premier alinéa, l'assemblée générale statue à la majorité des deux tiers des voix valablement exprimées, à moins que la loi applicable aux coopératives dans l'État membre du siège de la SCE ne requière une majorité plus élevée. »

⁴⁸² Article 11 du Décret n°2009-767 du 22 juin 2009 :

« La décision de transfert prise en application du deuxième alinéa de l'article 26-9 de la loi du 10 septembre 1947 susvisée fait l'objet d'un avis inséré dans un journal habilité à recevoir des annonces légales dans le département du siège social, ainsi qu'au Bulletin des annonces légales obligatoires lorsque les titres de la société sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou ne revêtent pas tous la forme nominative. Cet avis comporte, outre les indications prévues au 1° de l'article 10, la date de l'assemblée générale extraordinaire et l'adresse du siège social. »

⁴⁸³ Article 11 bis de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 :

« Les statuts peuvent prévoir la création de parts à intérêt prioritaire sans droit de vote susceptibles d'être souscrites ou acquises par les associés visés à l'article 3 bis ou par des tiers non associés. Ils déterminent les avantages pécuniaires conférés à ces parts.

Lorsque ces avantages ne sont pas intégralement versés pendant trois exercices consécutifs, les porteurs de ces parts acquièrent un droit de vote dans les limites fixées à l'article 3 bis de la présente loi.

Les titulaires de parts à intérêt prioritaire sans droit de vote sont réunis en assemblée spéciale dans des conditions fixées par décret.

Tout titulaire de parts à intérêt prioritaire sans droit de vote peut participer à l'assemblée spéciale. Toute clause contraire est réputée non écrite.

L'assemblée spéciale peut émettre un avis avant toute décision de l'assemblée générale. Elle statue alors à la majorité des voix exprimées par les porteurs présents ou représentés. L'avis est transmis à la société. Il est porté à la connaissance de l'assemblée générale et consigné à son procès-verbal.

L'assemblée spéciale peut désigner un ou, si les statuts le prévoient, plusieurs mandataires chargés de représenter les porteurs de parts à intérêt prioritaire sans droit de vote à l'assemblée générale des coopérateurs et, le cas échéant, d'y exposer leur avis avant tout vote de cette dernière. Cet avis est consigné au procès-verbal de l'assemblée générale.



les deux mois qui suivent la publication de l'avis informant de la décision de l'assemblée générale⁴⁸⁴, les associés de la SCE qui désirent s'opposer au transfert de siège peuvent le faire en déclarant leur retrait de la coopérative. Ils peuvent alors demander et obtenir le remboursement⁴⁸⁵ de leurs parts et leur qualité d'associé prend fin au terme de l'exercice au cours duquel a été décidé le transfert du siège de la SCE. Cette opération n'a évidemment aucun effet à leur égard.

Toute décision modifiant les droits des titulaires de parts à intérêt prioritaire sans droit de vote n'est définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale à la majorité des deux tiers des voix exprimées par les porteurs présents ou représentés. »

Article 3 bis de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 :

« Les coopératives peuvent admettre comme associés, dans les conditions fixées par leurs statuts, des personnes physiques ou morales qui n'ont pas vocation à recourir à leurs services ou dont elles n'utilisent pas le travail mais qui entendent contribuer par l'apport de capitaux à la réalisation des objectifs de la coopérative.

Ces associés ne peuvent en aucun cas détenir ensemble plus de 35 p. 100 du total des droits de vote. Les statuts peuvent prévoir que ces associés ou certaines catégories d'entre eux disposent ensemble d'un nombre de voix proportionnel au capital détenu qu'ils se répartissent entre eux au prorata de la part de chacun dans ce dernier. Toutefois, lorsque au nombre de ces associés figurent des sociétés coopératives, la limite ci-dessus est portée à 49 p. 100 sans que les droits de ces associés autres que les coopératives puissent excéder la limite de 35 p. 100. Lorsque la part de capital que détiennent les associés définis au premier alinéa excède, selon le cas, 35 p. 100 ou 49 p. 100 du total des droits de vote, le nombre de voix attribué à chacun d'entre eux est réduit à due proportion. »

⁴⁸⁴ Article 12 du Décret n°2009-767 du 22 juin 2009 :

« Les déclarations de retrait et les demandes de remboursement des associés mentionnées à l'article 26-10 de la loi du 10 septembre 1947 susvisée sont formées dans le délai de deux mois à compter de la publication prévue par l'article 11.

Elles sont portées à la connaissance de la société par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. »

⁴⁸⁵ Article 3 paragraphe 4 du Règlement SCE :

« Les statuts fixent une somme au-dessous de laquelle le capital souscrit ne pourra être réduit par le remboursement de parts des membres qui cessent de faire partie de la SCE. Cette somme ne pourra être inférieure au montant fixé au paragraphe 2. L'échéance fixée à l'article 16 du droit de remboursement des membres qui cessent de faire partie de la SCE est suspendue tant que le remboursement entraînerait la réduction du capital souscrit au-dessous de la limite prescrite. »

Article 16 paragraphe 4 du Règlement SCE :

« 1. Sauf en cas de cession de parts et sous réserve de l'article 3, la perte de la qualité de membre ouvre droit au remboursement de sa part du capital souscrit, réduite en proportion de toute perte imputable sur le capital social de la SCE.

2. Les montants déduits en vertu du paragraphe 1 sont calculés en fonction du bilan de l'exercice au cours duquel le droit au remboursement a pris naissance.

3. Les statuts prévoient les modalités et les conditions de l'exercice du droit de retrait et impartissent le délai, d'un maximum de trois ans, dans lequel le remboursement doit s'effectuer. En tout cas, la SCE n'est pas tenue d'effectuer le remboursement avant les six mois suivant l'approbation du bilan postérieur à la perte de la qualité de membre.

4. Les paragraphes 1, 2 et 3 s'appliquent également en cas de remboursement d'une partie seulement des parts détenues par un membre. »

Article 26-10 de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 :

« En cas d'opposition au transfert de siège, les associés peuvent déclarer leur retrait et obtenir le remboursement de leurs parts selon les modalités prévues par la présente loi. »

305. Pour être autorisée à procéder effectivement au transfert de son siège, la SCE doit obtenir un certificat délivré par un notaire attestant l'accomplissement des actes et formalités préalables à l'opération⁴⁸⁶. Pour cela, la SCE doit prouver avant la délivrance du certificat l'accomplissement de ces actes et formalités notamment en ce qui concerne la protection des créanciers titulaires de créances nées avant la propositions de transfert, des intérêts des créanciers et titulaires d'autres droits envers la SCE conformément au droit français. Ceci s'applique sans préjudice de la législation relative au désintéressement ou à la garantie de paiement des entités publiques. La SCE doit également produire au notaire des documents propres à démontrer l'accomplissement des actes formalités requises en particulier concernant les conséquences du transfert sur l'implication des salariés au sein de la société⁴⁸⁷. Le certificat doit être délivré à la SCE sous un délai de quinze jours à compter de la réception par le notaire de la totalité des documents requis⁴⁸⁸.

306. Les nouveaux articles du Code du travail ajoutés suite à la transposition de la Directive SCE distinguent entre les SCE soumises à l'obligation de négociation quant à

⁴⁸⁶ Article 26-14 de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 :

« Un notaire délivre un certificat attestant l'accomplissement des actes et formalités préalables au transfert. »

⁴⁸⁷ Article 17 du Décret n°2009-767 du 22 juin 2009 :

« Aux fins de délivrance du certificat mentionné à l'article 26-14 de la loi du 10 septembre 1947 susvisée, la société coopérative européenne produit au notaire un dossier contenant les éléments suivants :

transfert du siège social ;

par la présente Section ;

n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 ;

l'implication des travailleurs dans la société coopérative européenne. »

⁴⁸⁸ Article 18 du Décret n°2009-767 du 22 juin 2009 :

« Le notaire délivre ce certificat dans un délai de quinze jours à compter de la réception de l'ensemble des documents mentionnés à l'article précédent. »

1° Le projet de
des statuts de la société ;
2° Les statuts ;
3° Une copie de
4° Une copie de
5° Des indicatio

l'implication des salariés et les SCE non soumises à ces obligations de négociations⁴⁸⁹. En effet, si l'information et la consultation des salariés sont obligatoires comme pour les travailleurs d'une SE, leur participation au sein de la SCE est facultative⁴⁹⁰. Un point particulier à la SCE doit être mentionné. Pour les Sociétés Coopératives Européennes créées ex nihilo par des personnes physiques ou par une société et des personnes physiques employant moins de cinquante salariés ou plus de cinquante salariés dans un même Etat membre, les dispositions relatives aux négociations pour établir les modalités d'implication des salariés au sein de la société ne sont pas obligatoires.

307. Une fois que le certificat lui a été délivré et qu'elle a prouvé l'accomplissement des actes et formalités requis préalablement au transfert, la SCE va pouvoir s'immatriculer dans l'Etat membre où elle désire migrer. Le transfert de son siège et la modification de ses statuts qui en résulte, ne deviennent effectifs qu'à la suite de cette nouvelle immatriculation. Cette nouvelle immatriculation a pour conséquence d'entraîner la radiation de l'ancienne immatriculation de la SCE par les autorités de son Etat d'origine après que la nouvelle immatriculation leur ait été notifiée. Ces deux formalités font l'objet d'une publicité dans chacun des Etats membres concernés conformément à leur droit national. La publication de la nouvelle immatriculation de la SCE a pour conséquence du transfert de son siège opposable aux tiers. Toutefois tant que son ancienne immatriculation n'a pas été radiée, ces mêmes tiers

⁴⁸⁹ A Astaix, « Société coopérative européenne et protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur », *Dalloz*, Actualité, 1^{er} fév 2008

⁴⁹⁰ Article 2361-3 du Code du travail :

« Les modalités de l'implication des salariés recouvrent l'information, la consultation et, le cas échéant, la participation.

Elles sont arrêtées par accord conclu entre les dirigeants des personnes morales participantes ou les personnes physiques participantes et les représentants des salariés conformément aux dispositions du présent titre.

A défaut d'accord, ces modalités sont arrêtées conformément aux dispositions du chapitre III du présent titre. »

Mary-Daphné Fishelson, « L'implication des salariés dans les différentes structures européennes », *Bull Joly Sociétés*, 1^{er} oct 2008, n°10, page 818

peuvent toujours se prévaloir dans le cadre de leurs relations avec la société migrante de son ancien siège à moins qu'elle ne démontre qu'ils étaient informés de l'existence de son nouveau siège. Toute SCE qui a procédé au transfert de son siège est considérée aux fins de tout litige survenant avant sa migration comme ayant son siège statutaire encore localisé dans son Etat d'origine où elle était immatriculée et ce même si l'action intentée l'est après le transfert.

§4/ Conclusion sur la Société Coopérative Européenne ou sur la « Société Européenne coopérative »

308. Les similitudes et les différences entre la SE et la SCE ont été mis en exergue dans les propos qui viennent d'être développés. Les différences qui constituent les particularités propres à la SCE permettent de lui donner son caractère coopératif et de fonder son fonctionnement sur des principes non commerciaux. Ceci permet de laisser au sein d'une SCE une place plus importante aux personnes physiques alors qu'une SE ne peut être qu'une société de sociétés. Il en découle quelques points forts pour la SCE comme la possibilité d'une création ex nihilo ou l'opportunité d'écarter l'implication des salariés au cours d'un transfert de siège social allégeant ainsi une opération dont la réalisation est particulièrement lourde et complexe à organiser. Toutefois, ceci ne suffit pas à écarter certains points faibles qui sont à la fois communs à la SE et à la SCE.

309. Du fait que la France ait soulevé tant pour la SE que pour la SCE l'option obligeant une société à avoir son siège statutaire et son administration centrale non dissociés, ces sociétés qui au départ se voulaient mobiles et d'inspiration supranationale ne sont que transnationales et bénéficient dans les faits d'une mobilité difficile à mettre en œuvre donc réduite. Pour la SCE qui se voulait être un instrument permettant aux coopératives européennes d'avoir un meilleur accès au marché commun pour leur permettre de rivaliser avec leurs concurrentes commerciales, il semble que ce but soit loin d'être réalisé et pose à ce titre un doute sur la réelle attractivité de la SCE en particulierité pour les coopératives françaises et malgré leurs importances économiques.

310. Un autre point faible a été mis en évidence pour la SE. Il s'agit du formalisme de l'opération de transfert de siège qui est lourd et complexe en raison notamment de l'organisation de la protection des intérêts des actionnaires minoritaires et des créanciers non obligataires mais également en raison de l'obligation d'organisation de l'implication des salariés dans le processus de décision de l'opération. Ceci s'applique également à la SCE bien qu'il soit possible comme cela a été évoqué d'écarter sous certaines conditions la participation des salariés dans le processus de décision pour une SCE créée ex nihilo.

311. En conclusion, tout comme pour la SE, le choix qui a été fait de se baser sur le statut de cette dernière pour élaborer celui de la SCE a conduit à choisir la forme de société la moins intégrée et à faire le choix d'une harmonisation à minima laissant plusieurs matières à la

charge des Etats conduisant finalement à avoir autant de modèles SCE qu'il y a d'Etats membres au sein de l'Union européenne. Il en découlera certainement une concurrence législative entre les Etats membres si les milieux professionnels jugent que ces formes sociales, la SE et la SCE, répondent à leurs besoins, ce qui à l'heure actuelle ne semble pas être le cas. Une question se pose avec ironie : ne serait-il pas plus simple de parler de « Société Européenne coopérative » que de SCE ? Cette conclusion renvoie à s'interroger sur le statut de la Société Privée Européenne et son potentiel d'adaptation aux besoins des milieux professionnels européens.

SECTION 3 : La Société Privée Européenne (SPE)

312. En élaborant le statut de la Société Privée Européenne, la Commission a affiché un objectif clair : faciliter les activités des petites et moyennes entreprises dans le marché commun en mettant à leur disposition un outil leur permettant d'augmenter leur compétitivité⁴⁹¹. Il s'agirait en s'inspirant du statut de la SE de l'adapter aux besoins de ces entreprises qui jouent un rôle fondamental dans le tissu économique européen commun⁴⁹². A l'heure actuelle, le statut de la SPE n'a pas encore été approuvé par les institutions européennes : la proposition de règlement doit être adoptée à l'unanimité par les représentants des Etats membres au Conseil des ministres et être approuvée par le Parlement européen. A titre indicatif, le Commission européenne avait proposé que le règlement créant le statut de la

⁴⁹¹ Mary-Daphné Fishelson, « L'implication des salariés dans les différentes structures européennes », *Bull Joly Sociétés*, 1^{er} oct 2008, n°10, page 818

⁴⁹² Nathalie Huet, « De nouvelles propositions pour un statut de la société européenne », *Revue Lamy Droit des affaires*, oct 1999, n°20, Chroniques

SPE entre en vigueur le 1^{er} juillet 2010. Pour l'élaboration de ce règlement, il semblerait que la définition de l'implication des salariés et ses modalités soit comme cela l'a été pour la SE et la SCE, la pierre d'achoppement déterminante de sa reconnaissance au sein de l'Union Européenne. Il va s'agir dans les propos qui vont suivre d'examiner le statut juridique de la future SPE. Pour cela, deux axes ont été choisis. Le premier est au travers des liens qui peuvent exister entre la SPE et la SE et la SCE dont les statuts ont servi de base dans l'élaboration du statut de la SPE. Le second est l'étude des amendements apportés par le Parlement au projet initial de règlement proposé par la Commission européenne. Quatre paragraphes seront consacrés à la SPE et à l'étude de son statut :

Paragraphe 1 : Genèse de la Societas Privataea Europaea

Paragraphe 2 : Définition et régime juridique de la Société Privée Européenne

Paragraphe 3 : Le transfert international du siège d'une Société Privée Européenne

Paragraphe 4 : Conclusion sur la SPE et son potentiel

§1/ Genèse de la Societas Privataea Europeae

313. Pour aboutir à l'élaboration d'un projet de règlement relatif à la SPE par la Commission européenne aujourd'hui, il a fallu que des acteurs économiques privés, et non les services de la Commission, qui désiraient l'élaboration d'un instrument commun propre à

organiser leurs activités et pouvant répondre à leurs besoins, décident d'en fixer les principaux contours. Une première étude a été menée qui s'appuyait sur la constatation que les différences entre les droits nationaux des sociétés fermées ne faisant pas appel à l'épargne public étaient moins prononcées qu'elles ne pouvaient le paraître de prime abord pour défendre l'idée de la création d'un statut d'une société européenne fermée. L'idée fit son chemin et fut reprise par un rapport de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris puis par un groupe de travail constitué avec le Conseil du patronat français pour aboutir à un projet de règlement relatif à une société fermée européenne baptisée « Société Privée Européenne »⁴⁹³. Ce projet de règlement de trente-huit articles fut présenté en 1999 à Bruxelles au cours d'un colloque du Conseil économique et social européen. Il fut reçu très positivement par les professionnels notamment en raison de la large place laissée à la liberté contractuelle dans la rédaction des statuts, ce qui correspondait aux attentes des acteurs économiques en présence. Le projet se voulait innovateur et créateur d'une SPE comme « un instrument simple, efficace et flexible »⁴⁹⁴ avec des renvois limités aux droits nationaux, venant ajouter une nouvelle structure communautaire pour permettre aux petites et moyennes entreprises ne pouvant avoir accès à la SE d'accéder à une forme sociale à l'échelle européenne et aux grandes entreprises d'accéder à une société européenne plus souple que la SE⁴⁹⁵. Il est à noter que le projet proposé envisageait, tout comme pour la SE, la possibilité de pouvoir transférer son siège au sein de l'Union Européenne sans qu'il y ait lieu à dissolution ou à création d'une nouvelle personne morale.

⁴⁹³ Groupe de travail présidé par Jeanne Boucourechliev, « Projet de règlement portant statut de la société privée européenne : une société de partenaires – présenté par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris et le Conseil national du patronat français », *Revue Lamy Droit des affaires*, avril 2002, n°48 Supplément ; Joëlle Simon, « Position du Medef sur la Société européenne et sur le projet de société privée européenne », *Semaine Sociale Lamy*, 15 avril 2002, n°1071, Supplément 1071-4

⁴⁹⁴ Nathalie Huet, « De nouvelles propositions pour un statut de la société européenne », *Revue Lamy Droit des affaires*, oct 1999, n°20, Chroniques

⁴⁹⁵ Nathalie Huet et Aristide Levi, « De la SE... à la SPE », *Revue Lamy Droit des affaires*, avril 2002, n°48 Supplément

314. Après avoir attiré l'attention des autorités européennes sur ce projet de statut d'une SPE, il fut incorporé dans le plan d'action 2003-2009 de la Commission européenne sur la modernisation du droit des sociétés et le renforcement du gouvernement d'entreprise. En 2006, une première consultation publique traitant de futures priorités de la Commission européenne en droit des sociétés est venue confirmer le soutien et l'intérêt dont bénéficiait le projet. Suite à une audition publique en juin 2006 et un rapport d'initiative, la Commission des affaires juridiques du Parlement européen présentait le 21 novembre 2006⁴⁹⁶ à la Commission européenne un texte établissant un statut de société privée européenne pour l'activité transfrontalière des PME et l'invitait à proposer un statut de la SPE afin de favoriser l'activité des PME au sein de l'Union Européenne avec pour recommandation que ce statut soit basé autant que possible sur les normes européennes avec une très forte limitation des références aux droits des Etats membres. Il était également recommandé à la Commission de ne pas enfreindre et de conserver les droits des salariés en termes d'information et de consultation⁴⁹⁷. Le Parlement européen adoptait alors une résolution en février 2007 enjoignant la Commission d'établir un statut de société privée européenne avant la fin 2007 et confirmait son intérêt par une résolution du 25 octobre 2007⁴⁹⁸. Suite à une étude de faisabilité quant au contenu du statut de la future SPE, il est apparu qu'il existait des divergences qui ont poussé la Commission à lancer une consultation publique sur le sujet le 19 juillet 2007⁴⁹⁹ et qui a été clôturée le 31 octobre 2007⁵⁰⁰. Il est ressorti de cette

⁴⁹⁶ Benoît Lecourt, « Recommandation de la Commission des affaires juridiques du Parlement européen à la Commission européenne sur un texte établissant un statut de société privée européenne (Service de presse du Parlement européen, 21 nov 2006) », *Revue des sociétés*, 2006, page 928

⁴⁹⁷ « Vers un statut européen pour les PME », *Revue Lamy Droit des affaires*, déc 2006, n°11, Actualités

⁴⁹⁸ Daniela Werber-Rey, « La société privée européenne », *Recueil Dalloz*, 2008, page 2048

⁴⁹⁹ Benoît Lecourt, « Consultation publique sur un éventuel statut de société privée européenne (IP/07/1146, 19 juillet 2007) », *Revue des sociétés*, 2007, page 652

consultation qu'en raison de la diversité des droits nationaux qui implique des frais importants du fait notamment de l'obligation de recourir à des experts juridiques locaux et la méfiance envers les formes sociales locales et les relations avec des partenaires commerciaux d'autres Etats membres, le statut de la SPE pourrait faire office de passeport et rendre plus attrayant le développement d'activités à l'international à condition qu'il constitue un statut uniforme détaché au maximum des droits nationaux. Il est également apparu que les milieux professionnels attendaient un statut présentant une très grande flexibilité⁵⁰¹. Suite à ces résultats, la Commission européenne a organisé le 10 mars 2008 une conférence sur la SPE réunissant les entreprises, les administrations publiques, les milieux universitaires et les professions juridiques de l'ensemble des Etats membres afin de débattre sur le contenu du statut de la SPE et de ses avantages économiques⁵⁰². Les débats ont essentiellement porté sur les points suivants : les avantages et la nécessité de l'uniformité du statut de la SPE, ses modalités de constitution et le montant de son capital social, les droits de ses actionnaires et la responsabilité de ses dirigeants, l'implication de ses salariés.

315. En mai 2008, le gouvernement français prenait la résolution, dans le cadre de sa politique en faveur de la croissance des petites et moyennes entreprises, de renforcer leur intégration dans le tissu économique du marché commun en fixant un objectif : favoriser l'adoption du statut de la SPE⁵⁰³. En janvier et mai 2008, la France transmettait à la

⁵⁰⁰ « Vers un statut de société privée européenne ? », *Revue Lamy Droit des affaires*, sept 2007, n°19, Actualités 19-21

⁵⁰¹ Benoît Lecourt, « Synthèse des réponses de la consultation sur le société privée européenne (Doc. Commission européenne, déc. 2007) », *Revue des sociétés*, 2008, page 204

⁵⁰² Benoît Lecourt, « Conférence sur la société privée européenne (Commission européenne, Bruxelles, & à mars 2008) », *Revue des sociétés*, 2008, page 437

⁵⁰³ Conseil de ministres du 14 mai 2008, « Plan européen d'action pour les PME », *Revue Lamy Droit des affaires*, Juin 2008, Actualités, n°28-26

Commission Européenne deux memoranda pour soutenir les mesures phares du Small Business Act européen⁵⁰⁴. Le Small Business Act⁵⁰⁵ est une initiative à l'échelle de l'Union Européenne dont la finalité est de mettre en place un ensemble de mesures destinées à créer des conditions plus favorables au développement, à la croissance et la compétitivité durable des PME européennes. Cette loi sur les petites entreprises dévoilée par le Commission Européenne en date du 25 juin 2008 énonce dix principes pour que soient instaurées des mesures concrètes pour faciliter la vie et l'activité des petites entreprises⁵⁰⁶ et pour encadrer la définition des politiques communautaires et nationales afin que soit mieux pris en compte le rôle des PME dans la croissance économique et l'emploi au sein de l'Union Européenne. En effet, au sein de l'Union Européenne, près de 99 % des entreprises⁵⁰⁷ sont de tailles petites à moyennes et emploient moins de 250 salariés. La démarche de l'Union Européenne à l'initiative de la Commission Européenne repose sur ce simple constat⁵⁰⁸ : la législation européenne ne distingue pas en fonction de la taille des entreprises, en conséquence, vingt-trois millions de PME doivent au sein de l'espace communautaire répondre aux mêmes obligations que 41 000 sociétés de taille plus importantes. Il s'agit par le Small Business Act européen de mettre en place des mesures concrètes pour ces petites et moyennes entreprises.

⁵⁰⁴ M-Cde Montecler, « Un *Small Business Act* européen *a minima* », *Dalloz actualité*, 30 juin 2008 et Pierre de Baecke, « Comment améliorer l'accès des PME à la commande publique ? », *AJDA*, 2007, page 1505 : la démarche du Small Business Act européen s'inspire de l'exemple américain. En effet, le Small Business Act américain est une loi fédérale qui a été votée le 30 juillet 1953 par le Congrès et fonde la politique d'aide des pouvoirs publics américains en faveur des PME. Cette loi-cadre, modifiée à de nombreuses reprises, affirme la nécessité d'orienter prioritairement l'action des pouvoirs publics vers les petites entreprises, en tant qu'éléments les plus dynamiques de l'économie.

⁵⁰⁵ COM/2008/0394 final

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0394:FR:NOT#top>

⁵⁰⁶ « *Small Business Act*, « big » proposition de Bruxelles », *Revue Lamy Droit des affaires*, mars 2008, n°25, Actualités 25-43 ; « Premier pas du *Small Business Act* européen », *Revue Lamy Droit des affaires*, sept 2008, Actualités, n°30

⁵⁰⁷ Michel Menjucq, « La proposition de règlement relatif à la société privée européenne : une nouvelle étape en droit communautaire des sociétés », *Recueil Dalloz*, 2008, page 2094

⁵⁰⁸ Communiqué de presse de la Commission européenne du 25 juin 2008, CE n° IP/08/1003 : <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1003&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en>

L'instauration du statut de la SPE en fait partie⁵⁰⁹ : « Ce statut a été conçu pour alléger les obligations très contraignantes auxquelles font actuellement face les PME exerçant des activités au-delà des frontières, puisqu'elles sont tenues de créer des filiales prenant des formes différentes dans chaque État membre où elles souhaitent exercer leurs activités. Concrètement, le statut de société privée européenne signifie que les PME peuvent créer leur société sous une seule et même forme, qu'elles exercent leurs activités dans leur propre État membre ou dans un autre. En optant pour la SPE, les entrepreneurs réaliseront des économies en temps et en argent dans les domaines du conseil juridique, de la gestion et de l'administration »⁵¹⁰. Des propos qui viennent d'être exposés, sous l'impulsion au départ française puis par la suite de la Commission européenne, il existe actuellement une forte volonté politique de créer une nouvelle structure sociale communautaire sous la forme de la SPE⁵¹¹. Dans ce contexte, la Commission a fait une proposition de Règlement relatif au statut de la société privée européenne en date du 25 juin 2008⁵¹². Le Parlement européen a approuvé l'adoption du Small Business Act pour l'Europe⁵¹³ et a donné par là son approbation à la

⁵⁰⁹ Communiqué de presse du Ministère de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi du 25 juin 2008 : http://www.economie.gouv.fr/discours-presse/discours-communiques_finances.php?type=communiqu&id=1685&rub=1; et Communiqué de presse du Ministère de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi du 21 juillet 2008 : http://www.economie.gouv.fr/discours-presse/discours-communiques_finances.php?type=communiqu&id=1778&rub=1

Point X du Small Business Act européen : « *X Encourager et aider les PME à tirer parti de la croissance des marchés (...) Règlement relatif au statut de société privée européenne (SPE) : Ce règlement prévoit la création d'un statut pour une SPE qui pourrait être constituée et qui pourrait fonctionner selon les mêmes principes uniformes dans tous les États membres. La Commission présentera également les propositions de modification nécessaires pour garantir que ce type de société puisse bénéficier des directives existantes sur l'impôt des sociétés.* »

⁵¹⁰ Communiqué de presse de la Commission européenne du 25 juin 2008, CE n° IP/08/1003 ; A Lienhard, « Une loi pour les petites entreprises sur l'Europe », *Dalloz*, 26 juin 2008, Actualité

⁵¹¹ « Ma petite entreprise... », *Revue Lamy Droit des affaires*, déc 2007, n°22, Actualités 22-47 : cette volonté s'est également exprimée au cours de la présidence française de l'Union Européenne qui s'est exercée à partir du 1^{er} juillet 2008. Toutefois, il n'a pas été possible de parvenir à un accord et à une conclusion durant ces 6 mois (Pascale Fombeur, « Présidence française de l'Union européenne : l'heure du bilan », *Revue Lamy Droit civil*, janv 2009, n°56, Perspectives – entretien 56-53)

⁵¹² COM (2008) 396 final

<file:///Users/Muriel/Desktop/THESE%202009/EUR-Lex%20-%2052008PC0396%20-%20FR.webarchive>

⁵¹³ « SBA, SPE, *quid ?* », *Gérer – Le magazine du Responsable comptable administratif financier*, mars 2009, n°10, Cahiers d'actualités - Brèves

proposition de Règlement SPE de la Commission du 25 juin 2008 en y apportant quelques modifications⁵¹⁴ par une résolution du 10 mars 2009⁵¹⁵ dont il sera fait état dans les développements qui suivent.

§2/ Définition et régime juridique de la Société Privée Européenne

316. La proposition de Règlement SPE élaborée par la Commission européenne laisse une place très large à la liberté statutaire et fait de la SPE une société fermée à responsabilité dont la constitution ne fait l'objet d'aucune restriction. Cependant, le Parlement européen a amendé le texte proposé par la Commission européenne en précisant que pour bénéficier du statut de société européenne la SPE doit faire preuve de son activité transfrontalière mettant ainsi de côté le caractère novateur donné par la Commission⁵¹⁶. Pour cela elle doit avoir une intention commerciale ou un objet commercial transfrontalier ou exercer ses activités dans plus d'un Etat membre ou avoir des établissements dans différents Etats membres⁵¹⁷. Elle

⁵¹⁴ Benoît Lecourt, « Société privée européenne : approbation par le Parlement européen de la proposition de règlement (10 mars 2009, P6, TA (2009), 0094) », *Revue des sociétés*, 2009, page 4431

⁵¹⁵ Louis d'Avout et Sylvain Bollée, « Droit du commerce international : août 2008-août 2009 », *Recueil Dalloz*, 2009, page 2384

⁵¹⁶ Michel Menjucq, « La proposition de règlement relatif à la société privée européenne : une nouvelle étape en droit communautaire des sociétés ? », *Recueil Dalloz*, 2008, page 2954

⁵¹⁷ Texte du Règlement SPE tel que proposé par la Commission européenne :

« Article 3 Conditions d'établissement de la SPE

1. La SPE satisfait aux exigences suivantes:

4. son capital est divisé en actions;

5. un actionnaire n'est responsable qu'à concurrence du montant qu'il a souscrit ou qu'il a convenu de souscrire,

6. la société est dotée de la personnalité juridique;

7. ses actions ne sont pas offertes au public et ne sont pas admises à la négociation sur un marché réglementé;

peut, tout comme la SCE, être constituée ex nihilo ou à partir de sociétés préexistantes et son actionnariat peut être mixte. Tout comme la SE et la SCE, la SPE acquiert sa personnalité au moment de son immatriculation⁵¹⁸. La hiérarchie des normes qui s'appliquent à la SPE la détache plus des droits nationaux en comparaison avec la SE et la SCE. En effet, selon le Règlement SPE proposé⁵¹⁹, la Société Privée Européenne est d'abord soumise aux dispositions réglementaires, ensuite à ses statuts notamment pour les matières décrites dans

8. elle peut être constituée par une ou plusieurs personnes physiques et/ou entités juridiques, ci-après dénommées «actionnaires fondateurs». »

Texte du Règlement SPE tel qu'amendé par le Parlement européen :

« 1. La SPE est une entreprise jouissant de la personnalité juridique et satisfaisant aux exigences suivantes:

a) son capital est divisé en actions;

b) ses actionnaires ne sont responsables qu'à concurrence du montant qu'ils ont souscrit ou qu'ils sont convenus de souscrire;

d) ses actions ne sont pas proposées au grand public et ne sont pas admises à la négociation sur un marché réglementé; cette interdiction n'exclut pas cependant les offres aux travailleurs ;

e) elle peut être constituée par une ou plusieurs personnes physiques et/ou entités juridiques, ci-après dénommées "actionnaires fondat

e bis) elle présente un caractère transfrontalier prouvé par un des éléments suivants:

une intention commerciale ou un objet social transfrontalier,

l'objectif d'exercer des activités importantes dans plus d'un État membre,

des établissements dans des États membres différents, ou

une société mère immatriculée dans un autre État membre »

⁵¹⁸ Texte du Règlement SPE tel que proposé par la Commission européenne :

« Article 9 Immatriculation

1. Toute SPE est immatriculée dans l'État membre de son siège statutaire, dans un registre désigné par le droit national applicable conformément à l'article 3 de la directive 68/151/CEE[24].

2. La SPE acquiert la personnalité juridique le jour de son immatriculation.

3. Dans le cas d'une fusion par absorption, la société absorbante prend la forme de la SPE le jour de l'enregistrement de la fusion.

Dans le cas d'une scission par absorption, la société bénéficiaire prend la forme de la SPE le jour de l'enregistrement de la scission. »

Texte du Règlement SPE tel qu'amendé par le Parlement européen par l'ajout d'un nouveau paragraphe :

« 3 bis. Une copie de chaque immatriculation d'une SPE et de toutes les modifications ultérieures apportées à celle-ci est adressée par les registres nationaux respectifs à un registre européen géré par la Commission et les autorités nationales compétentes et est conservée dans ce registre européen. La Commission contrôle les données inscrites dans ce registre, notamment pour éviter de possibles abus et erreurs. Si la SPE n'est pas en mesure de prouver qu'elle satisfait aux prescriptions de l'article 3, paragraphe 1, point e bis), dans un délai de deux ans à compter de son immatriculation, elle est transformée en la forme juridique nationale appropriée. »

⁵¹⁹ « Article 4 Règles applicables à une SPE

La SPE est régie par le présent règlement et, en ce qui concerne les matières énumérées à l'annexe I, par ses statuts.

Toutefois, lorsqu'une matière n'est pas traitée dans les statuts ou l'annexe I, une SPE est régie par la législation, y compris les dispositions de mise en œuvre du droit communautaire, qui s'applique aux sociétés à responsabilité limitée dans l'État membre du siège statutaire de la SPE, ci-après dénommé «droit national applicable» ».

l'annexe 1 du Règlement SPE proposé⁵²⁰, et ne tombe dans le champ d'application du droit national que lorsqu'un point ou une matière ne sont traités ni dans l'annexe ni dans les statuts, le choix de laisser une place restreinte ayant été fait⁵²¹ aux législations des Etats membres. Ainsi sont laissées à la responsabilité des Etats membres les questions fiscales, sociales⁵²² et

⁵²⁰ L'annexe 1 traite de la constitution de la SPE et en particulier des mentions devant figurer dans les statuts, des actions et des droits et obligations qui s'y attachent, du capital, de l'organisation de la SPE.

⁵²¹ Michel Menjucq, « La proposition de règlement relatif à la société privée européenne : une nouvelle étape en droit communautaire des sociétés ? », *Recueil Dalloz*, 2008, page 2954

⁵²² Texte du Règlement SPE tel que proposé par la Commission européenne :

« Article 34 Dispositions générales

1. La SPE est soumise aux règles de participation des travailleurs applicables, le cas échéant, dans l'Etat membre dans lequel elle a son siège statutaire, sous réserve des dispositions du présent article.

2. En cas de transfert du siège statutaire d'une SPE, l'article 38 s'applique.

3. En cas de fusion transfrontière d'une SPE avec une SPE ou une autre société immatriculée dans un autre Etat membre, les dispositions législatives des Etats membres mettant en œuvre la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil[28] s'appliquent. »

Texte du Règlement SPE tel qu'amendé par le Parlement européen par l'ajout d'un nouveau paragraphe :

« 1. La SPE est soumise aux règles de participation des travailleurs applicables, le cas échéant, dans l'Etat membre dans lequel elle a son siège statutaire, sous réserve des dispositions du présent article. Ces règles éventuelles s'appliquent à l'ensemble du personnel de la SPE.

1 bis. Le paragraphe 1 ne s'applique pas:

a) si la SPE emploie au total plus de 1000 travailleurs et que plus du quart (25%) de l'ensemble du personnel travaille habituellement dans un Etat membre ou dans des Etats membres qui prévoient un niveau plus élevé de participation des travailleurs que l'Etat membre dans lequel la SPE possède son siège statutaire. Dans ce cas, les dispositions relatives à la participation des travailleurs de la directive 2001/86/CE s'appliquent mutatis mutandis. En outre, la SPE peut également appliquer l'article 16, paragraphe 4, de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux

b) si la SPE emploie au total entre 500 et 1000 travailleurs et que plus du tiers (33⅓%) de l'ensemble du personnel travaille habituellement dans un Etat membre ou dans des Etats membres qui prévoient un niveau plus élevé de participation des travailleurs que l'Etat membre dans lequel la SPE possède son siège statutaire. Dans ce cas, les dispositions relatives à la participation des travailleurs de la directive 2001/86/CE et de l'article 16, paragraphe 3, point e) 4 et 5, de la directive 2005/56/CE s'appliquent mutatis mutandis;

c) si la SPE a été créée conformément à l'article 5, paragraphe 1, point b), c) ou d), qu'elle emploie au total moins de 500 travailleurs et que plus du tiers (33⅓%) de l'ensemble du personnel travaille habituellement dans un Etat membre ou dans des Etats membres qui prévoient un niveau plus élevé de participation des travailleurs que l'Etat membre dans lequel la SPE possède son siège statutaire. Dans ce cas, les dispositions relatives à la participation des travailleurs de la directive 2001/86/CE et de l'article 16, paragraphe 3, point e) 4 et 5, de la directive 2005/56/CE s'appliquent mutatis mutandis;

d) si la SPE a été créée conformément à l'article 5, paragraphe 1, point a), qu'elle emploie au total moins de 500 travailleurs et que plus de la moitié (50%) de l'ensemble du personnel travaille habituellement dans un Etat membre ou dans des Etats membres qui prévoient un niveau plus élevé de participation des travailleurs que l'Etat membre dans lequel la SPE possède son siège statutaire. Dans ce cas, les dispositions relatives à la participation des travailleurs de la directive 2001/86/CE et de l'article 16, paragraphe 3, point e) 4 et 5, de la directive 2005/56/CE s'appliquent mutatis mutandis. »

Texte du Règlement SPE tel que proposé par la Commission européenne :

« Article 38 Modalités de participation des travailleurs

1. La SPE est soumise, à partir de la date de l'immatriculation, aux règles en vigueur dans l'Etat membre d'accueil, le cas échéant, en ce qui concerne les modalités de participation des travailleurs.

de faillite⁵²³. Pour les questions sociales en particulier, elles seront laissées à la charge des Etats à la fois en raison des difficultés précédemment évoquées pour arriver à un consensus sur ce point et en raison de la réticence de certains Etats à abandonner leurs propres valeurs et systèmes sociaux. Toutefois la volonté de la Commission européenne de faire de la SPE une forme sociale la plus communautaire possible mais qui pourra entrer en concurrence avec les sociétés de droit national et ne sera pas désavantagée n'a pas été respectée par le Parlement européen sur cette question. En effet, la lecture de la proposition de Règlement amendée par le Parlement révèle un régime social de la SPE détaché du droit communautaire et présentant

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si les travailleurs de la SPE dans l'État membre d'origine représentent au moins un tiers du nombre total de salariés de la SPE, y compris les filiales ou succursales de la SPE dans tout État membre, et si l'une des conditions suivantes est remplie:

(a) la législation de l'État membre d'accueil ne prévoit pas au minimum le même niveau de participation que celui qui était pratiqué au sein la SPE dans l'État membre d'origine préalablement à son immatriculation dans l'État membre d'accueil. Le niveau de participation des travailleurs est mesuré en fonction de la proportion des représentants des travailleurs parmi les membres du conseil d'administration, du conseil de surveillance, de leurs comités ou du groupe de direction qui gère les unités chargées d'atteindre des objectifs en termes de profit dans la SPE, à condition qu'il y ait une représentation des travailleurs;

(b) la législation de l'État membre d'accueil ne prévoit pas que les travailleurs des établissements de la SPE situés dans d'autres États membres peuvent exercer les mêmes droits de participation que ceux dont ils bénéficiaient avant le transfert.

3. Lorsque l'une des conditions figurant au paragraphe 2, point a) ou b), est remplie, l'organe de direction de la SPE prend les mesures qui s'imposent, le plus tôt possible après la publication de la proposition de transfert, pour entamer des négociations avec les représentants des travailleurs de la SPE en vue de conclure un accord sur les modalités de participation des travailleurs.

4. L'accord entre l'organe de direction de la SPE et les représentants des travailleurs comprend:

(a) le champ d'application de l'accord;

(b) si, au cours des négociations, les parties décident d'arrêter les modalités de participation dans la SPE après le transfert, la teneur de ces modalités, y compris, le cas échéant, le nombre de membres de l'organe d'administration ou de surveillance de la société que les travailleurs auront le droit d'élire, de désigner, de recommander ou à la désignation desquels ils pourront s'opposer, les procédures à suivre pour que les travailleurs puissent élire, désigner ou recommander ces membres ou s'opposer à leur désignation, ainsi que leurs droits;

(c) la date d'entrée en vigueur de l'accord et sa durée, les cas dans lesquels l'accord doit être renégocié et la procédure applicable pour sa renégociation.

5. La durée des négociations est limitée à six mois. Les parties peuvent accepter de prolonger les négociations au-delà de cette période pour une durée supplémentaire de six mois. Pour le surplus, les négociations sont régies par le droit de l'État membre d'origine.

6. À défaut d'accord, les modalités de participation existant dans l'État membre d'origine sont maintenues. »

Texte du Règlement SPE tel qu'amendé par le Parlement européen :

« 1. La SPE est soumise, à partir de la date de l'immatriculation, aux règles en vigueur dans l'État membre d'accueil, le cas échéant, en ce qui concerne les modalités de participation des travailleurs.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si les conditions visées à l'article 34, paragraphe 1 bis, sont remplies. Dans ce cas, l'article 34, paragraphe 1 bis, est applicable mutatis mutandis. »

⁵²³ Philippe Bobet, « Les grandes tendances du RCS en Europe et le choix fait par la France dans la transposition de la directive de 1968 », *Revue Lamy Droit des affaires*, juil 2009, n°40, Perspectives-Réflexions croisées 40-89

une réelle complexité. Du simple schéma présenté par la Commission européenne où la SPE relevait en matière d'implication des travailleurs du droit national de l'Etat membre où se situe son siège statutaire, le Parlement a conçu un système de seuils qui déclenche soit directement l'application du droit national de l'Etat membre où la SPE a son siège statutaire, soit le renvoi et à l'application mutatis mutandis des dispositions des Directives relatives aux fusions transfrontalières et à la SE concernant l'implication et la participation des travailleurs. Le régime tel que proposé par le Parlement, peut conduire à devoir faire des comparaisons entre les différents systèmes sociaux des Etats membres mélangées à de savants calculs pour déterminer à quelles dispositions la SPE doit être soumise. Ceci implique de se poser la question de la finalité et de l'utilité d'une telle complexité. La proposition de la Commission européenne avait ceci d'innovant : par une formulation simple, elle permettait de sortir du dyptique jusques là utilisé par les autorités communautaires à savoir règlement instaurant une nouvelle société européenne complété par une directive relative aux questions sociales. De plus, elle présentait l'avantage de la simplicité en accord avec la volonté première de créer une nouvelle entité sociale communautaire plus simple et devant constituer pour les PME un passeport leur permettant d'accéder à moindres frais au marché commun. Or, par le renvoi fait aux Directives relatives à la SE et aux fusions transfrontalières, le Parlement revient au schéma initial mis en place à savoir le dyptique règlement-directive, ce qui permet d'adresser à la SPE les mêmes critiques que celles soulevées par la SE en matière sociale. De plus, devoir comparer les systèmes sociaux de différents Etats membres pour déterminer le régime social auquel doivent être soumis les travailleurs d'une SPE implique d'avoir recours à des experts juridiques locaux et des frais supplémentaires. Ceci est bien loin de la volonté initiale de la Commission qui était de rendre la SPE concurrentielle face aux formes de sociétés nationales.

317. La hiérarchie des normes applicables à la SPE et la liberté de rédaction des statuts de la société laissée à ses actionnaires offrent à ces derniers la possibilité de décider par eux-mêmes des points importants de l'organisation interne de la SPE et des liens les unissant en tant qu'associés. Tout d'abord, ils peuvent décider en ce qui concerne les actions de la société des droits et des obligations qui y sont attachés. La SPE leur offre une grande liberté contractuelle en raison de la latitude de choix qu'ils ont quant au contenu du pacte social. Dans le texte proposé par la Commission européenne, les restrictions à la liberté qui est offerte aux associés ne sont que celles qui sont nécessaires à savoir la protection des intérêts et des droits des actionnaires minoritaires et des tiers. Ensuite le capital social minimal proposé par la Commission européenne dans son projet de Règlement SPE était de un euro. La faiblesse de ce montant, qui pourrait presque être qualifié de symbolique, se justifiait par l'idée de faciliter la création de SPE. Cette faiblesse présentait également l'avantage de pouvoir fixer dans les statuts de la société le montant du capital social finalement en toute liberté. Le Parlement tout en maintenant cette possibilité de capital quasi symbolique l'a associée à une obligation de déclaration de solvabilité de la part l'organe de direction ou d'administration de la SPE. Cette déclaration ou «certificat de solvabilité» doit attester que la SPE sera en mesure de payer ses dettes lorsqu'elles viendront à échéance dans le cours normal de ses activités dans un délai d'un an. Il est laissé le choix de ne pas répondre à cette exigence. Dans ce cas, le Parlement a fixé le montant du capital social minimum de la SPE à 8 000 euro⁵²⁴. Enfin, la liberté de rédaction de statuts qui est offerte aux associés d'une future

⁵²⁴ Texte du Règlement SPE tel que proposé par la Commission européenne :

« Article 19

Capital social

1. Sans préjudice de l'article 42, le capital de la SPE est exprimé en euros.

2. Le capital de la SPE est entièrement souscrit.

SPE concerne aussi la possibilité pour eux de décider point par point de l'organisation de leur entreprise. Ils peuvent décider de la structure moniste ou dualiste de la société, la seule obligation est que seule une personne physique peut être dirigeant de la SPE⁵²⁵ contrairement à la SE ou la SCE. Le mode de prise des décisions devant être organisé par les statuts, il leur est possible de ne pas rendre obligatoire la convocation d'assemblées générales réelles. Les associés peuvent aussi déterminer la majorité et le quorum nécessaires pour les scrutins sous réserve de certaines décisions qui doivent être prise à la majorité qualifiée des deux tiers en accord avec les termes du Règlement SPE proposé⁵²⁶.

3. *Il n'est pas obligatoire que les actions de la SPE soient entièrement payées à l'émission.*

4. *Le capital de la SPE est d'au moins 1 EUR. »*

Texte du Règlement SPE tel qu'amendé par le Parlement européen par l'ajout d'un nouveau paragraphe :

« 4. *Le capital de la SPE est d'au moins 1 EUR, à condition que les statuts exigent que l'organe de direction ou d'administration signe un certificat de solvabilité comme prévu à l'article 21 . Lorsque les statuts ne comportent aucune disposition à cet effet, le capital de la SPE est d'au moins 8 000 EUR. »*

⁵²⁵ « Article 30 Dirigeants

1. *Seule une personne physique peut être dirigeant d'une SPE.*

2. *Une personne qui agit en qualité de dirigeant sans avoir été officiellement nommée est considérée comme un dirigeant pour toutes les obligations et responsabilités attachées à cette charge.*

3. *Une personne exclue par le droit national de l'exercice des fonctions de dirigeant d'une société en vertu d'une décision judiciaire ou administrative d'un État membre ne peut pas devenir dirigeant d'une SPE ou exercer cette charge.*

4. *L'exclusion d'une personne exerçant les fonctions de dirigeant de la SPE est régie par le droit national applicable. »*

Michel Menjucq, « La proposition de règlement relatif à la société privée européenne : une nouvelle étape en droit communautaire des sociétés ? », *Recueil Dalloz*, 2008, page 2954

⁵²⁶ Texte du Règlement SPE tel que proposé par la Commission européenne :

318. En conclusion, le futur régime juridique tel que proposé de la SPE apparaît comme présentant plus de souplesse que celui de la SE ou de la SCE notamment en matière de liberté statutaire. Toutefois, la portée des apports novateurs faits par les propositions de la Commission européenne, en particulier sur les questions sociales, a été limitée par les amendements faits par le Parlement européen au projet de Règlement SPE. Ceci a pour conséquence de diminuer l'intérêt que la SPE pourra présenter pour les PME européennes et les mêmes critiques peuvent être adressées à la SPE comme à la SE et à la SCE. Et cette démarche du Parlement va également se retrouver dans les articles relatifs au transfert international de siège social d'un SPE.

§3/ Le transfert international du siège social d'une Société Privée Européenne

« Article 27 Résolutions des actionnaires

1. Sans préjudice du paragraphe 2, les matières suivantes au moins font l'objet d'une résolution des actionnaires adoptée à une majorité définie dans les statuts du SPE:

(a) modification des droits attachés aux actions;

(b) exclusion d'un actionnaire;

(c) retrait d'un actionnaire;

(d) approbation des comptes annuels;

(e) distribution aux actionnaires;

(f) acquisition d'actions propres;

(g) rachat d'actions;

(h) augmentation du capital social;

(i) réduction du capital social ;

(j) nomination et révocation des dirigeants et mandat des dirigeants;

(k) si la SPE a un commissaire aux comptes, nomination et révocation du contrôleur;

(l) transfert du siège de la SPE dans un autre État membre;

(m) transformation de la SPE;

(n) fusions et scissions;

(o) liquidation;

(p) modification des statuts, à l'exclusion des matières figurant aux points (a) à (o). (...) »

Texte du Règlement SPE tel qu'amendé par le Parlement européen :

« a) aux actionnaires, à l'organe de direction ou d'administration de la SPE et à son organe de surveillance, le cas échéant, à la date à laquelle elles sont adoptées, »

319. En effet, bien que le critère de rattachement étatique de la SPE soit le même que celui instauré par la SE et la SCE, en pouvant dissocier son siège statutaire de son administration centrale et en pouvant transférer son siège social au sein de l'Union européenne au cours d'une procédure plus souple que celles instaurées pour la SE et la SCE, la SPE présente encore ce caractère novateur voulu par la Commission européenne. Toutefois, l'intervention du Parlement européen en limite encore une fois les effets. Deux sous-paragraphes seront consacrés à ces thèmes.

Sous- paragraphe A : Le siège social, critère de rattachement étatique de la Société Privée Européenne

Sous- paragraphe B : Les étapes de l'opération

A- Le siège social, critère de rattachement étatique de la Société Privée Européenne

320. Si comme pour la SE et la SCE, la localisation du siège statutaire de la SPE sur le territoire d'un Etat membre déclenche la compétence du droit national de cet Etat pour les matières qui en relèvent, elle n'a pas, comme la SE et la SCE, l'obligation d'avoir son siège statutaire et son administration centrale localisée sur le territoire du même Etat membre voire même pour la SE avoir l'obligation de situer son siège statutaire au lieu de l'administration

centrale de la société⁵²⁷. Dès lors, cet assouplissement permet à la SPE de dissocier son siège statutaire de son administration centrale ou de son établissement principal. Cette liberté offerte à la SPE a pour finalité de lui permettre ainsi qu'aux PME de profiter pleinement du marché intérieur. Cette initiative de la Commission européenne a été approuvée par le Parlement européen au moment où il a amendé le projet de Règlement qui lui était soumis en précisant que cette liberté offerte ne devait pas servir à contourner les obligations légales et légitimes posées par les législations des Etats membres⁵²⁸. Malgré cette dernière précision apportée, ceci est de nature à porter un coup à l'application de la théorie de siège social qui est la règle de conflit choisie par certains Etats membres et a été appliquée par les autorités communautaires dans les Règlements SE et SCE. Ceci est un exemple de l'influence directe du droit communautaire sur le droit international privé des Etats membres. Dans la mesure où

⁵²⁷ Texte du Règlement SPE tel que proposé par la Commission européenne :

« Article 7 Siège de la société

Le siège statutaire et l'administration centrale ou le principal établissement de la SPE doivent être établis dans la Communauté.

Une SPE n'est aucunement tenue d'établir son administration centrale ou son principal établissement dans l'État membre de son siège statutaire. »

Texte du Règlement SPE tel qu'amendé par le Parlement européen :

« Le siège statutaire et l'administration centrale ou le principal établissement de la SPE doivent être établis dans la Communauté.

Une SPE n'est aucunement tenue d'établir son administration centrale ou son principal établissement dans l'État membre de son siège statutaire. Si l'administration centrale ou le principal établissement est situé dans un État membre autre que celui dans lequel elle possède son siège statutaire, la SPE dépose, dans le registre de l'État membre où son administration centrale ou son principal établissement est situé, les indications visées à l'article 10, paragraphe 2, points a), b) et c). Les informations inscrites au registre sont réputées exactes.

Le dépôt de documents dans un registre central européen satisfait à l'exigence de dépôt des documents conformément au deuxième alinéa .

Le siège statutaire est l'adresse à laquelle tous les actes juridiques relatifs à la SPE doivent être remis. »

⁵²⁸ Texte du Considérant 4 du Règlement SPE tel que proposé par la Commission européenne :

« (4) Afin de permettre aux entreprises de profiter pleinement des avantages du marché intérieur, il convient d'autoriser la SPE à établir son siège statutaire et son principal établissement dans différents États membres et à transférer son siège statutaire dans un autre État membre, sans que cela implique obligatoirement le transfert de son administration centrale ou de son principal établissement. »

Texte du Considérant 4 du Règlement SPE tel qu'amendé par le Parlement européen :

« (4) Afin de permettre aux entreprises de profiter pleinement des avantages du marché intérieur, il convient d'autoriser la SPE à établir son siège statutaire et son principal établissement dans différents États membres et à transférer son siège statutaire dans un autre État membre, sans que cela implique obligatoirement le transfert de son administration centrale ou de son principal établissement. Cependant, des mesures devraient être prises parallèlement pour empêcher que la SPE soit utilisée pour contourner les obligations légales légitimes imposées par les États membres. »

le choix d'une règle de conflit par un Etat est le reflet de sa conception des relations internationales et de la manière dont elles doivent être régies, ce choix est donc l'image de ce que cet Etat conçoit comme étant légitime et légal sur le plan international. Par conséquent, la formulation utilisée par le Parlement bien que justifiée et logique, le paraît moins quand elle est considérée sous l'angle du droit international privé et des effets que le droit communautaire peut avoir sur le système de conflits des Etats membres. Par ailleurs, le choix de permettre à la SPE de dissocier son siège statutaire de son administration centrale ou de son principal établissement constitue une application de la théorie de l'incorporation. Dès lors il apparaît qu'une SPE française pourrait en accord avec le droit communautaire dissocier son siège statutaire de son établissement principal et procéder au transfert de ce dernier sans que cela affecte sa personnalité morale. Ceci introduit en droit français la théorie de l'incorporation. La SPE serait révolutionnaire par rapport au droit français en ce sens. Par ailleurs, si le Règlement SPE proposé ne considère pas le transfert de l'administration centrale de la société comme constituant un transfert de siège social en raison de la possibilité de la dissocier de son siège statutaire alors il est aisé de comprendre que la signification du transfert international de siège social change sous l'impact du droit communautaire car il s'agit seulement du transfert international du siège statutaire d'une SPE. Les migrations de son administration centrale ne sont pas prises en compte en l'occurrence⁵²⁹.

B- Les étapes de l'opération

⁵²⁹ Le chapitre VII du Règlement SPE proposé par la Commission européenne affirme clairement cette approche de par son intitulé : « Transfert du siège statutaire de la SPE »

321. La procédure de transfert du siège statutaire de la SPE a été largement inspirée, tout comme celle de la SCE, par la procédure de transfert du siège social de la SE. Cette démarche de la Commission européenne qui consiste à s'inspirer du Règlement SE pour le décliner en fonction du type de structure sociale communautaire à créer permet d'assurer une cohérence entre les différentes sociétés européennes créées ou à venir tout en permettant d'affirmer leurs différences et leurs spécificités. Ceci permet aussi de sortir de la rigidité du régime juridique de la SE.

322. Ainsi comme pour la SE et SCE, se retrouve la même interdiction de transfert de siège si une procédure de dissolution, de liquidation ou d'insolvabilité est entamée à l'encontre de la SPE qui veut migrer⁵³⁰. Le Règlement SPE proposé par la Commission européenne reconnaît, tout comme les Règlements SE et SCE, le droit de procéder au transfert de siège sans que cela entraîne pour la société migrante l'obligation de se dissoudre et de se reconstituer sous la forme d'une nouvelle personne morale⁵³¹. La répartition des compétences dans le temps entre la loi nouvelle et la loi ancienne est aussi prévue assurant ainsi comme pour une SE ou une SCE la gestion temporelle de l'opération de transfert permettant ainsi d'éviter des problèmes de renvoi ou un conflit mobile⁵³². La procédure se déroule de manière

⁵³⁰ « Article 35 Dispositions générales
(...) »

3. Un transfert prend effet à la date de l'immatriculation de la SPE dans l'État membre d'accueil. À compter de cette date, en ce qui concerne les matières couvertes par l'article 4, paragraphe 2, la SPE est régie par le droit de l'État membre d'accueil. (...) »

⁵³¹ « Article 35 Dispositions générales

1. Le siège statutaire d'une SPE peut être transféré dans un autre État membre conformément au présent chapitre.

Le transfert du siège statutaire d'une SPE ne donne pas lieu à la liquidation de la SPE ni à une interruption ou à une perte de la personnalité juridique de la SPE et n'affecte aucun droit ou obligation résultant des contrats conclus par la SPE préalablement au transfert. (...) »

⁵³² « Article 35 Dispositions générales

similaire à celles prévues par les Règlements SE et SCE pour les sociétés européennes concernées. La première étape pour la SPE qui cherche à transférer son siège est d'établir un projet de transfert comportant des mentions obligatoires et un rapport expliquant les conséquences juridiques et économiques de l'opération sur les actionnaires, les créanciers et les travailleurs de la SPE. Ils doivent être élaborés et présentés aux actionnaires et aux représentants des salariés ou aux salariés eux-mêmes s'il n'y a aucun représentant. Le projet de transfert doit également être mis à la disposition des créanciers de la SPE⁵³³. Le projet de

3. Un transfert prend effet à la date de l'immatriculation de la SPE dans l'État membre d'accueil. À compter de cette date, en ce qui concerne les matières couvertes par l'article 4, paragraphe 2, la SPE est régie par le droit de l'État membre d'accueil.

4. Aux fins des procédures judiciaires ou administratives engagées avant le transfert du siège statutaire, la SPE est réputée, après l'immatriculation visée au paragraphe 3, avoir son siège statutaire dans l'État membre d'origine. »

⁵³³ Texte du Règlement SPE tel que proposé par la Commission européenne

« Article 36 Procédure de transfert

1. L'organe de direction d'une SPE prévoyant un transfert élabore une proposition de transfert comprenant au moins les indications suivantes:

- (a) le nom de la SPE et l'adresse de son siège statutaire dans l'État membre d'origine;*
- (b) le nom de la SPE et l'adresse de son siège statutaire proposé dans l'État membre d'accueil;*
- (c) les statuts proposés pour la SPE dans l'État membre d'accueil;*
- (d) le calendrier proposé pour le transfert;*
- (e) la date à partir de laquelle il est proposé que les transactions de la SPE soient considérées du point de vue comptable comme ayant été effectuées dans l'État membre d'accueil;*
- (f) les conséquences du transfert pour les travailleurs, et les mesures proposées les concernant;*
- (g) le cas échéant, des informations détaillées sur le transfert de l'administration centrale ou du principal établissement de la SPE.*

2. Au plus tard un mois avant l'adoption de la résolution des actionnaires visée au paragraphe 4, l'organe de direction de la SPE:

- (a) soumet la proposition de transfert pour examen aux actionnaires et aux représentants des travailleurs ou, à défaut de représentants des travailleurs, aux travailleurs de la SPE, et la met à la disposition des créanciers pour consultation;*
- (b) rend publique la proposition de transfert.*

3. L'organe de direction de la SPE établit un rapport à l'intention des actionnaires expliquant et justifiant les aspects juridiques et économiques du transfert proposé et exposant les implications du transfert pour les actionnaires, les créanciers et les travailleurs. Le rapport est soumis, avec la proposition de transfert, aux actionnaires et aux représentants des employés ou, à défaut de représentants des travailleurs, aux travailleurs eux-mêmes.

Si l'organe de direction reçoit en temps utile l'avis des représentants des travailleurs sur le transfert, cet avis est soumis aux actionnaires.

4. La proposition de transfert est soumise à l'approbation des actionnaires conformément aux règles prévues par les statuts de la SPE concernant la modification des statuts.

5. Si la SPE est soumise à un régime de participation des travailleurs, les actionnaires peuvent se réserver le droit de subordonner la mise en œuvre du transfert à leur ratification expresse des modalités de participation des travailleurs dans l'État membre d'accueil.

6. La protection de tout actionnaire minoritaire qui s'oppose au transfert et des créanciers de la SPE est régie par le droit de l'État membre d'origine. »

Texte du Règlement SPE tel qu'amendé par le Parlement européen :

« Article 36 Procédure de transfert

1. L'organe de direction ou d'administration d'une SPE prévoyant un transfert élabore une proposition de transfert comprenant au moins les indications suivantes:

- (a) le nom de la SPE et l'adresse de son siège statutaire dans l'État membre d'origine;
- (b) le nom de la SPE et l'adresse de son siège statutaire proposé dans l'État membre d'accueil;
- (c) les statuts proposés pour la SPE dans l'État membre d'accueil;
- (d) le calendrier proposé pour le transfert;
- (e) la date à partir de laquelle il est proposé que les transactions de la SPE soient considérées du point de vue comptable comme ayant été effectuées dans l'État membre d'accueil;
- (f) les conséquences du transfert pour les travailleurs, et les mesures proposées les concernant;
- (g) le cas échéant, des informations détaillées sur le transfert de l'administration centrale ou du principal établissement de la SPE.

2. Au plus tard un mois avant l'adoption de la résolution des actionnaires visée au paragraphe 4, l'organe de direction ou d'administration de la SPE:

(a) soumet la proposition de transfert pour examen aux actionnaires et aux représentants des travailleurs ou, à défaut de représentants des travailleurs, aux travailleurs de la SPE, et la met à la disposition des créanciers pour consultation;

(b) rend publique la proposition de transfert.

3. L'organe de direction ou d'administration de la SPE établit un rapport à l'intention des actionnaires expliquant et justifiant les aspects juridiques et économiques du transfert proposé et exposant les implications du transfert pour les actionnaires, les créanciers et les travailleurs. Le rapport est soumis, avec la proposition de transfert, aux actionnaires et aux représentants des employés ou, à défaut de représentants des travailleurs, aux travailleurs eux-mêmes.

Si l'organe de direction ou d'administration reçoit en temps utile l'avis des représentants des travailleurs sur le transfert, cet avis est soumis aux actionnaires.

4. La proposition de transfert est soumise à l'approbation des actionnaires conformément aux règles prévues par les statuts de la SPE concernant la modification des statuts.

5. Si la SPE est soumise à un régime de participation des travailleurs, les actionnaires peuvent se réserver le droit de subordonner la mise en œuvre du transfert à leur ratification expresse des modalités de participation des travailleurs dans l'État membre d'accueil.

6. La protection de tout actionnaire minoritaire qui s'oppose au transfert et des créanciers de la SPE est régie par le droit de l'État membre d'origine. »

« Article 37 Contrôle de la légalité du transfert

1. Chaque État membre désigne une autorité compétente chargée de contrôler la légalité du transfert en vérifiant le respect de la procédure de transfert prévue à l'article 36.

2. L'autorité compétente de l'État membre d'origine vérifie dans les meilleurs délais que les exigences de l'article 36 sont remplies et, si elles le sont, délivre un certificat attestant que toutes les formalités exigées par la procédure de transfert ont été accomplies dans l'État membre d'origine.

3. Dans un délai d'un mois suivant la réception du certificat mentionné au paragraphe 2, la SPE présente les documents suivants à l'autorité compétente dans l'État membre d'accueil:

(a) le certificat prévu au paragraphe 2;

(b) les statuts proposés pour la SPE dans l'État membre d'accueil, tels qu'ils ont été approuvés par les actionnaires;

(c) la proposition de transfert, telle qu'approuvée par les actionnaires.

Ces documents sont réputés suffisants pour permettre l'immatriculation de la SPE dans l'État membre d'accueil.

4. L'autorité compétente de l'État membre d'accueil vérifie, dans les 14 jours civils suivant la réception des documents visés au paragraphe 3, que les conditions de fond et de forme requises pour le transfert du siège statutaire sont réunies et, si elles le sont, prend les mesures nécessaires pour l'immatriculation de la SPE.

5. L'autorité compétente de l'État membre d'accueil peut refuser d'immatriculer une SPE au seul motif que la SPE ne satisfait pas à toutes les conditions de fond ou de forme du présent chapitre. La SPE est immatriculée quand elle a rempli toutes les conditions prévues au présent chapitre.

6. À l'aide du formulaire de notification figurant à l'annexe II, l'autorité compétente de l'État membre d'accueil notifie dans les meilleurs délais à l'autorité compétente chargée de la radiation de l'immatriculation de la SPE dans l'État membre d'origine l'immatriculation de la SPE dans l'État membre d'accueil.

transfert doit alors être approuvé par l'organe de direction ou d'administration de la SPE, il doit également être soumis à l'approbation des actionnaires. Ceci est encore une similitude avec les procédures de transfert pour une SE ou une SCE. Il y a également une autre similitude. Le contrôle de légalité du transfert est prévu par le Règlement SPE proposé par la Commission européenne. Toutefois une différence apparaît par rapport au contrôle organisé dans le cadre d'un transfert du siège d'une SE ou d'une SCE. Il n'y a pas de droit d'opposition pour cause d'intérêt public prévu ni par une autorité publique ni par autorité financière dans la mesure où la SPE est conçue comme une société fermée ne faisant pas l'appel à l'épargne publique. Une fois délivré le certificat attestant de la légalité et de l'accomplissement des actes et formalités de manière satisfaisante, la SPE peut transférer son siège statutaire.

323. En ce qui concerne l'implication des travailleurs au cours de l'opération de transfert, le Règlement tel que proposé par la Commission européenne confirmait le refus d'utiliser le couple règlement-directive pour consacrer un article spécifique à ce sujet⁵³⁴. L'idée de la

La radiation de l'immatriculation est effective dès réception de la notification, mais pas avant.

7. Les immatriculations dans l'État membre d'accueil et les radiations d'immatriculation dans l'État membre d'origine sont rendues publiques. »

⁵³⁴ Texte du Règlement SPE tel que proposé par la Commission européenne

« Article 38 Modalités de participation des travailleurs

1. La SPE est soumise, à partir de la date de l'immatriculation, aux règles en vigueur dans l'État membre d'accueil, le cas échéant, en ce qui concerne les modalités de participation des travailleurs.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si les travailleurs de la SPE dans l'État membre d'origine représentent au moins un tiers du nombre total de salariés de la SPE, y compris les filiales ou succursales de la SPE dans tout État membre, et si l'une des conditions suivantes est remplie:

(a) la législation de l'État membre d'accueil ne prévoit pas au minimum le même niveau de participation que celui qui était pratiqué au sein la SPE dans l'État membre d'origine préalablement à son immatriculation dans l'État membre d'accueil. Le niveau de participation des travailleurs est mesuré en fonction de la proportion des représentants des travailleurs parmi les membres du conseil d'administration, du conseil de surveillance, de leurs comités ou du groupe de direction qui gère les unités chargées d'atteindre des objectifs en termes de profit dans la SPE, à condition qu'il y ait une représentation des travailleurs;

(b) la législation de l'État membre d'accueil ne prévoit pas que les travailleurs des établissements de la SPE situés dans d'autres États membres peuvent exercer les mêmes droits de participation que ceux dont ils bénéficiaient avant le transfert.

3. Lorsque l'une des conditions figurant au paragraphe 2, point a) ou b), est remplie, l'organe de direction de la SPE prend les mesures qui s'imposent, le plus tôt possible après la publication de la proposition de transfert, pour entamer des négociations avec les représentants des travailleurs de la SPE en vue de conclure un accord sur les modalités de participation des travailleurs.

Commission était d'instaurer un régime permettant de préserver les droits de participation dont bénéficient les travailleurs de la SPE dans l'Etat membre d'origine de la SPE si la législation de l'Etat vers lequel elle désire migrer n'offre pas aux salariés ces droits ou des droits moins étendus ou qui ne prévoit pas le maintien de ces droits. Dans ce type d'hypothèse, si au moins un tiers des salariés de la SPE migrante travaillent dans l'Etat d'origine de la société alors il convenait que soient engagées des négociations entre l'organe de direction et les représentants des salariés pour trouver un accord sur la participation des travailleurs. En l'absence d'accord, les dispositions de participation initialement applicables aux employés dans l'Etat membre d'origine continuent de s'appliquer et ce même après qu'il ait été procédé au transfert du siège de la SPE.

324. Ce dernier point tel que proposé par la Commission européenne risquait de poser des difficultés en raison d'un éventuel maintien des modalités de participation de l'Etat d'origine de la société migrante à ses salariés...quid, par exemple, d'une SPE qui décide de transférer

4. L'accord entre l'organe de direction de la SPE et les représentants des travailleurs comprend:

(a) le champ d'application de l'accord;

(b) si, au cours des négociations, les parties décident d'arrêter les modalités de participation dans la SPE après le transfert, la teneur de ces modalités, y compris, le cas échéant, le nombre de membres de l'organe d'administration ou de surveillance de la société que les travailleurs auront le droit d'élire, de désigner, de recommander ou à la désignation desquels ils pourront s'opposer, les procédures à suivre pour que les travailleurs puissent élire, désigner ou recommander ces membres ou s'opposer à leur désignation, ainsi que leurs droits;

(c) la date d'entrée en vigueur de l'accord et sa durée, les cas dans lesquels l'accord doit être renégocié et la procédure applicable pour sa renégociation.

5. La durée des négociations est limitée à six mois. Les parties peuvent accepter de prolonger les négociations au-delà de cette période pour une durée supplémentaire de six mois. Pour le surplus, les négociations sont régies par le droit de l'Etat membre d'origine.

6. À défaut d'accord, les modalités de participation existant dans l'Etat membre d'origine sont maintenues. »

Texte du Règlement SPE tel qu'amendé par le Parlement européen :

« 1. La SPE est soumise, à partir de la date de l'immatriculation, aux règles en vigueur dans l'Etat membre d'accueil, le cas échéant, en ce qui concerne les modalités de participation des travailleurs.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si les conditions visées à l'article 34, paragraphe 1 bis, sont remplies. Dans ce cas, l'article 34, paragraphe 1 bis, est applicable mutatis mutandis. »

son siège d'Allemagne qui applique le système de la cogestion en Espagne, pays qui a refusé d'approuver le statut de la SE si la question sociale n'était pas laissée sous la responsabilité des Etats membres en raison notamment du système de co-gestion allemande. Il y avait ici une pierre d'achoppement qui aurait pu être déterminante pour l'approbation du Règlement SPE proposé. Toutefois en amendant le projet proposé par le Commission européenne, le Parlement a éliminé ce point dans la mesure où il a entièrement réformé le texte sur ce point. Désormais, le Parlement propose un renvoi au régime de l'implication des travailleurs au sein de la SPE évoqué précédemment. Par conséquent, les mêmes critiques et questions peuvent être adressées à la SPE que celles faites à la SE au regard de l'implication des travailleurs de la société migrante dans le cadre du transfert de son siège. Il y a également l'impact de la complexité de ce régime sur la mobilité de la SPE à prendre en compte. En effet, si une opération tel qu'un transfert de siège fait peser d'aussi lourdes obligations sociales sur les petites et moyennes entreprises auront-elles recours à la possibilité qui leur est offerte considérant que le régime social mis en place viendrait alourdir les charges d'une opération déjà lourde financièrement. Rien n'est moins sur.

325. En comparaison avec les dispositions des Règlements SE et SCE relatives au transfert international de siège, le Règlement SPE proposé et amendé instaure plusieurs nouveautés intéressantes quant à l'évolution du système juridique européen. Tout d'abord, il y a celles qui liées à l'information sur l'opération elle-même. Il s'agit d'un formulaire porté en annexe II. Ce formulaire de correspondance entre les autorités de l'Etat membre d'origine de la société migrante et celles de son Etat membre d'accueil a pour fonction d'informer par notification les premières que les SCE ont accepté d'immatriculer la SPE migrante. Dès réception de cette

notification, la radiation de la société devient effective. Un tel formulaire n'était pas prévu par les Règlements SE et SCE.

326. Une autre nouveauté en termes d'informations est introduite par le Règlement SPE tel qu'amendé par le Parlement européen. Le Parlement met à la charge des Etats membres, plus précisément des organes nationaux en charge de l'immatriculation des sociétés, une obligation d'information à destination de la Commission européenne de toutes modifications de l'immatriculation d'une SPE postérieure à son immatriculation originale⁵³⁵. Cette communication d'informations doit se faire des registres nationaux des sociétés vers un registre européen des sociétés que la Commission européenne devra créer et gérer. Ceci implique que, dans le cadre de transfert du siège statutaire d'une SPE, les autorités en charge du registre des sociétés de son Etat membre d'origine tout comme celles de son Etat membre d'accueil auront l'obligation de communiquer à la Commission la radiation et la nouvelle immatriculation de la SPE migrante. Le Parlement va plus loin dans sa démarche en suggérant le mode et le moyen de communication à utiliser. Il invite, en effet, la Commission à créer et coordonner une base de données pour les SPE disponibles via internet pour collecter, publier et diffuser les informations et les indications relatives notamment à leur immatriculation et au transfert de leurs sièges statutaires⁵³⁶. L'invitation faite à la Commission est renforcée par une obligation mise à la charge des Etats membres de tenir à disposition également sur internet les

⁵³⁵ Article 9 paragraphe 3bis du Règlement SPE tel que proposé et amendé par le Parlement

⁵³⁶ Considérant 8ter du Règlement SPE tel que proposé par le Parlement :

« (8 ter) Pour garantir la transparence et la publication d'informations précises au sujet des SPE, la Commission devrait créer et coordonner une base de données pour les SPE, disponible via l'internet, qui permette de collecter, de publier et de diffuser les informations et les indications relatives à leur immatriculation, au siège statutaire, au centre d'activité, aux succursales et à tous les transferts de leur siège statutaire, ainsi qu'aux transformations, fusions, scissions ou dissolutions. »

informations concernant les SPE immatriculées sur leur territoire. Ces informations doivent être mises en lien avec la base de données que devrait créer la Commission⁵³⁷.

§4/ Conclusion sur la Société Privée Européenne et sur son potentiel

327. Des propos exposés, il ressort deux constats. Le premier est que le Parlement européen cherche à instaurer une surveillance de la vie et de l'évolution des futures SPE. Cette volonté peut se comprendre si on considère que la SPE est censée être une forme sociale de droit communautaire beaucoup plus détachée des droits nationaux que la SE ou la SCE. Or malgré leur nature européenne, ces deux types de sociétés sont très imbriqués avec les systèmes juridiques des Etats membres, ce qui permet de les encadrer. La SPE étant censée être plus

⁵³⁷ Texte du Règlement SPE tel que proposé par la Commission européenne

« Article 45

Notification des sociétés à responsabilité limitée

Les États membres notifient à la Commission pour le 1er juillet 2010 au plus tard la forme de société à responsabilité limitée mentionnée à l'article 4, paragraphe 2.

La Commission publie ces informations au Journal officiel de l'Union européenne . »

Texte du Règlement SPE tel qu'amendé par le Parlement européen :

« Les États membres notifient à la Commission pour le 1er juillet 2010 la forme de société à responsabilité limitée visée à l'article 4, alinéa 2, les conséquences en droit national du non-respect des dispositions du présent règlement, ainsi que toute disposition supplémentaire de leur droit des sociétés qui s'applique à une SPE.

La Commission publie ces informations au Journal officiel de l'Union européenne.

En outre, les États membres tiennent à jour des pages Internet mentionnant les SPE immatriculées sur leur territoire ainsi que toutes les décisions juridictionnelles relatives au fonctionnement des SPE sur leur territoire. La Commission tient à jour une page Internet proposant un lien électronique avec ces diverses pages Internet nationales. »

détachée des législations nationales, il paraît logique que le Parlement européen cherche à encadrer par d'autres moyens les futures SPE en suggérant la création d'un registre européen des sociétés. Ceci conduit à faire un second constat sur l'évolution du système juridique communautaire en raison de cette suggestion. Si un registre européen des sociétés est créé ceci implique que le système juridique communautaire aura gagné de la maturité en termes de circulation de l'information sur les sociétés.

328. En effet, aujourd'hui, l'harmonisation relative aux formes de publicité imposées aux entreprises existe certes mais est relativement faible. Bien qu'il ait été instauré une directive⁵³⁸ qui fixe un contenu minimum commun des mesures de publicité imposées et un certain degré de dématérialisation électronique des informations ainsi publiées ou des procédures qui y sont liées, ceci demeure insuffisant dans la mesure où il y a autant de registres de commerce que d'Etats membres et un volume d'information correspondant non centralisé au niveau communautaire. Par conséquent, toutes informations concernant les sociétés européennes doivent à l'heure actuelle être recherchées auprès des registres de commerce des Etats membres où elles sont immatriculées, démarche difficile et fastidieuse quand il est considéré que les informations désirées concernent une forme sociale communautaire. Ceci démontre le degré d'immaturité de l'ordre juridique européen sur cette question et la manque d'harmonisation qui s'y rapporte⁵³⁹. Par conséquent, l'invitation du

⁵³⁸ Directive 68/151/CE du 9 mars 1968 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 (68/151/CEE) modifiée par la Directive 2003/58/CE du 15 juillet 2003 modifiant la directive 68/151/CEE du Conseil en ce qui concerne les obligations de publicité de certaines formes de sociétés

⁵³⁹ Noëlle Lenoir, Rapport intitulé « La *Societas Europaea* ou SE – Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise » daté du 9 mars 2007, pages 126-127

Parlement faite à la Commission européenne de créer un registre européen des sociétés démontre une volonté d'aboutissement en ce domaine.

329. En conclusion, est-il possible de considérer la SPE comme une nouvelle alternative permettant aux PME européennes d'avoir accès au marché commun et de développer leurs activités à l'international ? La SPE peut apparaître effectivement comme une réelle alternative aux nouvelles formes de sociétés en comparaison à la SE et la SCE qui sont un peu « surannées »⁵⁴⁰. En effet, la Société Privée Européenne présente des aspects très attrayants. Elle peut être constituée par n'importe quel moyen de fusion, scission, transformation et surtout ex nihilo et requiert un capital social minimal faible voire même symbolique sous certaines conditions. Elle permet une grande liberté rédactionnelle de ses statuts et la hiérarchie des normes à laquelle elle est soumise en assure la prévalence après le Règlement et la détache autant que faire se peut des droits nationaux des Etats membres. En tant que société fermée, elle est exempte des obligations liant les sociétés cotées. Elle dispose d'une mobilité au sein de l'espace communautaire accentuée dans la mesure où elle peut dissocier son siège social statuaire de son administration centrale ou de son principal établissement et peut transférer son siège statutaire d'un Etat membre à un autre sans que cela ne porte atteinte à sa personnalité morale. Si elle procède au transfert de son siège statuaire, aucune autorité publique ou financière ne peut s'y opposer pour cause d'intérêt public, notion non définie à ce jour en droit communautaire. Les autorités communautaires ont aussi la volonté de mettre en place une centralisation de l'information concernant la SPE qui permettra de faciliter la vie administrative de la société au quotidien.

⁵⁴⁰ Michel Menjucq, « Droit communautaire et droits nationaux des sociétés : des relations ambiguës », *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} oct, 2008, n°10, page 803

330. Cependant malgré ses points forts, la SPE présente également des points négatifs qui font naître le doute sur la réussite des autorités communautaires à rendre cette nouvelle forme de société européenne attractive pour les petites et moyennes entreprises de l'Union Européenne. En effet, il n'est possible d'avoir accès au statut de la SPE que s'il est démontré dans les deux ans qui suivent sa création que la société exerce effectivement une activité transfrontalière sur le territoire de l'Union Européenne. La question se pose de savoir ce qu'il adviendrait d'une société créée sous la forme de SPE mais ne répondant pas à cette exigence au bout des deux années suivant sa constitution. Un autre point vient noircir le statut de la SPE. Il s'agit du régime social qui figure dans la proposition de Règlement SPE telle qu'amendée par le Parlement. Bien que se rattachant au régime d'implication des travailleurs instauré pour le SE, ce qui peut apparaître comme une garantie de la future acceptation de son statut par les Etats membres la question sociale ne faisant plus débat, la complexité du régime social de la SPE laisse douter de son attractivité auprès des PME européennes. En effet, il fait peser de lourdes obligations sur les dirigeants de la SPE, en particulier au cours d'une opération de transfert de siège. Paradoxalement, bien que bénéficiant d'une mobilité accentuée, le régime social de la SPE tel que fixé vient la diminuer. La SPE en perd son aspect innovant au sein de l'espace communautaire. Enfin un dernier point diminue l'attractivité de la SPE. Seule une personne physique peut en être le dirigeant. Par conséquent, une entreprise ne pourrait envisager de faire d'une SPE une de ses filiales dont elle serait à la tête.

331. Ainsi, malgré la grande souplesse que lui confère son statut, il apparaît que la SPE ne sera finalement peut être pas l'alternative tant attendue par les PME européennes en particulier en raison de la complexité du régime de l'implication des travailleurs auquel elle est soumise. Il est encore plus compliqué que celui auquel est soumise la SE dont il est inspiré et présente l'inconvénient d'entraîner pour être respecter des frais supplémentaires importants à la charge des dirigeants de la future SPE avant même sa constitution. Est-il possible de considérer comme une réelle concurrente compétitive des formes nationales de sociétés telles que la SAS française, la GmbH allemande ou la private company limited anglaise qui présentent un niveau de souplesse dans leur fonctionnement équivalent ? Rien n'est moins sur et les craintes exprimés par certains auteurs peuvent paraître dénuer de fondements. En l'état actuel, la SPE ne semble pas être une menace⁵⁴¹. Toutefois, le projet de Règlement SPE n'imposant pas de critère de taille quant au type de sociétés qui peuvent créer une SPE, des entreprises qui ne sont pas des PME et peuvent assumer sur le plan financier la charge du régime sociale complexe de la SPE peuvent intéresser par ce nouveau type de société. En effet, la SPE présente des contraintes sociales très similaires avec la SE mais aussi une plus grande souplesse qui pourrait attirer ces entreprises⁵⁴². Se retrouve ici un point commun avec le parcours de la SAS dont l'apparition a éclipsée en droit français la SA ces dernières années en raison de sa souplesse statutaire. Curieusement, la SPE pourrait se révéler plus attractive que la SE auprès non des petites et moyennes entreprises à qui elle est initialement destinée mais auprès des grandes entreprises ayant une dimension européenne.

⁵⁴¹ Michel Menjucq, « Droit communautaire et droits nationaux des sociétés : des relations ambiguës », *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} oct, 2008, n°10, page 803 ; Annie Bottiau, Michael Martinek, « La future société privée européenne (Societas Privata Europaea), menace pour la GmbH », *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} sept 2009, n°9, page 808

⁵⁴² Annie Bottiau, Michael Martinek, « La future société privée européenne (Societas Privata Europaea), menace pour la GmbH », *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} sept 2009, n°9, page 808

CONCLUSION DU CHAPITRE I

332. En conclusion de ce chapitre, la SE apparaît comme une société dont le caractère institutionnel a d'importantes conséquences et est à l'encontre de la tendance actuelle qui est à la contractualisation et à la liberté statutaire en droit des sociétés. La première conséquence est le formalisme complexe et la hiérarchie de normes applicables à la SE. Il en découle de réelles difficultés à mettre en œuvre la mobilité dont elle dispose dans les textes. Le transfert international de siège social d'une SE au sein de l'Union européenne impose l'organisation

d'une procédure complexe où s'intriquent les normes communautaires et nationales. Plusieurs points sont apparus comme étant particulièrement compliqués et pouvant avoir de lourdes conséquences sur les plans légal et financier : l'impossibilité de dissocier le siège social statutaire et de l'administration centrale de la SE migrante, l'implication de ses salariés, la protection des intérêts de ses actionnaires minoritaires obligataires et de ses créanciers non obligataires ainsi que le droit d'opposition dont peuvent disposer certaines autorités publiques ou administratives. Ces constatations remettent en cause l'attractivité de la SE pour les milieux professionnels. Elle ne se présente pas comme une alternative réelle aux sociétés nationales et ceci d'autant que la fiscalité de la SE relève de la compétence des Etats membres. Elle n'est pas un instrument d'optimisation fiscale.

333. Le statut de la SE a servi de base pour l'élaboration de celui de la SCE. Ici, apparaît les effets du consensus des Etats membres au moment de l'instauration de la SE et qui est à l'origine de son régime juridique ayant conduit à une intégration à minima de la SE au niveau communautaire. Ainsi, si la SCE possède certains points forts, elle présente des défauts communs avec la SE. En effet, elle peut être constituée ex nihilo permettant d'écarter partiellement le problème de l'implication des salariés dans le processus de réalisation d'un transfert. Elle peut permettre aussi à des personnes physiques de faire partie de son actionnariat. Toutefois, comme la SE, elle présente un formalisme lourd et complexe avec une hiérarchie des normes difficile à mettre en œuvre au cours d'un transfert international de siège social. Son siège statutaire ne peut également être dissocié de son administration centrale. Quant aux autorités publiques ou administratives, elles disposent comme pour la SE d'un droit d'opposition au transfert du siège de la SCE qui veut migrer. Par conséquent, la mobilité

de la SCE, comme celle de la SE, se trouve être difficile et complexe à mettre en œuvre voire limitée.

334. En ce qui concerne la SPE comme cela a pu être exposé, la Commission avait proposé un projet de règlement très novateur tant dans le contenu que dans l'esprit du texte. Cependant, ce projet a été réformé par le Parlement européen. La portée de son esprit innovant s'en est trouvé limité notamment par le rattachement fait au statut de la SE en particulier en matière sociale. La question de la SPE répondant aux attentes des milieux professionnels dont l'initiative avait suscité l'élaboration du projet demeure de ce fait. Toutefois, un point positif est à souligner suite à l'intervention du Parlement européen : il a introduit en droit communautaire l'idée et le principe de la future création d'un registre des sociétés européens reposant sur une collaboration entre les Etats membres.

335. Ainsi, le statut de la SE ayant servi de modèle pour l'élaboration des statuts de la SCE et de la future SPE, le choix d'une harmonisation a minima et d'un rattachement fort aux systèmes législatifs des Etats membres fait pour la SE impacte sur la SCE et la SPE. Les sociétés européennes sont victimes d'une intégration finalement trop faible au sein du marché commun, conséquence du consensus peu satisfaisant auquel ont abouti les Etats membres au moment de l'élaboration du statut de la SE. Le poids de ce consensus continue à peser. En effet, le projet de Règlement SPE proposé par la Commission démontrait un caractère novateur en cherchant à détacher au maximum la future SPE des systèmes juridiques des Etats

membres. Mais les amendements apportés par le Parlement européen au projet initial ont considérablement réduit la portée de cette initiative, en particulier sur la question sociale et l'implication des travailleurs au sein de la SPE.

336. Il en découle que les formes sociales européennes ne répondent pas aux besoins et aux attentes des milieux professionnels auxquelles elles sont destinées et en deviennent moins attractives. En effet, les sociétés européennes présentent des caractéristiques à l'opposé de la souplesse et de la simplicité recherchées par les milieux professionnels à l'heure actuelle. En particulier, les procédures de transfert, telles que décrites dans les propos qui précèdent apparaissant comme complexes et difficiles à mettre en œuvre. Alors bien que disposant dans les textes de la mobilité au sein de l'Union européenne, la question de la réelle attribution de cette capacité aux sociétés européennes d'un point de vue concret et pratique se pose. Un point particulier attire l'attention. Il s'agit du droit d'opposition.

337. En effet, certaines autorités publiques ou administratives disposent d'un droit d'opposition pour refuser d'autoriser la réalisation d'un transfert de siège social pour des raisons d'intérêt public. Cette notion qui n'est pas définie permet d'assimiler ce droit d'opposition à un quasi droit de veto discrétionnaire accordé à ces autorités bien qu'il soit possible d'exercer un recours à l'encontre d'une décision d'opposition. Quand ce droit est associé aux procédures de contrôle instaurées au cours d'un transfert de siège social notamment pour la protection des intérêts des associés minoritaires et des créanciers non obligataires de la société migrante, mais également à l'obligation de maintenir un



établissement stable en France pour rendre l'opération neutre sur le plan fiscal, il apparaît que la mobilité conféré aux sociétés européennes ne permet pas d'effectuer un transfert de siège social frauduleux bien que le law shopping soit clairement instauré en droit communautaire. Ceci conduit à envisager la question du transfert de siège frauduleux d'une manière plus globale afin de le distinguer du law shopping. Le chapitre qui suit y sera consacré.

CHAPITRE II : Le transfert international de siège social frauduleux

338. Le transfert international de siège social est par nature une opération qui permet de manipuler la loi applicable à une société et de modifier ainsi le régime juridique qui lui est applicable. Derrière une telle opération s'inscrit bien souvent la volonté d'une recherche d'une législation qui pourra mieux servir les intérêts des associés de l'entreprise migrante et sera donc plus avantageuse. Ainsi la limite entre law shopping et fraude à la loi peut paraître

ténuée. La question qui se pose alors est de pouvoir déterminer quel comportement relève du law shopping et quel est celui qui est frauduleux ? Pour répondre à cette question, il convient sous l'angle du droit international mais aussi du droit communautaire de bien définir le notion de fraude et d'en délimiter les contours ainsi que les sanctions qui lui sont applicables afin de pouvoir la distinguer clairement du law shopping. Deux sections seront y seront consacrées :

Section 1 : Transfert international de siège social et fraude à la loi en droit international

Section 2 : Transfert international de siège social et fraude à la loi en droit communautaire

SECTION 1 : Transfert international de siège social et fraude à la loi en droit international

339. Ainsi que cela a été évoqué dans le cadre de l'introduction de cette étude, le siège social d'une entreprise répond à deux finalités. La première est de permettre de localiser la société au cours de sa vie dans un espace juridique donné, la seconde est de constituer le domicile physique de la dite société. Les deux composantes du siège social, le siège statutaire et le principal établissement ou siège réel et sérieux, répondent à ces deux finalités. Si le

premier permet une approche subjective et formelle de la société, le second permet d'en avoir une approche objective et factuelle. Ainsi la localisation d'une entreprise dans un espace juridique défini est possible à raison de la description du siège par les statuts tel que décidé par les fondateurs de la société. Il revient au siège réel et sérieux constitué par son principal établissement de la corroborer en confirmant la correspondance entre la localisation juridique de la société et son implantation dans un espace économique où elle développe ses activités et ses relations avec les tiers.

340. Deux types de critères sont appliqués par les tribunaux français pour déterminer si un établissement est le siège social réel et sérieux d'une entreprise. Les premiers critères permettent un examen des fonctions de direction/contrôle, administration/gestion, exécution et production au sein de la société et de leurs localisations. Les critères secondaires viennent compléter cette étude de la société et de son fonctionnement afin de préciser son environnement et son degré d'intégration dans le tissu économique en un lieu donné et connu. Au sein de ces deux catégories de critères, il n'y a pas de hiérarchie entre les critères eux-mêmes en tant que tels. La jurisprudence laisse apparaître une approche au cas par cas des tribunaux qui sont souverains en la matière. Leur démarche consiste à déterminer si un établissement concentre un maximum de fonctions liées à l'organisation et à la vie de la société traduisant ainsi l'intensité de sa présence en un lieu donné, présence reflétant l'activité économique qu'elle génère.

341. Ce bref rappel sur les composantes du siège social d'une société permet d'évoquer les interactions qui peuvent se développer entre elles. Soit le siège réel et sérieux vient compléter les données apportées par le siège statutaire sur la société. Dans ce cas, les informations

apportées correspondent à la réalité de la vie de l'entreprise d'un point de vue juridique comme économique. Soit les données que le siège réel et sérieux apporte sur la société s'opposent à celles communiquées en raison du siège statutaire. En cas de conflit entre ces informations, les tribunaux français n'appliquent pas le critère formel du siège statutaire qui n'a la valeur que d'une présomption simple pour localiser le siège social de la société⁵⁴³. Pour écarter cette présomption, ils s'attachent alors à la recherche d'éléments matériels pour souligner leur absence au lieu du siège statutaire et caractériser sa fictivité⁵⁴⁴. En effet, ils limitent leur action à cette protection. Ainsi dans le cadre d'un transfert de siège social où le siège statutaire s'avère être fictif, ils ne décident pas de la nullité de l'opération en elle-même mais seulement de ne pas considérer le siège statutaire de la société migrante comme effectif dans le cadre de ses relations avec les tiers⁵⁴⁵. Il s'agit par cette démarche de rétablir la concordance entre le caractère fictif d'un siège statutaire qui ne correspond pas à la réalité de l'entreprise telle qu'elle apparaît et d'en déduire les conséquences en donnant effet au siège réel et sérieux de la société notamment dans le cadre de ses relations avec les tiers dont il convient de protéger les intérêts. Dans le cadre d'un transfert international de siège social hors du champ d'application du droit communautaire, l'étude des interactions entre les composantes du siège social va permettre de déterminer si elles se correspondent et de conclure sur un éventuel caractère fictif du siège social qui a été transféré. Dès lors se pose la question de la nature frauduleuse ou non de l'opération de transfert induite par le caractère fictif du siège. Pour répondre à cette question, il convient d'établir l'existence de la fraude et

⁵⁴³ Boulin, *Le siège social*, thèse, Paris, 1985, vol 1, page 289 ; A. Coste-Floret, « Le transfert de siège social », *Revue Gen de droit com*, 1938, page 577

⁵⁴⁴ Boulin, *Le siège social*, thèse, Paris, 1985, vol 1, page 292 ; Cass, 23 fév 1895, *L'office des rentiers c. Cosson et Sabatier*, *DP* 1895, 1, 341 ; Com, 25 avril 1948, *GP* 1950, 2,8 ; Cass, 17 juil 1954, *D* 1954, 627 ; Cass, 16 juin 1957, *D* 1957, 596 ; Civ, 7 mars 1956, *D* 1956, Somm 170 ; Paris, 28 mai 1979, *Bull rapide du droit des affaires*, 29 fév 1980, page 16

⁵⁴⁵ Req, 5 déc 1877, *S* 1878, 1, 220 ; Paris, 23 déc 1847, *S* 1847, 2, 355 ; Tcom, 23 fév 1970, *JCP* 1970, II, 16 335, note Yves Guyon, obs Houin, *RTD Com*, 1970, 499

la réalisation de la fraude. Une fois la fraude prouvée, elle doit être sanctionnée. Ceci conduit dans un premier temps à aborder les problématiques de l'identification de la fraude donc de sa description et de la définition de ses éléments constitutifs dans le cadre d'un transfert international de siège social. Pour dans un second temps, examiner comment la fraude est sanctionnée en droit international privé par les tribunaux français. Deux paragraphes seront consacrés à ces thèmes :

Paragraphe 1 : Description et définition de la fraude au cours d'un transfert

Paragraphe 2 : Sanction de la fraude à la loi suite à transfert de siège social

§1/ Description et définition de la fraude au cours d'un transfert

342. Les contours de la notion de fraude à la loi ont été progressivement définis par la jurisprudence et la doctrine. A la lecture des décisions de justice, il apparaît également qu'elle ne peut être mise à jour que par le biais d'une action devant les tribunaux ce qui implique l'intervention de tiers dans le processus de révélation de la fraude à la loi. Elle apparaît alors comme un mécanisme complexe mettant en jeu des éléments matériels et intentionnels et ne peut être établie sans qu'ils ne soient réunis. Dans le cadre de cette étude, la question qui se pose alors est de savoir comment la fraude à la loi peut être mise en œuvre au cours d'un transfert international de siège social et comment se manifestent les éléments qui la constituent au cours de cette opération particulière. Dès lors, il convient de définir la notion de fraude à la loi et de l'inscrire dans le cadre du transfert international de siège social avant d'en identifier les éléments constitutifs. Deux sous-paragraphes seront consacrés à ces développements :

Sous-paragraphe A : Le mécanisme de la fraude à la loi

Sous-paragraphe B : Les éléments constitutifs de la fraude à la loi

A- Le mécanisme de la fraude à la loi

1. La fraude en droit international

a. Qu'est-ce-que la fraude ?

343. Traditionnellement, les arrêts considérés comme fondateur de la fraude à la loi en droit français ont été rendus dans le cadre de la célèbre affaire Princesse de Beauffremont. Les faits étaient simples. La princesse de Beauffremont devenue de nationalité française suite au mariage avec le prince, lui-même français, ne pouvait selon la législation en vigueur à l'époque divorcer de son époux. Seule la séparation de corps pouvait être prononcée. Pour remédier à ce léger inconvénient, la princesse profita de la possibilité que lui offrait la séparation de corps de choisir librement son domicile pour s'installer dans le duché allemand de Saxe Altenbourg dont elle devint citoyenne. Or, selon la législation de cet Etat, les époux séparés de corps étaient considérés comme divorcés. Dès lors la princesse était libre de convoler avec celui pour lequel elle avait entrepris le voyage, le prince Bibesco de nationalité roumaine, avec qui elle se maria à Berlin. Suite au recours initial du prince de Beauffremont demandant l'annulation de cette union conclue en violation de la loi française, la Cour de

cassation, dans un arrêt en date du 18 mars 1878⁵⁴⁶ confirmant les décisions de première et de deuxième instance, déclara que l'acte de naturalisation de la princesse n'était pas opposable au prince de Beauffremont car cet acte avait été fait en fraude de la loi française. Ceci eut pour effet de la maintenir dans les liens de sa première union, en vertu de la législation française qui considérait à l'époque les liens du mariage comme indissolubles.

344. La fraude à la loi en droit international apparaît comme un mécanisme complexe. Elle implique l'éviction par un acteur de droit, personne physique ou morale, d'une norme juridique, la loi du for applicable à une situation donnée, au profit d'une autre norme, une loi étrangère qui peut avoir vocation à régir la situation donnée mais à moindre titre que la loi du for. Cette manipulation intentionnelle de règles légales a pour finalité de servir les intérêts du fraudeur en produisant par application d'une loi étrangère un résultat légal différent de celui qui aurait été obtenu en raison de l'application de la loi évincée. La manipulation des lois se fait par l'obtention d'un acte juridique conférant des droits puis par son exécution et son exploitation afin de les faire reconnaître par le for fraudé. Ces deux étapes, ensemble constituent la fraude, considérées séparément, elles présentent une apparence de licéité empêchant d'entraver la réalisation de la fraude. Ce n'est qu'une fois qu'elle est consommée qu'il est possible d'en constater le résultat, d'en tirer les conséquences et de la sanctionner éventuellement une fois que le fraudeur vient se prévaloir de ses droits mal acquis dans le for dont la loi a été écartée.

345. Ainsi, le mécanisme de la fraude à la loi conduisant à l'éviction de la loi du for au profit d'une loi étrangère, il serait possible d'en déduire que la règle de conflit, en tant

⁵⁴⁶ S.1878.1.193, note Labbé ; Benard Ancel & Yves Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de Droit international privé*, 4^e ed, Dalloz, n°6

qu'instrument de résolution des conflits de lois est par nature à même de permettre la réalisation de la fraude à la loi. Et ceci en particulier lorsque la simple modification du facteur de rattachement de la règle de conflit de lois peut conduire à la fraude : un changement de domicile, de nationalité peut ainsi permettre la réalisation du résultat poursuivi par le fraudeur. Or il n'en est rien. S'il apparaît qu'un fraudeur va nécessairement chercher à manipuler le système des conflits de lois et ses règles pour réaliser une fraude à la loi, la mise en jeu d'une règle de conflit de lois ne conduit pas forcément à la possibilité de réaliser une fraude à la loi. Cela dépend du critère de rattachement retenu par la règle de conflit. S'il permet l'expression de la volonté du fraudeur alors la règle de conflit pourra permettre la réalisation d'une fraude à la loi. Mais en elle-même la fraude n'est constituée non par la manipulation du mécanisme du règlement des conflits de lois mais par l'éviction d'une norme juridique au profit d'une autre qui n'a pas vocation à s'appliquer pour régir une situation donnée⁵⁴⁷.

346. L'affirmation du fait qu'une règle de conflit n'est pas un instrument de fraude par nature est confirmée par le constat qui suit. Pour qu'il puisse y avoir fraude à une loi du fait de l'application d'une autre dans le cadre d'un conflit de lois, les règles de conflits des deux systèmes juridiques qui entrent en jeu doivent concorder. Les critères de rattachement retenus par les deux règles de conflit de lois de chaque système doivent être formellement les mêmes, mais ils doivent renvoyer à des notions juridiques différentes impliquant des effets différents suite à l'application respective des règles auxquelles ils se rattachent. Il en découle une nécessité de déplacer l'élément localisateur de la situation à frauder afin qu'il corresponde au

⁵⁴⁷ B. Audit, *La fraude à la loi*, thèse, Paris, 1971, pages 4-5 et 122

critère de rattachement tel que défini par la règle de conflit dont l'application déclenchera la compétence de la loi étrangère et qui sera l'instrument de la fraude à la loi du for⁵⁴⁸.

347. Cependant, la fraude à la loi peut aussi se manifester au travers non de la modification de l'élément localisateur mais de la modification de la catégorie de rattachement. Cette notion est apparue suite à un arrêt de la Cour de cassation rendu en date du 20 mars 1985⁵⁴⁹ qui s'inscrivait à la suite de l'arrêt Société Lafarge⁵⁵⁰ et de la définition ouverte de la fraude à la loi donnée par cette décision selon laquelle il y a fraude à la loi en droit international privé lorsque « les parties ont volontairement modifié le rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente ».

348. En l'espèce, il s'agissait d'un litige⁵⁵¹ portant sur une succession internationale. Voulant exhériter ses enfants, l'une de nationalité française et l'autre américain, au profit de son ancienne secrétaire et de son époux, M. Caron, émigré aux Iles Vierges, exploita la liberté que lui offrait la loi américaine en la matière. En effet, cette législation ne connaît pas comme en droit français la notion de réserve héréditaire. Le litige portait sur un appartement que le défunt avait acquis dans le sud de la France. Pour arriver à ses fins, ce dernier, avait créé une société aux Iles Vierges avec son ancienne secrétaire et son mari, les époux Odell. Le capital social se répartissait comme suit : deux tiers des actions de la compagnie appartenait à M. Caron et les tiers restant aux époux Odell. L'appartement avait été vendu à la société, il entrait ainsi dans le capital social et passait de l'état de bien immeuble à l'état de bien meuble dans le capital des actionnaires de la société. Pour parfaire sa démarche, M. Caron avait constitué un

⁵⁴⁸ Civ 1^{er}, 11 juil 1977, *Giroux c. dame Chartrand*, RCDIP 1978, 149, note B. Audit

⁵⁴⁹ Civ 20 mars 1985, *Leslie et Aimery Caron c. Epoux Odell*, RCDIP 1986, 66, note Lequette ; JDI 1987, 80, note Niboyet-Hoegy

⁵⁵⁰ Civ 1^{er}, 17 mai 1983, *Société Lafarge*, RDCIP 1985, 346, note Ancel

⁵⁵¹ Civ 20 mars 1985, *Leslie et Aimery Caron c. Epoux Odell*, RCDIP 1986, 66, note Lequette

trust, auquel était transférée la propriété de ses actions de la société, en stipulant qu'à son décès la propriété des actions devrait être transmise aux époux Odell. A la suite du décès de M. Caron, en raison du testament établi selon la législation du domicile du défunt aux Iles Vierges, la moitié de sa fortune était légué au profit d'un centre médical de recherches et l'autre moitié aux époux Odell. Les enfants de M. Caron devaient chercher à contester cette dévolution.

349. Un des arguments qu'ils évoquaient pour soutenir leurs prétentions était le non respect de la part réservataire attribuée aux descendants d'un défunt selon la loi successorale française qui avait été écartée du fait du montage juridique élaboré par M. Caron. La Cour de cassation devait y répondre en approuvant la juridiction du second degré qui avait retenu la fraude à la loi française. Mais l'intérêt de l'arrêt ne réside pas dans le fait que la Haute juridiction retienne la fraude à loi mais dans les éléments qu'elle relève pour arriver à cette conclusion car il en ressort une nouvelle conception de cette notion qui en élargit la définition et les modalités de réalisation. Selon la Cour de cassation, la fraude à la loi française ressort de « la manipulation d'une règle de conflit (...) consistant, par une série d'opérations harmonisées, à modifier l'élément de rattachement constitué à l'origine par la nature immobilière du bien situé en France, devenu ensuite un bien meuble, afin d'écartier l'application de la loi successorale française prévoyant une réserve, a ainsi caractérisé l'existence de la fraude, qui tient en échec le principe de l'autonomie de la volonté »

350. L'intérêt de cet arrêt réside dans la contribution qu'il apporte en complétant les modes de réalisation de la fraude à la loi et par là, la définition de la notion elle-même. Dans le cadre la jurisprudence Princesse de Beauffremont, la fraude à la loi est définie de manière restrictive

selon un mode réalisation bien précis et ne concernant que la loi française. L'arrêt Caron a ouvert de nouvelles perspectives : la fraude à la loi peut être réalisée autrement que par la manipulation de critère de rattachement de la règle de conflit dont on veut éviter l'application pour évincer l'application d'une loi normalement compétente au profit d'une autre. Ainsi, il est possible de frauder une loi non en jouant sur le rattachement mais en jouant sur la qualification de la situation juridique examinée au regard du système de conflit de lois qui a vocation à être mis en jeu pour désigner la loi applicable à la situation considérée. C'est ce que devait conclure la Cour de cassation en approuvant l'arrêt de la Cour d'appel qui avait constaté la fraude à la loi. En l'espèce, M. Caron, par le montage juridique réalisé, avait transféré au regard de la règle de conflit de lois française l'appartement qu'il possédait dans le sud de la France de la catégorie de bien immeuble à la catégorie de bien meuble ce qui conduisait à l'application de deux règles de conflit différentes en droit international privé française et donc à la désignation de deux législations nationales différentes. « Ainsi, le passage d'une loi à l'autre provenait-il ici non de la modification directe du rattachement mais de l'altération des éléments qui, commandant la qualification, conditionnent à leur tour la désignation du droit applicable »⁵⁵².

b. La fraude à la loi étrangère

351. Suite à la reconnaissance de la fraude à la loi par la Cour de cassation dans l'arrêt Princesse de Beaufremont, la question s'est posée de savoir si la Haute juridiction ne consacrait, par cette définition, que la fraude à la loi française notamment suite à un arrêt

⁵⁵² Civ 20 mars 1985, *Leslie et Aimery Caron c. Epoux Odell*, RCDIP 1986, 66, note Lequette

rendu par la haute juridiction en date du 5 février 1929, *Dame Mancini contre Mancini*⁵⁵³. En l'espèce, il s'agissait d'un litige opposant deux époux, sujets italiens, à propos d'une demande de conversion en divorce d'une séparation de corps faite par le mari naturalisé français. Dame Mancini soutenait que son mari avait demandé sa naturalisation pour pouvoir demander l'entretien de la séparation de corps en divorce, en fraude du statut personnel de son épouse demeurée italienne, l'Italie n'autorisant pas le divorce de ses ressortissants. La Cour de cassation, confirmant l'arrêt du second degré, devait apporter cette réponse : « il ne lui appartenait pas d'apprécier la régularité et la valeur de la régularité de l'acte de gouvernement français, qui a prononcé la naturalisation de Mancini ». Cet attendu semblait confirmer l'opinion de la doctrine selon laquelle l'arrêt *Princesse de Beauffremont* ne reconnaissait que la fraude à la loi française et qu'il n'appartenait pas, en conséquence, aux juridictions nationales de prendre en compte la fraude à la loi étrangère. Mais cette opinion était erronée dans la mesure où la réponse de la Haute juridiction reposait sur le principe de séparation des pouvoirs. Ceci devait être confirmé plus tard.

352. En effet, la réponse à l'interrogation posée par la jurisprudence de la Cour de cassation concernant la reconnaissance de la fraude à la loi étrangère par les juridictions françaises devait être apportée par un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en date du 18 juin 1964⁵⁵⁴. Les faits de l'espèce étaient les suivants. De Gunzburg, français au regard de la loi française et américain au regard de la législation des Etats-Unis demandait en France l'exequatur d'un jugement rendu par un tribunal mexicain constatant son divorce d'avec sa femme, dame Schrey de nationalité américaine. Or pour rendre le juge mexicain compétent et obtenir cette décision, l'épouse s'était rendue dans la ressort de cette juridiction afin d'y faire établir son

⁵⁵³ Civ, 05 fév 1929, *Dame Mancini c. Mancini*, S 1930, I, 81

⁵⁵⁴ Paris, 18 juin 1964, *Gunzburg c. dame Schrey*, JDI 1964, 810, note JD Bredin

domicile. Mais comme devait le relever la Cour d'appel de Paris, « dame Schrey, demanderesse en divorce, n'[y] a fait qu'un séjour précaire, lequel s'évalue en quelques minutes alors que son domicile immédiatement antérieur et immédiatement postérieur était... à New York ». La juridiction du second degré en déduisit la fraude à la loi des deux époux, non de la loi française mais de la loi de l'Etat de New York.

353. Elle l'expliqua comme suit dans un des considérants de sa décision pour répondre à l'argument, soulevé par de Gunzburg, d'incompétence des juridictions françaises relativement à la question de la fraude à la loi étrangère : « ...la fraude commise d'un commun accord par les conjoints de Gunzburg n'est pas seulement un fraude évidente, tant sur le fond que sur la compétence, à la loi de New York prise comme telle, mais précisément une fraude à la loi désignée dans le système français de DIP, c'est-à-dire intégrée à ce système ; que l'intérêt qui s'attache à l'application de la loi ainsi désignée [...] est aussi grand à l'égard de la loi étrangère que de la loi française, bien qu'il y ait lieu de préciser que, la fraude à la loi relevant de l'ordre public au nom duquel elle peut et doit, le cas échéant, être sanctionnée, il est nécessaire de distinguer suivant que la fraude à la loi étrangère lèse l'ordre public international ou simplement de l'ordre public interne de l'Etat considéré ». Et la Cour de conclure que les parties ont commis une fraude à la loi étrangère en lésant l'ordre public international et un principe de la loi française tient pour inhérent à l'ordre international public français.

354. L'analyse du considérant de cet arrêt apporte la réponse à la question qu'avait soulevée la doctrine à la suite de la décision de la Cour de cassation, Princesse de Beaufremont : les juridictions françaises ne sanctionnent pas seulement la fraude à la loi

française mais aussi la fraude à la loi étrangère. La portée de l'exception de fraude à la loi est générale. Mais la formulation employée par la Cour d'appel de Paris laisse planer un doute sur la consécration pleine et entière de cette exception. En effet, la Cour relève l'incidence de la démarche des époux de Gunzburg par ricochet sur l'ordre international public au sens où le droit français l'entend. Est-ce que cela induit une condition à la mise en œuvre par les juridictions françaises de la fraude à la loi étrangère ? Pour qu'elle soit prise en compte, il faudrait qu'elle ait un impact sur le système de droit international privé français même de manière médiate ? Il en découlerait que l'invocation et la mise en œuvre par les juridictions française de la fraude à la loi étrangère deviendrait dépendante de l'exception de l'ordre public international. Au final, cela impliquerait que l'arrêt ne serait pas une confirmation de la portée générale de la théorie de la fraude à la loi mais seulement une précision de la portée et des modalités d'application de cette exception : c'est parce qu'il y aurait atteinte médiate de la loi française que devrait être prise en compte la fraude à la loi étrangère. Les interrogations de la doctrine suite à la jurisprudence *Princesse de Beauffremont* n'auraient pas obtenu de réponse.

355. Pour ces raisons, il convient de partager le point de vue du commentateur⁵⁵⁵ de cet arrêt selon lequel « pour garder à cet arrêt sa force et son utilité, l'interprète doit l'amputer des développements surabondants, qui entretiennent une confusion sans profit entre l'exception de fraude à la loi et l'exception d'ordre public ». L'exception de fraude à la loi ne doit pas se confondre avec l'exception d'ordre public international et ne doit pas en dépendre. La finalité

⁵⁵⁵ Paris, 18 juin 1964, *Gunzburg c. dame Schrey*, *JDI* 1964, 810, note JD Bredin

de la première est de veiller à ce que les acteurs juridiques n'abusent des facultés que leur offre le droit pour le contourner et évincer certaines règles conformément à leurs desiderata. Quant à la seconde, son but, essentiellement social, est de protéger les principes juridiques que le droit d'un Etat tel que la France tient pour substantiels et fondamentaux jusques sur le plan international⁵⁵⁶.

356. Ainsi la fraude à la loi peut intervenir sans que l'ordre public international ne soit concerné et inversement l'exception d'ordre public international peut parfaitement être appliquée sans qu'une fraude à la loi n'ait été réalisée. Cette constatation conduit à apporter une précision en matière de fraude à la loi : « il est inexact de croire qu'il ne peut être question de fraude à la loi que si la règle qui a été méconnue est une règle impérative. Il suffit que cette règle ait été une règle normale et évidente : normale quant à sa compétence, évidente quant à son objectif »⁵⁵⁷. En conclusion, pour répondre à la question posée par l'arrêt de la Cour de cassation relative au fait de savoir si seule la fraude à la loi française devait être prise en compte selon sa jurisprudence, il est de la compétence des juridictions françaises de donner une portée générale à l'exception de fraude à la loi, et de prendre en compte la fraude à la loi qu'elle soit française ou étrangère. Ce point de vue devait, d'ailleurs, être confirmé par la suite dans un arrêt de la Haute juridiction rendu le 11 juillet 1977⁵⁵⁸, sans faire de référence à l'ordre public international.

2. Application au transfert international de siège social

⁵⁵⁶ Pierre Louis-Lucas, « La fraude à la loi étrangère », *RCDIP* 1962, 1

⁵⁵⁷ Pierre Louis-Lucas, « La fraude à la loi étrangère », *RCDIP* 1962, 1

⁵⁵⁸ Civ 1^{er}, 11 juil 1977, *Giroux c. dame Chartrand*, *RCDIP* 1978, 149, note B. Audit

357. Au regard des propos qui viennent d'être exposés, le statut des personnes morales apparaît être par nature propice à être un terrain d'élection pour la fraude à la loi car le critère de rattachement retenu pour déterminer la loi applicable à une société est son siège social. Plus exactement une présomption simple renvoie au siège social tel qu'indiqué par les statuts de la société à moins qu'il ne soit démontré que le principal établissement de la société ne se situe pas au même endroit que le siège statutaire de la société. Dans ce cas, la présomption sera écartée et le siège réel et sérieux sera considéré comme le siège social de l'entreprise. Il en découle que le transfert international de siège social peut conduire à la réalisation d'une fraude à la loi car il est la manifestation de l'expression de la volonté des associés de l'entreprise migrante qui en choisissant une nouvelle localisation pour son siège social veulent pouvoir modifier la loi applicable à leur société. Cette opération qui permet de changer les règles de droit régissant une entreprise peut conduire à vouloir modifier ces règles à des fins frauduleuses. Toutefois lorsque le critère retenu pour localiser une entreprise est celui du principal établissement ou siège social réel et sérieux il ne permet pas de réaliser une telle fraude dans la mesure où il se base sur des éléments factuels et matériels pour déterminer la *lex societatis* de l'entreprise migrante⁵⁵⁹. Dès lors, en droit international privé français, la fraude à la loi doit être envisagée d'une manière particulière. En effet, pour localiser une société et déterminer la loi qui lui est applicable le droit français envisage d'abord comme critère de rattachement le siège statutaire de l'entreprise. Cependant, si cette composante du siège social s'avère ne pas correspondre à la réalité alors le siège réel et sérieux sera pris en compte par les tribunaux pour situer l'entreprise notamment dans le cadre de ses relations avec les tiers puisqu'ils sont les seuls autorisés à se prévaloir le cas échéant du principal

⁵⁵⁹ B. Audit, *La fraude à la loi*, thèse, Paris, 1971, page 123

établissement de la société⁵⁶⁰. Il apparaît alors que le siège réel et sérieux dans le cadre d'une hypothèse de fraude à la loi par le biais d'un transfert international de siège social sera du domaine de la sanction de la fraude. Elle sera abordée plus tard dans cette étude. Le siège statutaire sera du domaine de la réalisation de fraude en étant le critère de rattachement vecteur de cette possibilité.

358. La jurisprudence a reconnu deux modes de réalisations de la fraude : soit le déplacement de l'élément localisateur du rapport de droit objet de la fraude qui permet de manipuler la règle de conflit, soit le changement de la catégorie de rattachement à laquelle il rapporte et permet l'application d'une autre règle de conflit que celle qui avait vocation à s'appliquer. Le transfert international de siège social de par sa nature ne peut se prêter à une fraude perpétrée par un changement de catégorie de rattachement. Il ne s'agit pas ici de jouer sur la catégorie juridique à laquelle appartient un bien pour déclencher la mise en œuvre d'une règle de conflit et d'en évincer une autre. Par conséquent seule la première hypothèse de fraude à la loi telle que définie par la jurisprudence suite à l'affaire Princesse de Beauffremont présente un intérêt particulier au regard du sujet de cette étude.

359. Toutefois, si le transfert international est par nature une opération qui peut laisser la place à la réalisation d'une fraude à la loi, une précision doit être apportée. Les associés d'une société peuvent désirer contourner les dispositions de la loi française au profit d'une autre loi plus avantageuse quant à leurs intérêts. Cette démarche ne porte pas la marque de la fraude à la loi car la société présente des attaches sérieuses avec plusieurs Etats différents. Les associés

⁵⁶⁰ Article L 210-3 du Code de commerce

ne procèdent pas avec une intention frauduleuse mais pratiquent le forum shopping, ce qui en soi ne présente rien de répréhensible dans la mesure où, dans l'absolu, les associés disposent de la liberté d'installer le siège social de leur entreprise où ils le désirent. La jurisprudence a considéré que « la fixation n'était pas frauduleuse, si elle pouvait s'appuyer sur des intérêts sérieux. Ceci révèle que [...] l'existence d'un motif grave, d'une attache sérieuse suffit à écarter la fraude. La fraude n'est sanctionnée que lorsqu'elle existe à titre principal [...] lorsque les fondateurs ne disposeront d'aucun motif légitime susceptible de justifier leur choix »⁵⁶¹.

360. Cette opinion doctrinale présente l'avantage de pouvoir s'appliquer tant au transfert international du siège social d'une société en France que hors de France. Elle expose une ligne générale de la jurisprudence qui permet au juge français d'aborder le problème de la fraude à la loi française ou étrangère en matière de transfert international de siège social de manière ouverte. Ceci va à l'encontre d'une opinion doctrinale qui a pu être exposée relative au transfert en France par une société étrangère de son siège social mais dont la portée peut être élargie à l'objet de cette étude. Selon cet auteur⁵⁶², la recherche d'une loi plus favorable au cours d'une opération de transfert ferait apparaître le caractère forcément frauduleux de cette dernière.

361. Ce point de vue paraît trop radical. Dans le cadre des développements qui ont précédé relatif à l'acceptation générale de la fraude à la loi, il est apparu que, selon une opinion

⁵⁶¹ Yvon Loussouarn, « La condition des personnes morales en droit international des sociétés », *Rec. Acad. La Haye*, 1959, I, page 480

⁵⁶² W. Le Bras, « Le transfert du siège social des sociétés étrangères en France », *Bull Joly Sociétés*, 1983, page 795

autorisée⁵⁶³, la modification du rapport de droit n'est pas frauduleuse dans la mesure où ses conséquences en sont pleinement acceptées. En l'occurrence si la recherche d'une loi plus favorable est la motivation du transfert international du siège social d'une entreprise et s'il apparaît que toutes les conséquences légales découlant de cette opération sont acceptées par les associés de la société migrante, notamment la création d'attaches sérieuses avec l'Etat d'accueil par l'acquisition d'un siège social réel et sérieux, l'opération ne relève pas de la fraude à la loi, qu'elle soit française ou étrangère, mais du forum shopping qui semble être une démarche légitime des associés d'une entreprise dont l'intérêt principal est de veiller à la prospérité de celle-ci.

362. Cette théorie de la fraude à la loi est restée une constante dans la jurisprudence de la Cour de cassation qui en a éclairci et complété la définition dans un arrêt Société Lafarge, selon lequel il y a fraude à la loi en droit international privé lorsque « les parties ont volontairement modifié le rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente »⁵⁶⁴. Cette définition, dont la formulation est exhaustive, s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence antérieure de la Haute juridiction. Les termes généraux utilisés pour définir la notion peuvent à la fois s'adapter à la fraude à la loi française comme étrangère et permettent de dégager deux types d'éléments constitutifs de la fraude à la loi : la volonté de frauder et la réalisation de la fraude.

B- Les éléments constitutifs de la fraude à la loi

⁵⁶³ Traité, Batiffol & Lagarde, t I, n°372, page 429

⁵⁶⁴ Civ 1^{er}, 17 mai 1983, *Société Lafarge*, RDCIP 1985, 346, note Ancel

363. A la suite de la jurisprudence Princesse de Beauffremont, la doctrine a dégagé les éléments constitutifs de la fraude à la loi qui doivent être réunis pour la réaliser. Selon les auteurs⁵⁶⁵, deux éléments se distinguent de manière constante. Il s'agit de la volonté de frauder ou *animus fraudis* et de la manipulation des normes juridiques ou violation internationale de la loi évincée au profit d'une loi étrangère appliquée. Le premier élément de la fraude à la loi est subjectif et moral. La portée pratique de cet élément est déterminante car elle réside dans son utilisation pour faire la preuve de la fraude à la loi. Le second est matériel. Constaté des faits ne pose pas de problème mais il n'est pas possible de conclure à la fraude à la loi sans qu'il n'y ait une intention d'arriver à cette finalité. Or prouver cette intention peut s'avérer délicat.

1. L'élément intentionnel

364. Qu'est-ce que l'*animus fraudis* ? Il s'agit de l'intention, de la volonté de manipuler une norme juridique pour la contourner au profit de l'application d'une autre afin d'atteindre le résultat légal recherché. Le fraudeur va modifier le rapport de droit afin d'atteindre son but sans se soumettre aux conséquences que ce changement va engendrer. Il en découle, selon une opinion autorisée⁵⁶⁶, que la modification du rapport de droit n'est pas frauduleuse dans la mesure où ses conséquences en sont pleinement acceptées. Le fraudeur cherchera à soumettre le droit à ses desseins.

⁵⁶⁵ Pierre Mayer & Vincent Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 7^e éd, page 176, Benard Ancel & Yves Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de Droit international privé*, 4^e ed, Dalloz, n°6, page 57

⁵⁶⁶ Batiffol & Lagarde, *Traité*, t I, n°372, page 429

365. Ceci implique que le critère de rattachement retenu par la règle de conflit puisse être manipulé par la modification de l'élément matériel localisateur du rapport de droit qui permet de localiser le rapport de droit et de le rattacher à une règle de conflit de lois particulière. Les acteurs de ce rapport juridique doivent pouvoir de par leur volonté fixer l'élément localisateur qui permettra, par la mise en œuvre de la règle de conflit de lois, de désigner la loi d'un Etat dont l'application conduira au résultat légal recherché et à l'éviction de la loi du for. Dans le cadre d'un transfert international de siège social, le critère de rattachement, qui est manipulable par les associés de la société migrante et leur permet d'exercer leur volonté quant à la *lex societatis*, est le siège social en raison de sa composante statutaire, comme cela a été exposé précédemment.

366. Bien qu'il existe avant même la constitution de l'élément matériel de la fraude car il est à l'origine de l'action même du fraudeur, l'*animus fraudis* ne peut apparaître et se manifester qu'après que l'élément matériel soit réalisé. En effet, il n'est reconnu et établi qu'à partir du moment où des tiers entretenant des relations juridiques avec la société migrante décident d'ester en justice. L'action de la justice est nécessaire pour que l'intention frauduleuse soit révélée car la fraude ne peut être effective que si un acte juridique intervient.

2. L'élément matériel

367. Cette considération conduit à évoquer le second élément constitutif d'une fraude à la loi qui est matériel donc objectif. Il s'agit de la manipulation, en tant que tel, de l'élément de localisateur qui conduit au glissement de la situation du fraudeur de l'empire d'une loi sous

celui d'une autre. L'acte qui est fait pour cela est intrinsèquement licite, mais il est vicié par sa fin illicite, ce qui entraînera son inefficacité⁵⁶⁷. Cet acte est constitué par une violation internationale⁵⁶⁸ de la loi du for qui est évincée au profit de l'application de loi d'un for étranger.

368. Plusieurs étapes doivent être franchies pour que soit constituée une violation internationale de la loi du for. Tout d'abord, il faut que les auteurs de la fraude internationalisent une situation de droit en modifiant l'élément localisateur du rapport de droit. Ils introduisent ainsi un conflit de lois artificiel. Dans le cadre d'un transfert international de siège social, l'élément localisateur qui permettra d'internationaliser une situation de droit sera la migration de la société donc le déplacement de son siège social de son Etat d'origine vers un Etat d'accueil dont la législation sera moins contraignante et plus favorable pour satisfaire les desseins des associés de l'entreprise. Ensuite, cette modification doit entraîner l'éviction de la loi du for au profit d'une loi étrangère présentant un rattachement moindre et donc un titre inférieur à celui de la loi du for à régir le rapport international de droit considéré. Mais cette éviction ne peut prospérer si les auteurs de la fraude sollicitent les autorités publiques du for étranger afin d'acquérir des droits conformément à la loi de ce for. Au cours d'un transfert internationale de siège social, il s'agira pour les associés de la société migrante de la faire reconnaître en tant que personne morale par l'Etat d'accueil et d'obtenir son immatriculation dans cet Etat afin de la soumettre à sa législation en tant que nouvelle *lex societatis*. Ces droits acquis, les fraudeurs chercheront à les invoquer et à les faire valoir dans le for dont la loi a été écartée mettant ainsi en œuvre la violation internationale de la loi du for évincée. Au cours d'un transfert international de siège

⁵⁶⁷ Pierre Mayer & Vincent Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 7^e éd, page 176

⁵⁶⁸ B. Audit, *La fraude à la loi*, thèse, Paris, 1971, page 13

social, cette invocation consistera à vouloir faire reconnaître la loi du for étranger comme nouvelle *lex societatis* de la société afin qu'elle ne puisse être soumise à la loi de son for d'origine. Le résultat obtenu sera la réalisation de la fraude à la loi⁵⁶⁹. La question qui se pose alors est celle de la sanction à la fraude.

§2/ Sanction de la fraude à la loi suite à un transfert de siège social

369. Alors comment sanctionner cette fraude à la loi ? Ce n'est pas d'un point de vue moral qu'il convient d'aborder cette question. La finalité première de cette sanction ne sera pas de prendre en compte les intérêts privés qui auraient pu être lésés par la fraude. S'il s'avérait que la sanction ait de telles conséquences, ce serait une bonne chose mais involontaire. Ce qui va être puni, c'est la fraude contre le droit lui-même, le fait d'avoir voulu évincer par prétentions excessives ou ingéniosité intolérable la règle de droit qui avait vocation à s'appliquer⁵⁷⁰. La question de la sanction de la fraude à la loi doit s'aborder sous l'angle de l'opportunité du mode de sanction choisi et de sa mise en œuvre. Deux sous-paragraphes porteront sur ces développements⁵⁷¹.

Sous- paragraphe A : Les modes de sanction

Sous- paragraphe B : La mise en œuvre de la sanction

A- Les modes de sanction

⁵⁶⁹ B. Audit, *La fraude à la loi*, thèse, Paris, 1971, page 80

⁵⁷⁰ Pierre Louis-Lucas, « La fraude à la loi étrangère », *RCDIP* 1962, 1

⁵⁷¹ B. Audit, *La fraude à la loi*, thèse, Paris, 1971, page 134

370. « *Fraus omnia corrumpit* », ce célèbre adage latin décrit les effets juridiques de la fraude à la loi : la fraude corrompt tout. Les actes faits dans un but frauduleux deviennent inopposables. C'est ce que la doctrine a pu déduire de la jurisprudence de la Cour de cassation⁵⁷². Suite à l'arrêt précité *Princesse de Beaufremont*, il semblait que le mode de sanction de la fraude devait être la nullité absolue des actes dont la finalité était frauduleuse. En effet, la Haute juridiction déclarait que les actes « faits en fraude de la loi française et au mépris d'engagements antérieurement contractés en France n'étaient pas opposables au prince de Beaufremont ». Les arguments avancés par la doctrine en faveur de ce point de vue étaient les suivants. Tout d'abord, pour parler d'inopposabilité, il fallait qu'il y ait une personne morale ou physique à laquelle il puisse être possible d'opposer le ou les actes frauduleux. Ensuite la finalité de la sanction de la fraude n'étant pas de prendre en compte les intérêts particuliers qui auraient pu être lésés au cours de sa réalisation mais de protéger les intérêts de la règle de droit évincée, la seule solution adaptée était la nullité absolue. Enfin l'inopposabilité aurait pour conséquence d'engendrer des situations où distinctions et conciliations entre règles de droit seraient toutes relatives. En conclusion, la sanction de la fraude à la loi était la nullité absolue.

371. Cependant, cette opinion peut être écartée si le contexte de l'affaire dite « *Princesse de Beaufremont* » est pris en compte pour en expliquer la teneur. Si la sanction de la fraude en l'espèce a été aussi radicale, c'est qu'il aurait été incongru de rendre les actes faits par la princesse de Beaufremont inopposables exclusivement pour son premier époux et opposables pour toute autre personne. Dans cette hypothèse, la princesse aurait été considérée comme

⁵⁷² Pierre Louis-Lucas, « La fraude à la loi étrangère », *RCDIP* 1962, 1

mariée à son second époux pour toutes personnes sauf pour son premier mari qui aurait dû encore la considérer comme sa femme. La situation aurait été ubuesque, ce qui explique la solution retenue par la Cour de cassation, et ce avec bon sens.

372. « La fraude a pour effet sa propre inefficacité »⁵⁷³. La sanction de la fraude doit être de neutraliser les effets des actes commis qui en sont constitutifs. Il s'agit de rétablir l'autorité de la loi que le fraudeur aura voulu contourner. C'est ce que vient confirmer cet auteur en expliquant que « s'agissant de rendre inefficace le subterfuge, la mesure de la sanction sera fournie par ce qu'exige le rétablissement de l'autorité de la loi tournée »⁵⁷⁴. Dès lors la sanction de la fraude n'est pas une question d'inopposabilité ou de nullité des actes faits en fraude d'une loi mais une question d'opportunité et de modes de sanction choisis. L'approche des juridictions françaises est pragmatique en la matière. En fonction de la portée de la fraude à la loi, il convient de rétablir le droit dans son droit et de lui donner l'application qui lui est due. La sanction de la fraude à la loi doit prendre en compte la violation internationale de la loi évincée en tenant compte des termes de loi et de sa finalité mais aussi du droit positif en vigueur⁵⁷⁵. Mais le rétablissement de l'autorité de cette loi sera limité car le but est de faire produire aux dispositions légales évincées, et seulement celles-ci, leur plein effet. Pour le reste le changement de loi, conséquence de l'action du fraudeur sera complètement effectif. Dès lors le résultat de la fraude ne sera pas celui escompté mais au contraire, ce sera le résultat que les acteurs de la situation juridique donnée auront voulu éviter qui sera pris en compte⁵⁷⁶. Au regard de cette étude, ce constat conduit à poser la question de la sanction de la fraude à la loi dans le cadre d'un transfert international de siège social. Comment est évalué

⁵⁷³ Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude à la loi en droit français*, thèse, Paris, 1957, page 372

⁵⁷⁴ Civ 20 mars 1985, *Leslie et Aimery Caron c. Epoux Odell*, RCDIP 1986, 66, note Lequette

⁵⁷⁵ B. Audit, *La fraude à la loi*, thèse, Paris, 1971, page 134

⁵⁷⁶ Benard Ancel & Yves Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de Droit international privé*, 4^e ed, Dalloz, n°6, page 61

l'opportunité d'une éventuelle sanction et du mode choisi pour la mettre en œuvre car la sanction de la fraude à la loi va venir jouer le « rôle de soupape de sécurité »⁵⁷⁷ au cours d'un transfert de siège social frauduleux ?

B- La mise en œuvre de la sanction

1. Utilisation de la théorie du siège social fictif pour une sanction adaptée du transfert international reconnu comme frauduleux

373. Pour établir la fraude à la loi perpétrée par le biais d'un transfert international de siège social, la jurisprudence française a eu recours à la notion de siège social fictif⁵⁷⁸. Suite à des transferts de siège social frauduleux à l'époque coloniale de la métropole vers certaines colonies, la Cour de cassation devait donner cette définition du siège social d'une société « lequel est, en principe, [...] où l'entreprise a, principalement, sa direction juridique, financière, administrative et technique et non celui où elle a seulement une exploitation et une direction de caractère secondaire »⁵⁷⁹. Cette définition, qui est de jurisprudence constante, se distingue par son caractère concret et objectif de notion prétorienne. Elle renvoie au siège social réel et sérieux d'une société qui permet de prévenir la fraude à la loi. Elle illustre également la démarche des tribunaux français. Dans le cadre de la recherche du rétablissement par les tribunaux de la concordance entre la réalité économique d'une société

⁵⁷⁷ *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1946-1948, page 157

⁵⁷⁸ *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1946-1948, page 157 ; Req, 5déc 1877, *S* 1878, 1, 220 ; Paris, 23 déc 1847, *S* 1847, 2, 355 ; Tcom, 23 fév 1970, *JCP* 1970, II, 16335, note Yves Guoyon et Obs Houin, *RTD Com* 1970, 499

⁵⁷⁹ Req. 17 juil 1935, *RCDIP* 1936, 767, note EP ; Paris, 28 sept 1982, *URSSAF c. SARL Salma*, cité *BRDA* 2001, n°9, page 3

et la réalité juridique, entre la composante matérielle et la composante juridique de son siège social, il apparaît qu'un siège réel est forcément sérieux et qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre un siège qui n'est pas sérieux et un siège fictif⁵⁸⁰. « La distinction du siège social réel et du siège social sérieux n'apparaît pas explicitement dans les formules jurisprudentielles. Elles sont généralement recouvertes, l'une et l'autre, du manteau du siège social réel »⁵⁸¹.

374. De cette constatation, il ressort que le nouveau siège social acquis par la société migrante doit répondre à deux conditions pour que son transfert ne soit pas considéré comme frauduleux. Il doit être réel et sérieux donc non fictif. Il doit y avoir correspondance entre la localisation du siège social statutaire et celle du principal établissement de l'entreprise migrante pour que le siège social ne soit pas considéré comme fictif et par conséquent frauduleux⁵⁸². La jurisprudence française vient confirmer ces deux exigences. La licéité du transfert international du siège social d'une société donc sa validité, n'est admise « que si le siège social nouveau est à la fois réel, c'est-à-dire non fictif et sérieux, c'est-à-dire non frauduleux »⁵⁸³. Toutefois, « l'exigence d'un siège réel et celle de l'absence de fraude ne font qu'une »⁵⁸⁴.

375. En effet, si un siège social est réel, cela implique que la société a de sérieuses attaches ou a décidé d'avoir de sérieuses attaches avec l'Etat dans lequel elle a transféré son siège. Dès lors, son siège social est sérieux de facto donc non frauduleux. Dans le cas contraire, il est possible de présumer le caractère frauduleux du transfert international du siège social. Le

⁵⁸⁰ Boulin, *Le siège social*, thèse, Paris, 1985, vol 1, pages 300 et suivantes

⁵⁸¹ B. Audit, *La fraude à la loi*, thèse, Paris, 1971, page 411

⁵⁸² Com, 21 nov 1889, *S* 1890, 850 ; Req, 22 déc 1896, *S* 1897, 1, 84 ; Paris, 27 mars 1907, *J* 1907, 768 ; T. civ. Seine, 1^{er} mars 1909, *J* 1910, 577

⁵⁸³ Yvon Loussouarn, « La condition des personnes morales en droit international des sociétés », *Rec. Acad. La Haye*, 1959, I, page 502

⁵⁸⁴ B. Audit, *La fraude à la loi*, thèse, Paris, 1971, page 409

problème de l'appréciation des attaches de la société avec un Etat a pu se poser au travers de la question des centres de domiciliation d'entreprises. De quoi s'agit-il ? Une société locale fournie à une autre société par un contrat une adresse de domiciliation qui peut être celle du siège social de l'entreprise cliente. Le prestataire peut fournir également divers services complémentaires aux sociétés qui font appel à lui en mettant à leur disposition des locaux, des services administratifs, postaux ou téléphoniques par exemple. L'accord établi entre la société cliente et la société prestataire s'appelle un contrat de domiciliation.

376. Pendant longtemps, ce type de contrat était perçu en France comme similaire au système des boîtes aux lettres servant de paravent à certaines entreprises et leurs dirigeants pour dissimuler l'absence de locaux et d'éléments d'identification aux créanciers de ces sociétés, ce qui explique la rigueur primitive du régime légal de la domiciliation des entreprises. Une ordonnance de 1958⁵⁸⁵ posait une condition relative à la domiciliation des entreprises en vue de leur inscription au Registre du Commerce et des Sociétés. Une société qui voulait s'immatriculer au RCS devait au moment de la présentation de sa requête justifier de la jouissance privative de locaux où elle exercerait son activité. Il est aisé de percevoir la portée de cette exigence : garantir la réalité physique et le sérieux du siège social de la société. Du point de vue de cette étude, l'existence d'une telle condition n'était pas de nature à empêcher le transfert international du siège social d'une entreprise, qui serait en toute logique le transfert du siège d'une entreprise étrangère en France désirant y développer son activité. Cependant la rigidité de cette exigence était propice à freiner l'apparition de nouvelle

⁵⁸⁵ Ordonnance 58-1352 du 27/12/1958 réprimant certaines infractions en matière de registre du commerce

personne morale en France dans la mesure où elle impliquait que la société soit propriétaire ou locataire de locaux pour y établir son siège social⁵⁸⁶.

377. Une réforme de cette ordonnance est intervenue par une loi en 1984⁵⁸⁷ qui a supprimé l'exigence posée et légalisé l'opération de domiciliation d'une société par un contrat conclu avec une entreprise prestataire. Ainsi, une des exigences auxquelles doit répondre le contrat de domiciliation est d'imposer à la société domiciliée d'utiliser les locaux que met à sa disposition la société prestataire de services comme siège social. Ces locaux doivent permettre la réunion des organes chargés de la direction, de l'administration ou de la surveillance de la société dans le respect des règles juridiques applicables aux entreprises. L'exigence de jouissance privative des locaux imposée par l'ordonnance de 1958 a été abrogée.

378. Une fois défini le contrat de domiciliation, il convient au travers de cette exemple de revenir à la notion de siège sérieux et d'essayer de comprendre le sens que lui accorde la jurisprudence française. La question qui se pose alors est la suivante : serait-il possible de considérer que le siège social d'une société obtenu par domiciliation pourrait présenter des attaches suffisamment sérieuses pour être reconnu comme non fictif par les tribunaux français ? Autrement dit, « la fourniture d'une adresse par l'effet d'un contrat de domiciliation est-elle de nature à constituer un siège social réel pour la société qui recourt à cette technique juridique pour s'établir ? »⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ *Bull Joly* 1992, page 762, note Y. Reboul

⁵⁸⁷ Loi 84-1149 du 21/13/1984 complétée par un décret d'application 85-1280 du 05/12/1985

⁵⁸⁸ Paris, 19 mars 1992, *X c. Conseil d'administration de la Sté Emerson Europe SA*, *Bull Joly* 1992, page 761, note Y. Reboul

379. La Cour d'appel de Paris devait apporter une réponse à cette question dans un arrêt rendu en date du 19 mars 1992⁵⁸⁹ relatif à un litige opposant une société à son commissaire aux comptes qui avait été relevé de ses fonctions. La société considérée avait établi son siège social à Paris en concluant un contrat de domiciliation. Selon ce contrat, le courrier de la société bien que reçu à Paris devait lui être transmis par l'entreprise à qui elle faisait appel pour la domicilier. De cette situation de faits, la partie qui avait formé appel arguait du caractère fictif du siège social de la société pour lui contester son droit d'agir. La Cour lui répondit comme suit : « Le fait que [la société] ait son siège à Paris, en vertu d'un contrat de domiciliation conclu avec une société qui lui transmet à Londres le courrier qui lui est adressé, est insuffisant pour établir que le siège social est situé à l'étranger... ». Pour arriver à cette conclusion, la juridiction du second degré devait se référer aux circonstances entourant le litige pour établir le caractère sérieux des attaches de la société à la France et en déduire le caractère non fictif de son siège social malgré un simple contrat de domiciliation. Ainsi, la Cour d'appel devait relever le simple caractère technique de la transmission du courrier de Paris à Londres, la tenue d'une assemblée générale dans les locaux mis à disposition dans le cadre du contrat de domiciliation à Paris et la réception de l'assignation de la société à l'adresse parisienne précisée dans ses statuts. La Cour d'appel s'est donc basée sur la réalité du siège social pour déterminer son caractère sérieux.

380. La Cour devait confirmer cette jurisprudence dans un arrêt rendu en date du 7 mars 2001⁵⁹⁰ : le fait pour une société d'avoir installé son siège statutaire dans un centre de domiciliation ne permet pas d'en établir le caractère fictif car s'était tenue l'assemblée

⁵⁸⁹ Paris, 19 mars 1992, *X c. Conseil d'administration de la Sté Emerson Europe SA*, *Bull Joly* 1992, page 759, note Y. Reboul

⁵⁹⁰ Paris, 07 mars 2001, *Sté Free Surf c. Faulhaber*, *BRDA* 2001, n°9, page 3

générale annuelle de la société dans les locaux mis à sa disposition dans le centre et l'entreprise de domiciliation avait reçu mandat pour recevoir toute notification ou assignation en justice. En conclusion, un transfert international de siège social est frauduleux à partir du moment où il est possible d'établir le caractère frauduleux donc fictif du siège social. Les tribunaux pour établir cette fictivité cherchent à déterminer son caractère réel et sérieux. Or, au travers de l'étude de la jurisprudence et de la doctrine, il apparaît que la réalité du siège social suffit à prouver qu'il est également sérieux. Dès lors, il suffit de prouver la réalité du siège social d'une entreprise pour qu'en découle son caractère sérieux et écarter la fraude à la loi.

381. Pour établir le caractère réel du nouveau siège social acquis par l'entreprise migrante, les premiers arrêts⁵⁹¹ sur la question ont⁵⁹² assimilé domicile des personnes physiques et siège social des personnes morales pour finalement se détacher au fur et à mesure de cette analogie. En effet, pour une société française au sens de la jurisprudence des tribunaux français, c'est-à-dire dont la *lex societatis* est la loi française et reconnue comme ressortissante nationale, « il faut seulement que le siège social soit réel et sérieux et non pas fictif »⁵⁹³. Comme le montre la formulation de l'attendu de principe de cette décision de la Cour de cassation, seul le caractère réel et sérieux du siège social a été pris en compte pour une éventuelle fictivité. Aucune référence n'est faite au domicile des personnes physiques.

382. Pour déterminer si le siège social nouveau de la société migrante présente bien un caractère réel et répond à la condition posée par la jurisprudence, il faut se référer à

⁵⁹¹ Bordeaux, 11 août 1857, *D.* 1858, II, 60

⁵⁹² Yvon Loussouarn, « La condition des personnes morales en droit international des sociétés », *Rec. Acad. La Haye*, 1959, I, pages 476-477

⁵⁹³ Montpellier, 03 mai 1926, *Gaz. Pal.* 1926, II, 153

l'approche pragmatique et concrète de la question par les juridictions françaises. « C'est avant tout une question d'appréciation du juge qui forme sa conviction d'après l'ensemble des circonstances de la cause »⁵⁹⁴. Pour suivre ce mode d'analyse d'une situation et juger du caractère réel du siège social transféré, la jurisprudence utilise les critères qu'elle avait écarté à titre principal pour déterminer la *lex societatis* et la nationalité française d'une société au profit du siège social. Il en découle que les tribunaux français vont avoir une approche de l'opération de transfert qui prend en compte, outre les caractères intrinsèques du nouveau siège social, « tous les autres éléments de rattachement qui avaient été écartés comme critère principal de détermination de la compétence législative, mais qui réapparaissent à titre subsidiaire comme instruments de vérification de la réalité du siège social »⁵⁹⁵. Ils vont avoir recours aux critères principaux et secondaires. Cependant, il convient de souligner que le siège social peut être distinct des lieux où sont exercées les activités matérielles et techniques de la société⁵⁹⁶. Cette distinction est importante car elle permet d'envisager pour une société la délocalisation de ses activités sans pour autant que son siège social en devienne fictif et donc frauduleux. Ainsi, à titre d'exemple, la jurisprudence a pu considérer comme déterminants de la réalité du siège social d'une société les éléments qui s'inscrivaient dans la ligne du critère de rattachement du centre d'exploitation. Par ce mode d'utilisation de ce critère, son défaut principal qui est la difficulté que peut poser la localisation exacte du centre d'exploitation d'une société qui exerce son activité sur le plan international ne se retrouve pas. En effet, le critère principal de rattachement de la société demeure son siège social et le critère secondaire du centre d'exploitation ne vient que renforcer et faciliter la recherche du critère principal qui lui présente le caractère de la fixité.

⁵⁹⁴ Yvon Loussouarn, « La condition des personnes morales en droit international des sociétés », *Rec. Acad. La Haye*, 1959, I, page 478

⁵⁹⁵ *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1946-1948, page 157

⁵⁹⁶ Com, 16 déc 1958, *Bull. civ.*, III, n° 438

383. Dans un arrêt *S.A. Genty Cathiard c. SARL de Rugle et Cie*⁵⁹⁷ qui s'inscrit dans la lignée de la définition donnée par la Cour de cassation du siège social⁵⁹⁸, la Cour d'appel de Paris a eu l'occasion de préciser un certain nombre d'éléments de faits pouvant être considérés comme significatifs de la réalité du siège social d'une entreprise, en dehors de toute considération statutaire. Cette décision met en lumière l'utilisation du critère du centre d'exploitation par les tribunaux français précédemment exposée. Ainsi, « ...les éléments qui permettent d'établir le siège réel d'une société et de vérifier si son siège statutaire n'est pas fictif, sont en général, outre le lieu de réunion de ses assemblées d'actionnaires et du conseil d'administration, la situation de ses principaux services administratifs et plus spécialement le lieu où est tenue et centralisée sa comptabilité eu égard à l'importance des bureaux et de leur installation, le lieu où la société entre habituellement en rapport avec les tiers d'après sa publicité et les indications fournies par son papier commercial, le lieu où elle a ses comptes bancaires et son compte de chèques postaux, et celui où elle réalise ses opérations financières, enfin, le lieu où elle fait ses déclarations fiscales et paie ses impôts ».

384. Suite au contrôle exercée par les tribunaux français, il ressort de l'étude de la jurisprudence et de la démarche pragmatique des tribunaux pour déterminer si l'opération de transfert de siège est frauduleuse donc si le siège social est fictif que trois types d'arrêts se distinguent : ceux où la fraude est reconnue de manière implicite et où seul apparaît le

⁵⁹⁷ Paris, 30 janv 1970, *SA Genty Cathiard c. SARL de Rugle et Cie*, *Bull Joly Sociétés* 1971, 661

⁵⁹⁸ Req. 17/07/1935, *RCDIP* 1936, 767, note EP :

Le siège social d'une société « est, en principe, celui où l'entreprise a, principalement, sa direction juridique, financière, administrative et technique et non celui où elle a seulement une exploitation et une direction de caractère secondaire »

Paris, 30 janv 1970, *SA Genty Cathiard c. SARL de Rugle et Cie*, *Bull Joly Sociétés* 1971, 661

« Considérant que le siège d'une société se définit comme le centre de sa vie juridique, comme le lieu où fonctionnent les principaux organes de sa direction, financière, administrative et technique »

caractère fictif du siège social⁵⁹⁹, ceux où inversement seule la fraude apparaît clairement sous-entendant un siège social fictif⁶⁰⁰ et enfin ceux où la fraude comme la fictivité sont clairement mentionnées⁶⁰¹. Il apparaît également que « les juges du fond apprécient souverainement le caractère réel ou fictif du siège social d'une société »⁶⁰² au regard des faits et circonstances entourant le transfert international.

385. L'étude de la jurisprudence montre également qu'il existe plusieurs modes de sanction de la fraude à la loi⁶⁰³. Tout d'abord les tribunaux peuvent appliquer l'exception de fraude à la loi et le critère du siège social réel et sérieux pour appliquer la loi évincée qui est la *lex societatis* de la société migrante pour écarter la législation de son Etat d'accueil⁶⁰⁴. Toutefois, l'exception de fraude à la loi possède un champ d'application limitée de facto car elle ne peut être appliquée qu'une fois la fraude à la loi démontrée. La seconde méthode de sanction est la requalification par les tribunaux du transfert international frauduleux. Il s'agit d'une application unilatérale de la règle de conflit de lois et du critère du siège social réel et sérieux. Le juge requalifie alors *lege fori* les faits juridiques et force l'application de la réalité sur l'apparence frauduleuse qu'ont créée les associés de l'entreprise migrante. Leur volonté est ignorée dans son expression et ses conséquences⁶⁰⁵. Enfin la dernière méthode utilisée par les tribunaux est l'application pure et simple de la loi évincée en écartant le jeu même du

⁵⁹⁹ Com, 29 nov 1950, *GP* 1950, 1, 86 ; Com, 14 mai 1952, *D* 1952, 507 ; Civ, 15 juil 1954, *D* 1954, 627 ; Civ, 19 mars 1956, *D* 1956, 351

⁶⁰⁰ Paris, 27 mars 1907, *S* 1907, 768

⁶⁰¹ Req, 22 déc 1896, *D* 1897, 1, 159 ; Req, 11 fév 1933, *D* 1934, 1, 69 ; Req, 17 juil 1935, *S* 1936, 1, 21, note E.P.

⁶⁰² Com, 12 déc 1972, n° 71-11.682, *Bull. civ.* IV, n°331, page 307

⁶⁰³ B. Audit, *La fraude à la loi*, thèse, Paris, 1971, page 137

⁶⁰⁴ Trib civ Lille, 21 mai 1908, *D* 1910, 2, 41, note Perceron et *S* 1908, 2, 177, note Demogue

⁶⁰⁵ Req, 22 déc 1897, *S* 1897, 1, 84 ; Angers, 23 juin 1906, *Gazette du Palais* 1913, 2, 113 ; Trib de la Seine, 27 août 1891, *Clunet* 1891, 1241 ; Trib de la Seine, 1^{er} mars 1909, *Clunet* 1909, 577 ; Trib civ Seine, 20 janv 1923, *Clunet* 1926, 121

règlement des conflits de lois⁶⁰⁶. Dans ce cas, la démarche du juge est équivalente à la réaction à l'encontre d'un abus de pouvoir des autorités publiques de l'Etat qui ont accepté d'accorder avec complaisance les droits que les associés cherchaient à acquérir en fraude de la loi d'origine de la société migrante. Les tribunaux français ont essentiellement recours à cette méthode quand la fraude à la loi conduit à l'éviction de normes impératives ou d'ordre public international. L'étude de ces méthodes de sanction conduit à poser la question de l'étendue de la sanction.

386. Dans la plupart des cas, si la loi française est celle que les juges du fond auront reconnue comme compétente suite à la détermination de la localisation du siège social réel de la société sur le territoire national, la sanction du transfert frauduleux est l'inopposabilité de l'opération et de ses effets, en raison de l'article L 235-1⁶⁰⁷ du Code de commerce selon lequel aucune nullité de société ne peut intervenir sans qu'une disposition expresse ne la prévoit. Ceci a été confirmé par un arrêt Demuth⁶⁰⁸ rendu par la Cour de cassation en date du 28 janvier 1992 qui offre une illustration de l'application de cet article en matière de fraude en droit des sociétés. Il en découle qu'en droit français la nullité d'une société est une chose difficile à obtenir. Plus précisément, l'opération de transfert sera rendue inopposable aux tiers à l'origine de l'action en fraude à la loi s'ils décident de se prévaloir du siège réel et sérieux de l'entreprise. En effet, les tiers disposent de cette option offerte par les articles 1837 du

⁶⁰⁶ Crim, 8 août 1873, *Clunet* 1875, 1,84 ; Trib Corr de la Seine, 2 juil 1912, *D* 1913, 2 ; Paris, 11 avril 1913, *Gazette du Palais* 1913, 2, 185 ; Civ, 18 mars 1878, *Princesse de Beauffremont*, S.1878.1.193, note Labbé

⁶⁰⁷ Article L235-1 du Code de commerce :

« La nullité d'une société ou d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse du présent livre ou des lois qui régissent la nullité des contrats. En ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs. La nullité de la société ne peut non plus résulter des clauses prohibées par l'article 1844-1 du code civil.

La nullité d'actes ou délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre ou des lois qui régissent les contrats. »

⁶⁰⁸ Com, 28 janv 1992, *Demuth*, *Bull civ* 1992, IV, n°36, page 29

Code civil⁶⁰⁹ et L 210-3 du Code de commerce⁶¹⁰. Il est possible, pour les tiers à la société, de se prévaloir du siège statutaire ou du siège réel de la société tel que les juges du fond dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation l'auront déterminé suite à une fraude à la loi.

387. Toutefois, une exception au principe d'inopposabilité semble pouvoir être soulevée. Les juges du fond seront d'autant plus vigilants à contrôler le caractère frauduleux ou non d'un transfert de siège social afin de protéger les normes juridiques françaises qui relèvent de l'ordre international public. En l'occurrence, il semble que la sanction ne sera pas l'inopposabilité de l'opération et de ses effets mais bien la nullité de la société qui sera déclarée française et nulle pour irrespect de l'ordre public français notamment au regard de l'inobservation des règles légales ayant une finalité protectrice en matière de constitution et de fonctionnement des sociétés. Ceci découle d'un arrêt de la Cour de cassation selon lequel « si la nationalité d'une société dépend de son siège social [...], c'est à la condition que ce siège social, effectif et sérieux, n'ait pas été transporté à l'étranger d'une manière purement fictive, dans le dessein d'échapper aux règles d'ordre public édictées par la loi française pour la création et le fonctionnement des sociétés. Ainsi, [la société] est à bon droit considérée française, et déclarée nulle »⁶¹¹. Une fois expliqué ce que peut être un transfert international de siège social frauduleux et les conditions qui permettent de le déterminer, il serait intéressant d'examiner les conséquences d'une telle opération au regard de la jurisprudence

⁶⁰⁹ Article 1837 du Code civil

« Toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française. Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu. »

⁶¹⁰ Article L210-3 du Code de commerce

« Les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française.

Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si son siège réel est situé en un autre lieu. »

⁶¹¹ Req, 22 déc 1896, S 1897, I, 84

française, notamment dans deux domaines juridiques qui présentent la particularité d'être des terrains d'élection de la fraude à la loi : il s'agit de la matière fiscal et de la faillite des entreprises.

2. Application

a. Application particulière en matière fiscale

388. Ainsi, l'administration fiscale utilise l'option offerte par les articles 1837 du Code civil et L 210-3 du Code de commerce pour initier les procédures de redressement fiscal à l'encontre d'une société. Il est aisé de concevoir que la matière fiscale est l'une des plus propices à déclencher la volonté de fraude des associés d'une entreprise. En effet, le transfert international de siège social peut être sous-tendu par un but frauduleux à savoir le désir de contourner ou d'évincer la législation fiscale. Il est à noter que dans le cadre d'un transfert international de siège social au sein de l'Union européenne cette hypothèse ne pourrait se produire car la législation fiscale française exige le maintien d'un établissement stable en France.

389. Ainsi, dans la cadre d'un transfert international de siège social, si la société migrante argue de son nouveau siège social pour éviter une double imposition, l'Administration fiscale peut tout à fait, si le nouveau siège social est reconnu comme fictif, invoquer l'option qui est accordée aux personnes tiers à la société. En tant que créancier de l'entreprise migrante, l'Administration fiscale peut invoquer soit le siège statutaire qui est fictif, soit le siège réel de

la société pour exercer un redressement fiscal. Ceci ressort d'un arrêt rendu par la Cour administrative d'appel de Paris en date du 2 juillet 1991⁶¹². Selon cette décision, « lorsque le siège social fixé dans les statuts ne correspond pas à celui où la société a son centre d'activités juridiques, il est fictif ; les tiers, et notamment l'administration fiscale, ont dès lors le choix dans leurs relations juridiques avec la société entre la prise en compte du siège statutaire et celle du siège réel ». En l'espèce, la procédure de redressement fiscal était dirigée contre une société qui prétendait que son siège social se situait à New York et non à Paris. La Cour pour déterminer où se situait le siège réel de l'entreprise s'est attachée aux circonstances de la cause. Il est intéressant de remarquer que les éléments de faits retenus par la Cour administrative d'appel pour établir le caractère fictif du siège statutaire de la société qui était localisé à New York, sont de nature à s'inscrire dans la définition du siège social réel et sérieux donnée par la Cour de cassation. Selon cette définition, le siège social d'une société est le lieu « où l'entreprise a, principalement, sa direction juridique, financière, administrative et technique... »⁶¹³. Et, en effet, la Cour administrative du second degré devait retenir des éléments tels que la localisation à Paris du principal établissement de la société, de ses organes administratifs et de direction ainsi que la réunion des instances sociales de l'entreprise à Paris sans compter avec les contrats conclus en France. Il apparaît alors clairement que la juridiction administrative d'appel a usé, comme les tribunaux civils et commerciaux, de son pouvoir souverain d'appréciation pour déterminer la réalité du siège social d'une entreprise. Il faut noter que cette démarche du faisceau d'indices pour localiser le siège social d'une entreprise n'est pas nouvelle dans matière fiscale. La Cour de cassation devait, déjà dans un arrêt du 17 juillet 1935⁶¹⁴, se rattacher aux circonstances entourant un

⁶¹² CAA Paris, 02 juil 1991, *SA Romantic Music Corporation*, Bull Joly 1991, n°341, page 956

⁶¹³ CAA Paris, 02 juil 1991, *SA Romantic Music Corporation*, Bull Joly 1991, n°341, page 956

⁶¹⁴ Req., 17 juil 1935, *Comp. des caoutchoucs de Padang et Admin de l'enregistrement*, RCDIP 1936, 767

transfert de siège social frauduleux de Paris à Saigon par une société cherchant à évincer la législation fiscale de la métropole, pour relever les éléments de faits permettant d'établir le caractère fictif du nouveau siège social.

390. Il découle de ces constatations, concernant l'objet de cette étude, que l'Administration fiscale n'est pas tenue par les déclarations statutaires concernant la localisation du nouveau siège social de l'entreprise qui aura décidé de procéder au transfert de ce dernier. Il lui est possible d'ignorer le nouveau siège statutaire de l'entreprise dans le cadre d'un transfert international frauduleux pour ne tenir compte que des circonstances relatives à la vie de la société. Ceci est confirmé par la définition du siège social donnée par l'Administration fiscale en considération du principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés : « C'est en principe, le siège social indiqué dans les statuts. Toutefois, si le siège social apparaît fictif, il y a lieu de retenir le siège réel qui s'entend du lieu où sont, en fait, principalement concentrés les organes de direction, d'administration, et de contrôle de la société. Le siège réel correspond au siège de direction effective visé dans la plupart des convention internationales conclues par la France »⁶¹⁵. Par cette définition, l'Administration fiscale reconnaît que le siège statutaire d'une société peut être différent de son siège réel⁶¹⁶. Cette définition du siège social fait écho à la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de fiscalité internationale selon laquelle « la nationalité, laquelle, pour une société, résulte, en principe, de la localisation de son siège réel, défini comme le siège de la direction effective et présumé par le siège statutaire »⁶¹⁷. En conclusion, un transfert international qui s'avérerait frauduleux pourrait parfaitement être

⁶¹⁵ D. adm. 4 H 1413 n° 1 du 1^{er} mars 1995

⁶¹⁶ *Paradis fiscaux-Opérations internationales*, Editions Francis Lefebvre, 2^e ed., n° 3159

⁶¹⁷ Ass. Plé., 21 déc 1990, *Directeur général des impôts c. Soc Roval*, RCDIP 1992, 70, note Duranton.

rendu inopposable à l'Administration fiscale et la société deviendrait alors imposable au regard de la législation fiscale française.

b. Application particulière en matière de faillite internationale

391. Un autre domaine juridique se prête par nature à être un terrain fertile pour un transfert international de siège social présentant un caractère frauduleux : il s'agit d'un transfert anticipant la mise en faillite de la société migrante et visant à la faire échapper à la procédure qui pourrait être ouverte à son encontre. Mais avant d'aborder ce thème, il convient de préciser les hypothèses de transfert qui vont être prises en compte dans les développements qui vont suivre. La raison en est simple. Depuis le 31 mai 2002, est applicable en France, un règlement européen⁶¹⁸ relatif aux procédures d'insolvabilité qui reprend en grande partie la Convention de Bruxelles du 23 novembre 1995 en la matière. L'entrée en vigueur de ce règlement conduit à distinguer les faillites qui se déroulent sur le territoire de l'Union européenne et celle qui concerne d'autres Etats, non membres de l'Union. De cette constatation, il découle que selon la localisation géographique de la faillite considérée, les règles de droit applicables en France ne sont pas les mêmes.

392. Ainsi, si la faillite internationale prend place dans le cadre de l'Union européenne, c'est le règlement qui aura vocation à s'appliquer. Par contre, dans l'hypothèse contraire, c'est le droit commun français de la faillite internationale qui est essentiellement d'origine jurisprudentielle, qui aura vocation à s'appliquer aux questions posées. En conséquence, dans les développements qui vont suivre, seule sera prise en compte la fraude à la loi dans le cadre

⁶¹⁸ Règlement européen n° 1346/2000 du 29 mai 2000

d'une faillite internationale se déroulant hors Union européenne. Ainsi, si seule, est considérée ici, l'hypothèse du transfert international de siège social vers un Etat ou d'un Etat non membre de l'Union européenne, il s'agit de se référer à la jurisprudence française pour comprendre les principes juridiques qui régiront la faillite de la société considérée.

393. Deux théories s'opposent selon la doctrine et la pratique⁶¹⁹. Chaque conception entraîne des conséquences contraires. Le premier courant de la doctrine a une vision centralisatrice de la procédure de faillite. Selon cette théorie dite de l'universalité de la faillite, le tribunal qui est compétent pour connaître de la procédure ouverte en l'encontre de la société est celui où se trouve son centre d'affaires. Cette juridiction a la compétence pour centraliser toute la procédure, peu importe où se trouvent les biens de la personne morale. Ceci implique la soumission de la procédure d'insolvabilité à une loi unique. Tous les biens de la société qui est l'objet de la faillite entrent alors de facto dans le champ de la loi de la faillite au profit des créanciers de la société. La seconde théorie au contraire décentralise complètement la procédure. Elle reconnaît comme compétents, tous les tribunaux des pays où la société qui fait l'objet de la procédure d'insolvabilité comme compétents pour connaître de la faillite de l'entreprise mais non de manière universelle mais seulement pour les biens de la société qui se trouvent dans leur ressort géographique. Dès lors, la faillite est soumise à autant de lois qu'il y a de lieux de localisation des biens de la société, objet de la procédure d'insolvabilité. Les biens de l'entreprise sont mis à disposition des créanciers de cette dernière selon les modalités prévues par la loi applicable en fonction de la situation géographique des biens considérés. C'est pourquoi ce deuxième courant doctrinal est appelé territorialité de la

⁶¹⁹ Pierre Mayer & Vincent Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 7^e éd, page 444

faillite. La procédure d'insolvabilité n'a pas, selon cette conception, de portée au-delà des frontières de l'Etat où se trouvent les biens de la société.

394. De manière classique, le droit international privé français combine les deux approches pour s'orienter vers un « territorialisme empreint d'un pragmatisme ordonné à la sauvegarde des droits créanciers locaux »⁶²⁰. Les juridictions nationales se reconnaissent compétentes quand la société a son siège social en France, la faillite a alors une portée universelle. A l'inverse, lorsque la société ne possède sur le territoire national qu'un établissement secondaire, la faillite devient territoriale. Cette possibilité ouverte aux tribunaux français demeure tant qu'un jugement de faillite étranger n'a pas reçu l'exequatur en France⁶²¹. Il apparaît qu'en droit français, la juridiction compétente pour connaître de la faillite d'une société est celle dans le ressort duquel se trouve « le centre d'intérêts » qui sera l'objet de la procédure de faillite : « Une société commerciale doit être déclarée en faillite, là où elle possède son principal établissement, et non dans le lieu où ses statuts n'ont indiqué qu'un siège purement nominal »⁶²². Ainsi selon ce que stipulent les statuts de l'entreprise, si le siège statuaire n'est pas fictif et correspond au principal établissement de la société, la faillite devra être universelle. Si ce n'est pas le cas alors la faillite sera territoriale.

395. Actuellement, cette conception de la compétence des tribunaux français dans le cadre d'une faillite d'une société dont les activités s'exercent dans plusieurs Etats dont la France, est consécutive à l'internationalisation de l'article 1er du décret du 27 décembre 1985⁶²³ qui

⁶²⁰ Com, 11 avril 1995, *BCCI Overseas c. Forde et autres*, RCDIP 1995, octobre-décembre, note B. Oppetit

⁶²¹ Com, 19 janv 1988, *Maus, syndic de la liquidation des biens de la société BCT Computer c. Hérissey, syndic de la liquidation des biens de la société BCT Computer*, D 1988, 565, note J.-P. Rémerly

⁶²² Nancy, 8 mai 1875, *Tonglet c. Syndic Hauts Fourneaux de Stenay*

⁶²³ Article 1 du décret n°85-1388 du 27 décembre 1985

fixe en droit interne la compétence des juridictions nationales. Cette portée internationale donnée à cet article de pur droit interne est due à la jurisprudence : « Aux termes de l'article 1er du décret du 27 décembre 1985, dans sa rédaction applicable à la cause, le tribunal territorialement compétent pour connaître du régime général du redressement judiciaire ou de la procédure simplifiée applicables à certaines entreprises est celui dans le ressort duquel le débiteur a le siège de son entreprise ou, à défaut de siège social en territoire français, son principal établissement ; [...] le principal établissement du débiteur, au sens de ce texte, désigne le principal de ses établissements secondaires situés en France »⁶²⁴.

396. Quant à l'alinéa 2 de l'article 1er du Décret 85-1388 du 27 décembre 1985⁶²⁵, il précise le maintien de la compétence du tribunal de l'ancien siège lorsque le début de la procédure de faillite intervient dans les six mois du transfert du siège social de la société. Ce délai de six mois commence à courir de la radiation ou de l'immatriculation selon les circonstances de l'entreprise au Registre du Commerce et des Sociétés. Il en découle que dans le cadre d'un transfert international de siège social qui pourrait être frauduleux, les juridictions françaises disposent de six mois à partir de la radiation ou de l'immatriculation aux registres des sociétés de l'entreprise considérée pour maintenir les compétences du juge du siège d'origine de la société migrante et de la loi qu'il applique, dont l'éviction était recherchée par le déplacement du siège social. Par conséquent, cette lecture qui

« Le tribunal territorialement compétent pour connaître de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire est celui dans le ressort duquel le débiteur a le siège de son entreprise ou, à défaut de siège en territoire français, le centre principal de ses intérêts en France.

Toutefois, en cas de changement de siège de la personne morale dans les six mois ayant précédé la saisine du tribunal, le tribunal dans le ressort duquel se trouvait le siège initial demeure seul compétent. Ce délai court à compter de l'inscription modificative au registre du commerce et des sociétés. »

⁶²⁴ arrêt précité note 191

⁶²⁵ Alinéa 2 de l'article 1 du Décret 85-1388 du 27 décembre 1985

« Toutefois, en cas de changement de siège de la personne morale dans les six mois ayant précédé la saisine du tribunal, le tribunal dans le ressort duquel se trouvait le siège initial demeure seul compétent. Ce délai court à compter de l'inscription modificative au registre du commerce et des sociétés. »

internationalise la portée de cet article permet d'éviter le transfert frauduleux de siège social d'une entreprise, juste avant le dépôt de bilan de celle-ci afin de déclencher la compétence d'une juridiction différente de celle dont elle dépendait initialement pour l'ouverture de la procédure de faillite.

397. L'internationalisation de l'article 1er du décret du 27 décembre 1985 a également pour autre conséquence de fixer le critère de compétence des juridictions françaises en matière de procédure internationale d'insolvabilité. Il appartient aux tribunaux nationaux de déterminer quel est le siège social de l'entreprise pour savoir quelle est la portée de leur compétence sur le plan international. Toutefois, ce principe est écarté lorsque le siège de la société présente un caractère fictif. Ceci découle d'un arrêt de la Cour de cassation rendu en date du 21 juillet 1987 selon lequel le tribunal compétent pour connaître de la faillite d'une société « est, en principe, celui de son siège social fixé par les statuts, à moins qu'il ne soit établi que ce siège social n'est qu'une fiction et que les opérations de la société se font toutes ou généralement dans un autre endroit ; Cette règle de compétence est d'ordre public et peut être invoqué par tout intéressé »⁶²⁶. Il découle de cet attendu de principe, que dans le cadre d'un transfert international de siège social frauduleux ayant pour finalité de faire échapper la société migrante à une procédure d'insolvabilité dont elle pourrait faire l'objet, toute personne peut rendre les effets de l'opération inopposables en invoquant la règle de compétence posée par cet arrêt de la Cour de cassation. Par conséquent, même si l'option ouverte par les articles 1837 du Code civil et L 210-3 du Code de commerce n'est pas ouverte en matière de faillite internationale, la possibilité pour les tiers à la société, et notamment ses créanciers, de se voir opposer un siège social fictif donc frauduleux suite à un transfert international peut être

⁶²⁶ Civ 1, 21 juill 1987, *SA Etablissement Bernard c. Zenner*, D 1987, IR, 189

écartée en exerçant la faculté qui leur est offerte d'évoquer cette règle de compétence des tribunaux français posée par la Cour de cassation. Il faut revenir et souligner le caractère d'ordre public de cette règle, ce qui obligera le juge français à s'y plier et donc à rechercher le siège social réel de la société considérée. En matière de transfert international de siège social, si cette règle de compétence ne permet pas d'anticiper la fraude à la loi, elle permet d'en maîtriser les conséquences et les éventuels effets. A défaut de prévenir, il est possible de guérir.

398. La question qui se pose alors est de savoir si les juges disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation en la matière malgré la notion d'ordre public qui vient rendre la règle de compétence obligatoire ? La réponse à cette question est positive et de jurisprudence constante : il appartient alors aux juges du fond d'exercer leur pouvoir souverain d'appréciation pour déterminer où se trouve le siège réel de la société dans le cadre d'une procédure de faillite lorsqu'il apparaît que le siège statutaire de la société est fictif⁶²⁷. En effet, « si la nationalité d'une société dépend du lieu dans lequel elle a fixé son siège, l'indication ne lie pas les Tribunaux auxquels il appartient de déjouer les fraudes, en déterminant d'après les circonstances de la cause, le lieu où se trouve la véritable siège de la Société »⁶²⁸.

399. Dans le cadre du transfert international de siège social, il en découle que les juges du fond ont le pouvoir de déjouer la fraude à la loi. Un transfert de siège qui aurait pour finalité d'évincer la compétence de la loi selon laquelle la société migrante peut être déclarée en faillite ainsi que celle du tribunal auquel il revient d'ouvrir la procédure, ne peut être

⁶²⁷ Civ 1, 21 juil 1987, *SA Etablissement Bernard c. Zenner*, D 1987, IR, 189

⁶²⁸ Paris, 04 fév 1935, *Consortium financier d'Etudes c. Vacher*, RCDIP 1935, 817

considéré comme valide. Les tribunaux français ont alors compétence pour rechercher le lieu où se trouve le siège social réel de la société migrante. Les effets du transfert international du siège social deviennent inopposables aux juges français qui ne sont pas tenus par les circonstances de la cause qui leur est soumise. Un transfert frauduleux ne produira pas d'effet en matière de faillite.

400. Par conséquent, il est assez aisé de concevoir que les effets d'un transfert international frauduleux seront d'autant neutralisés par les juges français notamment en ce qui concerne les responsabilités des administrateurs de la société mise en faillite. Ainsi, qu'une société prétende avoir transféré son siège en France ou hors de France et que ce siège s'avère être frauduleux, les effets de la faillite selon la loi française seront ressentis par la société migrante. Ceci découle d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en date du 31 octobre 1957⁶²⁹ selon lequel « les dispositions légales relatives à la faillite et aux responsabilités encourues par les administrateurs des sociétés en faillite sont, ne serait-ce qu'en raison de leur caractère d'ordre public, applicables aux étrangers et aux sociétés ayant leur siège à l'étranger dès lors que ces sociétés ont un établissement en France, où elles exercent leur activité ». Il résulte de cet arrêt qu'un transfert international de siège social ne saurait écarter l'application des dispositions légales relatives à la faillite d'une société dans la mesure où cette loi a vocation à s'appliquer à partir du moment où la société exerce son activité en France que ce soit par le truchement de son siège social ou d'un simple établissement. Cette extension internationale de la procédure de faillite est rendue possible par le caractère d'ordre public des dispositions françaises relatives à la compétence des tribunaux français en matière de à la faillite. Elles ne pourraient être évincées dans le cadre d'une opération de transfert

⁶²⁹ Paris, 31 oct 1957, *Magnard et autres c. Garnier*, *RCDIP* 1958, 345, note Y.L.

international frauduleux. En conclusion, au regard des développements précédents, il apparaît qu'en matière de faillite internationale, les tribunaux français en appliquent la seconde méthode de sanction de la fraude à la loi en raison du caractère d'ordre public des règles relatives à la faillite. Cette méthode conduit à l'application unilatérale de la règle de conflit du for dont la loi a été évincée par le juge national sans que ne soit pris en compte la volonté frauduleuse des associés de la société migrante quant à la localisation qu'ils recherchaient pour le siège social de leur entreprise. Le juge a le pouvoir de rechercher souverainement le siège réel et sérieux de la société migrante et en faillite sans tenir compte de l'opération de transfert. Une fois abordée la question de la fraude à la loi dans le cadre d'un transfert de siège social soumis au droit international, il s'agit de s'intéresser à cette opération mais dans le cadre du droit communautaire.

SECTION 2 : Transfert international de siège social et fraude à la loi en droit communautaire

401. Comme en droit international, la notion de fraude en droit communautaire se distingue du law shopping. La CJCE dans sa jurisprudence le considère en effet comme une conséquence de l'exercice de la liberté d'établissement dont bénéficient les sociétés relevant du droit européen. Toutefois, la Cour de Luxembourg est plus libérale dans son approche et reconnaît difficilement l'existence d'une fraude à la loi. Les faits de l'arrêt Centros illustrent ces propos. Dans cet arrêt, un couple de ressortissants danois cherchait à pouvoir exercer par le biais d'une société constituée au Royaume Uni leur activité principale au Danemark afin de contourner les dispositions danoises relatives au capital minimum. L'éviction de la loi danoise était d'autant plus patente que la société Centros ne prétendait pas devant la CJCE exercer une

activité économique quelconque au Royaume Uni⁶³⁰. Ces faits correspondent à la définition de la fraude à la loi en droit international privé classique. Pourquoi ce rappel ? Il s'agit de mettre en évidence l'impact de la jurisprudence communautaire sur la notion de fraude telle qu'elle est conçue sur le plan national.

402. Cependant la CJCE ne l'a pas entendu ainsi. Même si les faits de cet arrêt démontrent clairement la volonté des consorts danois de contourner la loi du Danemark afin d'en éviter les aspects contraignants qu'ils pouvaient y rencontrer. Toutefois, la Cour européenne ne condamne pas cette attitude, bien au contraire. En effet, il ressort de cet arrêt que le droit communautaire autorise les fondateurs d'une société à faire jouer les législations nationales entre elles pour choisir son lieu d'implantation et élire celle qui serait selon eux la plus accommodante. Pour la Cour européenne, « le fait pour un ressortissant d'un Etat membre qui souhaite créer une société, de choisir de la constituer dans l'Etat membre dont les règles de droit des sociétés lui paraissent les moins contraignantes [...] ne saurait constituer en soi un usage abusif du droit d'établissement... »⁶³¹. En autorisant le justiciable européen à choisir la législation nationale de l'Etat membre qui lui semble la plus avantageuse pour y constituer sa société⁶³², la CJCE consacre définitivement le law shopping en droit communautaire⁶³³. L'expression « effet Delaware » a même pu être employée par le doctrine pour qualifier le principe ainsi posé, en rapport avec l'attitude de cet Etat américain dont la législation ultra

⁶³⁰ Point 11 de l'arrêt Centros :

« Selon Centros, le fait de n'avoir exercé aucune activité depuis sa création au Royaume-Uni est sans incidence sur son droit de libre établissement... »

⁶³¹ Point 27 de l'arrêt Centros

⁶³² CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, JCP éd E du 29 juillet 1999, page 1285, chronique Y Reinhard

⁶³³ JM Jonet, « Sociétés commerciales - La théorie du siège réel à l'épreuve de la réalité d'établissement - Autour de l'arrêt Überseering », *Journal des tribunaux-Droit européen* fév 2003, 33

permissive en matière de sociétés n'a qu'un seul but, attirer les entreprises pour les encourager à installer leurs sièges sociaux statutaires sur son territoire⁶³⁴.

403. L'arrêt *Inspire Art* rendu par la CJCE en date du 30 septembre 2003⁶³⁵ devait confirmer l'arrêt *Centros* en matière de law shopping. En l'espèce, il s'agissait d'une société à responsabilité limitée de droit anglais, *Inspire Art Ltd*, dont le siège social statutaire était établi au Royaume-Uni. Par le biais d'une succursale établie et immatriculée à Amsterdam, la société exerçait toute son activité aux Pays-Bas. Or une loi hollandaise de 1997 relative « aux sociétés étrangères de pure forme » impose diverses obligations à toute société immatriculée dans un pays étranger et ayant son siège effectif et son activité localisés aux Pays-Bas. Parmi ces obligations, la société doit notamment faire figurer la mention « société étrangère de pure forme » dans le registre du commerce. Elle doit également en faire état dans la vie des affaires, ainsi que justifier d'un capital minimum sous peine de responsabilité solidaire des administrateurs avec la société. La Chambre de commerce d'Amsterdam – la *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam* – voulait appliquer cette loi dite des « pseudo-foreign companies » à la société *Inspire Art Ltd* dans la mesure où elle n'exerçait aucune activité au Royaume-Uni. La société contestait que son immatriculation fût incomplète. Ce litige posait la question de la conformité de la loi néerlandaise à la liberté d'établissement.

404. Pour répondre à la question préjudicielle qui lui était posée, la Cour devait consacrer en se référant à sa jurisprudence antérieure⁶³⁶ le principe du law shopping donc la liberté de

⁶³⁴ CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, *Revue des Sociétés* 1999, 386, note Parléani ; JM Jonet, « Sociétés commerciales - La théorie du siège réel à l'épreuve de la réalité d'établissement - Autour de l'arrêt *Überseering* », *Journal des tribunaux-Droit européen* fév 2003, 33

⁶³⁵ CJCE, 30 sept 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd*, Aff C-167/01, *Rec* 2003 page I-10155

⁶³⁶ Point 95 de l'arrêt *Inspire Art* :

choix de la loi applicable une société. Ce faisant, la CJCE a ouvert la porte à l'opportunisme en matière de stratégie d'implantation des entreprises⁶³⁷. L'effet engendré est le renforcement de la concurrence législative entre les Etats membres pour attirer les acteurs économiques générateurs de richesses et d'emplois que sont les sociétés. Ce phénomène avait déjà été constaté par l'Avocat général Darmon dans ses conclusions portant sur l'arrêt Segers⁶³⁸ : « le fait pour un ressortissant d'un Etat membre de tirer parti de la souplesse du droit britannique des sociétés s'inscrit dans la logique de l'ordre juridique communautaire. En l'absence d'harmonisation, c'est la concurrence entre systèmes normatifs (competition among rules) qui doit pouvoir s'exercer librement, même en matière de sociétés commerciales. »⁶³⁹. Les Etats peuvent ainsi profiter de l'absence d'harmonisation pour attirer les fondateurs de sociétés⁶⁴⁰.

405. La CJCE considère que le droit de choisir le rattachement juridique d'une société découle des textes mêmes des articles 43 et 48 du Traité. Cette faculté de law shopping, qui repose sur la volonté des associés de choisir l'Etat de constitution de la société qu'ils veulent créer pour l'y incorporer ou y fixer la siège social statutaire ou réel, ne repose pas sur les dispositions nationales des Etats membres. En effet, « les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement visent précisément à permettre aux sociétés constituées en conformité

« qu'il était sans importance, au regard de l'application des règles relatives à la liberté d'établissement, qu'une société n'ait été constituée dans un Etat membre qu'en vue de s'établir dans un second Etat membre, où serait exercé l'essentiel, voire l'ensemble, de ses activités économiques [...] En effet, les raisons pour lesquelles une société choisit de se constituer dans un Etat membre sont, hors les cas de fraude, sans conséquence au regard de l'application des règles relatives à la liberté d'établissement [...] »

⁶³⁷ Point 39 de l'arrêt Centros :

« les articles 52 [actuellement 43] et 58 [actuellement 48] du traité s'opposent à ce qu'un Etat membre refuse l'immatriculation d'une succursale d'une société constituée en conformité avec la législation d'un autre Etat membre dans lequel elle a son siège sans y exercer d'activités commerciales lorsque la succursale est destinée à permettre à la société en cause d'exercer l'ensemble de son activité dans l'Etat où cette succursale sera constituée, en évitant d'y constituer une société et en éludant ainsi l'application des règles de constitution des sociétés qui y sont plus contraignantes en matière de libération d'un capital social minimum »

⁶³⁸ CJCE, 10 juil 1986, *D. H. M. Segers contre Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, aff. 79/85, Rec page 2375

⁶³⁹ Conclusions de l'Avocat général Darmon, Rec 1986, page I-2375

⁶⁴⁰ CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, *Revue des Sociétés* 1999, 386, note Parléani

avec la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté, d'exercer...des activités dans d'autres Etats membres »⁶⁴¹.

406. La CJCE a réaffirmé cette prise de position dans l'arrêt *Cartesio*⁶⁴² en permettant à une société d'exercer sa liberté d'établissement donc d'utiliser le law shopping non plus au moment de sa constitution mais au cours de sa vie c'est-à-dire dans le cadre d'un transfert de siège social intracommunautaire entraînant un changement de la *lex societatis* de la société migrante. Que faut-il penser de cette prise de position de la Cour ? Pour beaucoup, il conviendrait de la critiquer vivement. Il serait possible de parler de laxisme ou de « race to the bottom » pour employer l'expression anglo-saxonne consacrée⁶⁴³. Cependant, il n'est pas possible de s'empêcher de considérer cette faculté de law shopping reconnue par la Cour de Luxembourg, en l'absence d'harmonisation des droits des sociétés des Etats membres, comme un facteur d'intégration de ces législations. En effet, en ne prenant pas en compte les différences entre les dispositions nationales, la CJCE parvient ainsi à éliminer les effets que leurs divergences pourraient entraîner quant à l'exercice de la liberté d'établissement par les sociétés auxquelles le droit communautaire est applicable⁶⁴⁴. L'acceptation du law shopping comme conséquence de l'exercice de la liberté d'établissement amène à poser la question de la fraude à la loi par un usage abusif de cette liberté notamment dans le cadre d'un transfert de

⁶⁴¹ Point 25 de l'arrêt *Centros*

⁶⁴² Point 112 de l'arrêt *Cartesio*

⁶⁴³ JM Jonet, « Sociétés commerciales - La théorie du siège réel à l'épreuve de la réalité d'établissement - Autour de l'arrêt *Überseering* », *Journal des tribunaux-Droit européen* fév 2003, 33

⁶⁴⁴ JM Jonet, « Sociétés commerciales - La théorie du siège réel à l'épreuve de la réalité d'établissement - Autour de l'arrêt *Überseering* », *Journal des tribunaux-Droit européen* fév 2003, 33

siège social. Dans quelle mesure le libéralisme de la CJCE peut-il conduire à la fraude à la loi ?⁶⁴⁵

407. Toutefois la CJCE reconnaît à un Etat membre la possibilité de refuser l'usage fait par une société entrant dans le champ du droit communautaire de cette liberté dans un désir de protection d'impératifs légitimes. Ainsi la Cour affirme dans le point 38 de son arrêt que cette interprétation de la liberté d'établissement conférée par le Traité « n'exclut pas que les autorités de l'Etat membre concerné puissent prendre toute mesure de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes, soit à l'égard de la société elle-même, le cas échéant en coopération avec l'Etat membre dans lequel elle est constituée, soit à l'égard des associés dont il serait établi qu'ils cherchent en réalité, par le biais de la constitution d'une société, à échapper à leurs obligations vis-à-vis de créanciers privés ou publics établis sur le territoire de l'Etat membre concerné ». Une remarque s'impose. Il semble que ce soit la première fois que la Cour emploie directement le terme de « fraude » au lieu de l'expression « comportements abusifs et frauduleux ». La terminologie utilisée par la CJCE fait fréquemment référence à l'abus de droit ou à la fraude. L'étude de la jurisprudence de la Cour ne permet pas de faire une distinction claire et nette entre ces notions qui apparaissent comme très proches en droit communautaire. En effet, la CJCE semble considérer que la fraude constitue un usage abusif de la liberté d'établissement. C'est pourquoi, dans un souci de clarté et de simplification, dans les développements qui suivront, le terme « fraude » sera employé de manière générique pour désigner à la loi l'abus de droit et la fraude. Plusieurs interrogations se posent à la suite ce qui vient d'être exposé. En effet, le libéralisme de la CJCE en matière de law shopping et d'exercice de la liberté d'établissement a conduit à écarter la qualification de fraude pour des

⁶⁴⁵ CJCE, 16 déc 2008, n° C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, *Gazette du Palais*, 24 mars 2009, n°83, page 12, note Thomas Mastrullo

comportements qui en droit national seraient reconnus comme tels. Par conséquent, comment dans ce libéralisme la CJCE définit-elle la fraude en droit communautaire ? Comment la sanctionne-t-elle ? Ces questions seront abordées dans deux paragraphes :

Paragraphe 1 : Exclusion de l'existence d'un principe général de fraude à la loi en droit communautaire

Paragraphe 2 : Définition et régime de la fraude dans le cadre d'un transfert de siège

§1/ Exclusion de l'existence d'un principe général de fraude

408. Comment définir la notion de fraude en droit communautaire ? En existe-t-il une définition précise ? La réponse à cette question semble moins que sûre. En effet, il ne ressort pas de l'étude de la jurisprudence une définition claire et précise de la fraude communautaire. Au contraire, la CJCE semble avoir une approche au cas par cas de la question. La fraude devient alors une notion protéiforme dont les contours varient au gré des faits des espèces soumis à la Cour européenne et des domaines juridiques dans lesquels elle rend ses décisions. En matière de droit des sociétés, ceci est confirmé par les conclusions de l'Avocat général Tesouro relatives à l'arrêt Kefalas⁶⁴⁶ de la CJCE.

409. Il ressortirait du point 38⁶⁴⁷ de l'arrêt un principe général de fraude. C'est ce que devait relever un auteur⁶⁴⁸. Cette opinion devait être plus ou moins reprise par la doctrine, à la

⁶⁴⁶ CJCE, 12 mai 1998, *Alexandros Kefalas e.a. contre Elliniko Dimosio (Etat hellénique) et Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, aff. C-367/96, Rec 1998, page I-2843

⁶⁴⁷ Point 38 de l'arrêt Centros :

« Enfin, le fait qu'un État membre ne puisse pas refuser l'immatriculation d'une succursale d'une société constituée en conformité avec la législation d'un autre État membre dans lequel elle a son siège n'exclut pas que

suite de l'arrêt Centros. Après avoir utilisé les vocables d'«abus de droit», de «comportements abusifs et frauduleux», la CJCE a utilisé pour la première fois celui de «fraude», voire consacrerait un principe général⁶⁴⁹ de fraude du fait de l'emploi de la locution utilisée «lutte contre la fraude». Dans un premier temps, il maintient la distinction entre l'abus de droit et la fraude et met en miroir les arrêts Centros et Kefalas pour expliquer comment la CJCE peut élever une notion de droit au rang de principe général de droit communautaire. Il interprète l'arrêt Kefalas comme refusant la reconnaissance d'un principe général d'abus de droit par la CJCE. Pour cela, il relève qu'en raison de la primauté du droit communautaire, la CJCE refuse l'application d'une règle d'origine étatique pour contrecarrer un abus de droit, si cette norme restrictive devait impliquer une solution contraire au droit communautaire, notamment en ce qui concerne son application uniforme ou son plein effet. En effet, si l'abus de droit devait se révéler être un principe général européen, ceci impliquerait une mise à l'écart du principe de primauté pour la confrontation de deux normes de même valeur en termes de hiérarchie des normes. Effectivement, selon l'arrêt Kefalas, il n'est pas contraire au droit communautaire qu'un juge national se réfère à des normes étatiques pour «apprécier si un droit découlant d'une disposition communautaire est exercé d'une manière abusive»⁶⁵⁰. Et la CJCE de préciser que cette faculté ouverte au juge national ne peut aller à l'encontre du plein effet ou de l'application uniforme du droit communautaire car «les juridictions nationales ne peuvent pas, dans l'appréciation uniforme de l'exercice

ce premier État puisse prendre toute mesure de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes, soit à l'égard de la société elle-même, le cas échéant en coopération avec l'État membre dans lequel elle est constituée, soit à l'égard des associés dont il serait établi qu'ils cherchent en réalité, par le biais de la constitution d'une société, à échapper à leurs obligations vis-à-vis de créanciers privés ou publics établis sur le territoire de l'État membre concerné. En tout état de cause, la lutte contre la fraude ne saurait justifier une pratique de refus d'immatriculation d'une succursale de société ayant son siège dans un autre État membre ».

⁶⁴⁸ CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Dalloz 1999, n°37, page 550, note Menjucq

⁶⁴⁹ CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, JDI 2000, 482, note Luby

⁶⁵⁰ Point 21 de l'arrêt Kefalas

d'un droit découlant d'une disposition communautaire, modifier la portée de cette disposition ni compromettre les objectifs qu'elle poursuit »⁶⁵¹.

410. Dans un deuxième temps, cet auteur considère que la CJCE fait sienne la notion de fraude et l'élève au rang de principe général en considérant qu'elle la définit par la distinction faite entre la fraude par la personne morale et la fraude faite par les associés eux-mêmes, ainsi que cela ressort de point 38 de l'arrêt Centros précité. L'argument déterminant est le fait que si la Cour ne faisait pas sienne cette notion, elle n'en aurait pas donné les éléments constitutifs. En effet, il ne lui revient pas d'interpréter les droits nationaux des Etats membres, car cela ne relève pas de sa compétence. Il en découle par une sorte de raisonnement a contrario, que si la Cour définit la notion, c'est qu'elle ne relève pas du domaine étatique mais du droit communautaire. En conséquence, elle devient par nature un principe général du droit communautaire car elle n'est pas écrite et a vocation à s'appliquer de manière transversale dans divers domaines juridiques. Cet auteur poursuit en constatant que, certes la CJCE vient d'élever la fraude au rang de principe général, mais elle n'en définit pas pour autant les modalités d'application ou les sanctions.

411. En matière du droit des sociétés, ce point de vue doctrinal semble être confirmé par les conclusions de l'Avocat général Tesauo dans l'arrêt Kefalas qui reconnaît le caractère protéiforme de la notion de fraude. Si la notion de fraude est connue par la majeure partie des Etats membres, la valeur et la portée de ce principe est relative à chaque ordre juridique national. Dans ces conditions, il a estimé que « les conditions ne sont pas réunies pour

⁶⁵¹ Point 22 de l'arrêt Kefalas

parvenir à une définition commune de l'abus de droit s'inspirant des pratiques nationales »⁶⁵². Tout en constatant cet état de fait, l'Avocat général ne considère pas la situation comme figée, bien au contraire. Selon ses conclusions, il reconnaît que l'élaboration d'un principe général en droit communautaire de fraude « ne requiert pas nécessairement que le principe en question soit présent dans tous les droits nationaux et réponde aux mêmes conditions et modalités d'application »⁶⁵³. Par définition, un principe général est une notion autonome de droit communautaire, indépendante des ordres juridiques nationaux de chacun des Etats membres, ceci étant « fonction de la structure et des objectifs du système communautaire »⁶⁵⁴. En conséquence, selon les conclusions de l'Avocat général Tesauro, il est possible, si les conditions sont réunies, que naisse un principe général de fraude en droit communautaire.

412. Toutefois, certaines critiques peuvent être formulées à l'encontre de cette opinion. Intéressante dans les conséquences qu'elle aurait pu impliquer si un principe général de fraude avait vu le jour suite à l'arrêt Centros, elle aurait présenté de nombreux avantages notamment dans la manipulation de la mobilité des sociétés en faisant dépendre cette question de la compétence de la CJCE. Ceci aurait pu engendrer l'élaboration d'un régime harmonisée en dehors de l'interaction des ordres étatiques. D'une part, en ce qui concerne l'interprétation de l'arrêt Kefalas, il est possible d'émettre un doute à ce sujet. La CJCE évoque en effet l'exercice d'une manière abusive d'un droit découlant d'une disposition communautaire⁶⁵⁵. Considérer d'office que cette locution évoque l'abus de droit peut être remis en question dans la mesure où la fraude est aussi un exercice abusif d'un droit. D'autre part, il semble possible de donner une autre interprétation du point 38 précité de l'arrêt Centros. Dans ce dispositif, la

⁶⁵² Point 22 des conclusions de l'Avocat général Tesauro dans l'arrêt Kefalas, *Rec* 1998, page I-02843

⁶⁵³ Point 22 des conclusions de l'Avocat général Tesauro dans l'arrêt Kefalas, *Rec* 1998, page I-02843

⁶⁵⁴ Point 23 des conclusions de l'Avocat général Tesauro dans l'arrêt Kefalas, *Rec* 1998, page I-02843

⁶⁵⁵ Point 21 de l'arrêt Kefalas

CJCE confie aux Etats membres le soin de lutter contre la fraude. Elle distingue deux types de fraude et laisse aux Etats membre, le soin des modalités de la mise en œuvre de cette notion. Au regard de l'arrêt Kefalas, qui différencie les notions juridiques ayant valeur de principe général de droit communautaire ou pas, il ressort que lorsqu'une notion n'a pas cette valeur, les Etats membres peuvent s'en saisir. De plus, cet arrêt affirme la difficulté à définir un principe général en matière de fraude en raison de l'état du droit communautaire au moment où la CJCE a rendu sa décision. Actuellement, au regard de la jurisprudence postérieure de la Cour, l'arrêt Kefalas est encore d'actualité. Il semble par conséquent difficile d'interpréter le point 38 comme instaurant un principe général de fraude.

413. En conclusion, en ce qui concerne l'existence éventuelle d'un principe générale de fraude en droit communautaire, notamment en matière de droit des sociétés, la réponse semble être négative en l'état actuel du droit communautaire. En effet, « il n'y a pas encore dans l'ordre juridique communautaire de principe général de fraude de droit qui sanctionne l'exercice abusif d'un droit conféré par le Traité »⁶⁵⁶ Ainsi, l'opinion doctrinale qui avait été précédemment exposée devait être nuancée par son auteur dans la mesure où il devait affirmer dans une note ultérieure à la lumière de l'évolution de la jurisprudence CJCE que la Cour devait apparemment donner la valeur de principe général à la fraude⁶⁵⁷. Ceci est confirmé par la jurisprudence de la CJCE postérieure à l'arrêt Centros. En effet, la Cour européenne est plus discrète et se place en retrait quant à la notion de fraude dans les arrêts Überseering et Inspire Art et Cartesio⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶ JP Déguée, « 'Forum Shopping', usage ou abus de la liberté d'établissement ? » obs sous CJCE, 19 mars 1999, *Centros*, *Rev prat soc* 2000, 51 et s

⁶⁵⁷ CJCE, 05 nov 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, *JCP éd E* du 20 mars 2003, 520, n°448, note M Menjucq *Überseering*); CJCE, 05 nov 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, *Bull Joly Sociétés* avril 2003, 452, n°91, note Luby

⁶⁵⁸ CJCE, 16 déc 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, aff. C-210/06, *Rec Dalloz*, page 465

414. Ainsi, dans l'arrêt *Überseering*, la fraude n'est nullement prise en compte par la CJCE qui récuse la possibilité de refuser la reconnaissance de la capacité juridique d'une société constituée conformément au droit de son Etat membre d'origine, et ce même pour des motifs d'intérêt général⁶⁵⁹. Et dans l'arrêt *Inspire Art*, la CJCE bien qu'il s'agisse de la fraude n'emploie plus ce vocable mais le terme « abus ». « Les raisons pour lesquelles la société constituée dans le premier Etat membre, ainsi que la circonstance qu'elle exerce ses activités exclusivement ou presque exclusivement dans l'Etat membre d'accueil, ne la privent, sauf à établir au cas par cas l'existence d'un abus, du droit d'invoquer la liberté d'établissement garantie par le traité »⁶⁶⁰. Quant à l'arrêt *Cartesio*, la fraude n'est même pas évoquée. La CJCE s'éloigne de plus en plus de toute idée de principe général de fraude, notion à qui elle semble laisser la portion congrue, pour offrir la part du lion à la liberté d'établissement dont elle recherche l'effectivité pleine et absolue. La problématique qui se pose alors est de déterminer les éléments issus de la jurisprudence de la Cour européenne afin de définir aussi précisément que possible les contours de la notion de fraude.

§2/ Définition et régime de la fraude dans le cadre d'un transfert de siège

415. Dans la mesure où il n'existe pas de principe fraude en droit communautaire, il convient d'étudier la jurisprudence de la CJCE et l'approche qu'elle a de la fraude pour tenter de définir les contours de la notion. La CJCE examine au « cas par cas »⁶⁶¹ les litiges qui lui sont soumis afin de déterminer s'il faut retenir la fraude à la loi de l'Etat dont la législation est

⁶⁵⁹ CJCE, 05 nov 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, JCP éd E du 20 mars 2003, 520, n°448, note M Menjucq

⁶⁶⁰ Point 105 de l'arrêt *Inspire Art*

⁶⁶¹ Point 95 de l'arrêt *Inspire Art*

en cause, où s'il convient de reconnaître dans les dispositions légales invoquées une entrave à la liberté d'établissement. Il en découle une définition par la négative de la fraude en droit communautaire. Aucune définition précise de la notion n'est donnée par la Cour du Luxembourg, ce qui aurait fait de la fraude un principe général. La CJCE délivre au fur et à mesure des arrêts qu'elle rend les éléments permettant de déterminer ce qui ne relève pas du champ d'application de la fraude mais du domaine de la liberté d'établissement.

416. Deux approches sont envisageables pour essayer de définir les contours de la fraude en droit communautaire. La première est spéculative et consiste par une démarche prospective à partir des éléments donnés par la jurisprudence de la CJCE de définir les contours de la notion de fraude ainsi que les sanctions qui sont envisageables. La deuxième est relative à la notion d'intérêt général qui est étroitement lié à celle de fraude dans les décisions de la Cour européenne qui ont été précédemment examinées. Deux sous-paragraphes porteront sur ces thèmes :

Sous- paragraphe A : Approche prospective

Sous- paragraphe B : Fraude et intérêt général

A- Approche prospective

417. Afin de déterminer le domaine de la fraude, il s'agit d'examiner plus particulièrement, le point 38 de l'arrêt précité, qui affirme la possibilité pour les Etats membres de lutter contre la fraude⁶⁶². Les faits de l'arrêt Centros – les époux Bryde constituant une société en Grande

⁶⁶² Point 38 de l'arrêt Centros :

Bretagne afin d'évincer les dispositions légales danoises relatives au capital minimum requis pour la création d'une société – renvoient à la question de la constitution frauduleuse d'une société. Dans la mesure où le law shopping est accepté par le droit communautaire au moment de la constitution de la société, la question qui se pose alors est celle de savoir ce qui serait considérée comme un comportement frauduleux par la CJCE. La Cour de Luxembourg évoque la fraude aux droits des créanciers que ce soit de la part de la société elle-même ou de ses fondateurs. Mais elle ne donne pas plus d'indications. Pourquoi ? Pour la simple raison qu'elle ne fait que répondre à la question préjudicielle que les autorités du Danemark dans la mesure où les fondateurs de la société Centros avaient voulu écarter le loi danoise relative au capital minimum, dont la finalité était la protection du droit de gage des créanciers d'une société. Cependant, bien que soit envisagée plus particulièrement la fraude aux droits des créanciers, la formulation utilisée par la CJCE présente un caractère général. Dès lors, il peut être considéré que tous les types de fraude, quel qu'un soit la nature exacte, sont être pris en compte par le droit communautaire⁶⁶³ en particulier au cours d'un transfert international de siège social impliquant un changement de lex societatis conformément à l'arrêt Cartesio et présentant un caractère frauduleux. Dans le cadre de la démarche prospective qui est suivie, une fois définie la portée générale de l'arrêt Centros en matière de fraude, il convient d'envisager, en accord avec les termes de cet arrêt, la prévention et de la sanction de la fraude invoquées par la CJCE. Est-il possible de prévenir la fraude en matière de transfert international de siège social en droit communautaire ?

« Enfin, le fait qu'un Etat membre ne puisse pas refuser l'immatriculation d'une succursale d'une société constituée en conformité avec la législation d'une autre Etat membre dans lequel elle a son siège social n'exclut pas que les autorités de l'Etat membre concerné puissent prendre toute mesure de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes, soit à l'égard de la société elle-même, le cas échéant en coopération avec l'Etat membre dans lequel elle est constituée, soit à l'égard des associés dont il serait établi qu'ils cherchent en réalité, par le biais de la constitution d'une société, à échapper à leurs obligations vis-à-vis de créanciers privés ou publics établis sur le territoire de l'Etat membre concerné »

⁶⁶³ CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Bull Joly 1999, page 705, note JP Dom

418. Selon l'arrêt *Cartesio*, à partir du moment où un transfert de siège social au sein de l'Union européenne entraîne un changement de loi applicable à la société migrante, son Etat d'origine ne dispose pas de la faculté d'imposer à la société migrante de se dissoudre pour se reconstituer dans son Etat d'accueil et de l'empêcher ainsi de transférer son siège dans cet Etat. Selon l'arrêt *Überseering*, l'Etat d'accueil d'une société ne peut refuser de reconnaître la capacité juridique de l'entreprise qui transfère son siège sur son territoire à partir du moment où elle est constituée valablement selon la législation de son Etat d'origine. Il en découle que l'Etat d'accueil de l'entreprise migrante a pour obligation de reconnaître sa personnalité morale à partir du moment où sa législation le permet. Par conséquent, un transfert de siège social frauduleux ne pourrait être prévenu à moins que comme le suggère l'arrêt *Centros*, une coopération ne s'instaure entre les deux Etats membres, d'origine et d'accueil de la société procédant à l'opération. En effet, un transfert de siège social ne peut se révéler être frauduleux qu'après sa réalisation.

419. Cependant, si l'application des principes tirés de l'arrêt *Centros* est envisageable au transfert international de siège social, la CJCE ne précise pas les modalités permettant d'envisager concrètement la coopération qui pourrait se mettre en place entre les Etats membres. En conclusion, si le concept de prévention de la fraude est clairement posé, les modalités pratiques de la mise en œuvre sont loin d'être claires. La CJCE ne va pas au bout de sa démarche et ce qui entraîne une certaine perplexité sur la réelle faisabilité de la prévention de la fraude en matière de transfert international de siège social en droit communautaire. Dès lors, seule la sanction d'un transfert qui s'avère frauduleux donc forcément postérieure à la

réalisation de l'opération est envisageable en droit européen. Cependant, la CJCE ne donne également pas plus d'indications en la matière. La doctrine a pu spéculer sur la nature de la sanction d'une fraude avérée. Se retrouvent les mêmes interrogations qu'en droit international privé relatives aux modes de sanction de la fraude à la loi. La sanction de la fraude doit-elle prendre la forme d'une inopposabilité ou d'une nullité de la société qui a procédé au transfert frauduleux ?

420. Cette question conduit à évoquer la première directive 68/151/CEE⁶⁶⁴ du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48 du Traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers. Cette première directive adoptée en matière de droit européen des sociétés est relative à la publicité sur les engagements sociaux et les nullités des sociétés. Par l'arrêt *Marleasing*⁶⁶⁵ rendu en date du 13 novembre 1990, la CJCE devait interpréter cette directive en matière de nullité des sociétés ainsi : « Il y a donc lieu de répondre à la question posée que le juge national qui est saisi d'un litige dans une matière entrant dans le domaine d'application de la directive 68/151 est tenu d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de cette directive, en vue d'empêcher la déclaration de nullité d'une société anonyme pour une cause autre que celles énumérées à son article 11. »⁶⁶⁶. Il en découle qu'une société ne peut être soumise à aucune cause de nullité absolue, relative ou d'annulabilité⁶⁶⁷. En droit français, il faut noter que la Cour de cassation a

⁶⁶⁴ JOCE n° L 065 du 14 mars 1968 p. 8 - 12

⁶⁶⁵ CJCE, 13 nov 1990, *Marleasing SA contre La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, Aff C-106/89, Rec 1990 page I-04135

⁶⁶⁶ Point 13 de l'arrêt *Marleasing*

⁶⁶⁷ Article 11 de la première directive 68/151 CE :

« La législation des États membres ne peut organiser le régime des nullités des sociétés que dans les conditions suivantes : 1. la nullité doit être prononcée par décision judiciaire ;
2. les seuls cas dans lesquels la nullité peut être prononcée sont :

pris une position similaire à la Cour européenne dans la mesure où la nullité d'une société pour fraude ne peut être prononcée que si tous les associés ont concouru à sa réalisation. En conclusion, il semble que seule l'inopposabilité soit envisageable comme sanction de la fraude en droit communautaire⁶⁶⁸. Par conséquent, dans le cadre d'un transfert international de siège social se déroulant au sein de l'Union européenne qui présenterait un caractère frauduleux, l'application des principes dégagés de l'arrêt Centros conduit l'inopposabilité de l'opération et de ses effets et non à la nullité de la société. En conclusion, il ressort des développements qui précèdent que la CJCE n'ouvre en matière de fraude que des pistes de réflexion⁶⁶⁹, tout en affirmant son existence en tant que réserve à un law shopping exacerbé. Ceci laisse une grande liberté aux Etats membres quant à la définition des contours de la notion de fraude à la loi en droit communautaire tout en les éclairant par un régime précis laissant la place à une conception nationale de la fraude. Dès lors, il serait intéressant d'aborder la question de la fraude dans le cadre de sa dynamique avec l'exception d'intérêt général qui permet, selon la jurisprudence communautaire, aux Etats membres de préserver les normes essentielles de leurs systèmes juridiques contre l'exercice frauduleux de la liberté d'établissement.

a) le défaut d'acte constitutif ou l'inobservation, soit des formalités de contrôle préventif, soit de la forme authentique;

b) le caractère illicite ou contraire à l'ordre public de l'objet de la société;

c) l'absence, dans l'acte constitutif ou dans les statuts, de toute indication au sujet soit de la dénomination de la société, soit des apports, soit du montant du capital souscrit, soit de l'objet social;

d) l'inobservation des dispositions de la législation nationale relatives à la libération minimale du capital social;

e) l'incapacité de tous les associés fondateurs;

f) le fait que, contrairement à la législation nationale régissant la société, le nombre des associés fondateurs est inférieur à deux.

En dehors de ces cas de nullité, les sociétés ne sont soumises à aucune cause d'inexistence, de nullité absolue, de nullité relative ou d'annulabilité. »

⁶⁶⁸ CJCE, 05 nov 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, JCP éd E du 20 mars 2003, 520, n°448, note M Menjucq; CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Bull Joly 1999, page 705, note JP Dom; CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Revue des Sociétés 1999, 386, note Parléani

⁶⁶⁹ CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, JDI 2000, 482, note Parléani

B- Fraude et intérêt général

421. En effet, en appliquant l'exception d'intérêt général conformément à la jurisprudence de la CJCE, une restriction apportée par un Etat membre à l'exercice de la liberté d'établissement ne constitue pas une entrave à l'exercice du droit d'établissement. Par contre, si ce n'était pas le cas, alors la restriction est constitutive d'une entrave et de jure, contraire au droit communautaire. En théorie, cette exception peut permettre aux Etats membres de se prémunir contre la fraude à la loi. Mais qu'en est-il en pratique ? C'est ce qui sera intéressant d'examiner au cours des développements qui vont suivre, et notamment au regard du sujet de cette étude.

422. Cette possibilité accordée en matière de liberté d'établissement des sociétés découle de l'arrêt Centros dans lequel la CJCE a pu affirmer en rappelant sa jurisprudence antérieure qu'« un Etat est en droit de prendre des mesures destinées à empêcher que, à la faveur des facilités créées en vertu du traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale et que les justiciables ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir de normes communautaires »⁶⁷⁰. Ceci devait être repris et confirmé plus tard par la Cour européenne dans son arrêt Inspire Art⁶⁷¹. L'exercice de cette faculté accordée aux Etats membres est strictement encadré.

423. Ainsi, il ressort de la jurisprudence de la CJCE que l'appréciation d'un droit conféré par une disposition communautaire ne peut jamais avoir pour effet de modifier la portée ou

⁶⁷⁰ Point 24 de l'arrêt Centros

⁶⁷¹ Point 136 de l'arrêt Inspire Art

les objectifs de cette disposition. Ceci se déduit du point 22⁶⁷² de l'arrêt Kefalas précité. Un Etat a la faculté de prendre des mesures lorsque les avantages illégitimes sont manifestement étrangers à l'objectif du droit communautaire concerné⁶⁷³. Selon la jurisprudence de la Cour européenne, les Etats membres ont la faculté de sanctionner la fraude à la loi normalement applicable à une situation donnée pourvu que les restrictions imposées le soient au cas par cas en fonction d'éléments objectifs⁶⁷⁴ et non d'exclusion générale⁶⁷⁵. Ceci devait être également confirmé ultérieurement par l'arrêt Inspire Art⁶⁷⁶. Une fois les modalités de l'exercice de la possibilité accordée aux Etats de prendre des restrictions ont été exposées, une question se pose : comment déterminer les mesures qui pourront être considérées comme des restrictions à la liberté d'établissement et non comme des entraves à l'exercice de cette liberté ?

424. Pour cela, il faut que les normes étatiques passent avec succès le ' test de l'intérêt général' tel qu'apprécié par la CJCE. Pour ne pas constituer une entrave à la liberté d'établissement, une restriction doit répondre à quatre conditions. Elle ne peut être imposée que pour assurer le respect d'une exigence d'intérêt général légitime. Elle ne doit pas être disproportionnée au regard de la finalité recherchée et ne doit pas induire de discriminatoire. Enfin la restriction à l'exercice de la liberté d'établissement doit être suffisamment claire et transparente pour ne pas entraver l'exercice concret de la liberté fondamentale. Ces conditions

⁶⁷² Point 22 de l'arrêt Kefalas :

« Si la Cour ne saurait substituer son appréciation à celles des juridictions nationales, seules compétentes pour établir les faits de l'affaire dont elles sont saisies, il convient, cependant, de rappeler que la mise en oeuvre d'une telle règle nationale ne peut pas porter atteinte au plein effet et à l'application uniforme des dispositions communautaires dans les Etats membres (voir arrêt Pafitis e.a., précité, point 68). En particulier, les juridictions nationales ne peuvent pas, dans l'appréciation de l'exercice d'un droit découlant d'une disposition communautaire, modifier la portée de cette disposition ni compromettre les objectifs qu'elle poursuit. »

⁶⁷³ JP Déguée, « 'Forum Shopping', usage ou abus de la liberté d'établissement ? » obs sous CJCE, 19 mars 1999, *Centros*, *Rev prat soc* 2000, 51 et s

⁶⁷⁴ CJCE, 2 mai 1996, *Brennet AG c. Vittorio Paletta*, Aff C-206/94, *Rec* 1996 page I-02357

⁶⁷⁵ CJCE, 16 déc 1992, *Commission c. Belgique*, Aff C-221/91, *Rec* 1992 page I-06757

⁶⁷⁶ Point 105 de l'arrêt Inspire Art précité

issues établies par la CJCE sont de jurisprudence constante⁶⁷⁷. Elles permettent de supprimer toutes les mesures qui au sens de l'article 43 CE « interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice »⁶⁷⁸ de la liberté d'établissement et qui ne sont pas propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et vont au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre⁶⁷⁹. Les conditions posées par la Cour de Luxembourg ne sont pas clairement définies ce qui fait de la notion d'intérêt général une limite dont la mise en œuvre est aléatoire⁶⁸⁰. La CJCE a eu l'occasion au cours de l'arrêt *Überseering* de nommer quelques matières dans lesquelles pouvaient résider un intérêt légitime à protéger pour les Etats membres notamment la fiscalité et la protection des intérêts des créanciers⁶⁸¹. Une remarque peut être formulée quant à ces matières. Elles constituent des terrains électifs de la fraude à loi et aux dispositions impératives relatives à chacun de ces domaines de protection.

425. Ainsi, en matière de fiscalité, le transfert du siège d'une société d'un Etat membre vers un autre implique pour le pays d'origine de l'entreprise, le départ d'un agent économique, générateur de richesses imposables, donc la perte de revenus fiscaux. Ceci nous renvoie à l'arrêt *Daily Mail* et à son interprétation par la Cour européenne dans le cadre de sa jurisprudence. Ainsi selon la CJCE, l'Etat d'origine de la société peut lui refuser « ...la possibilité, pour une société constituée conformément à la législation d'un Etat membre, de

⁶⁷⁷ CJCE, 31 mars 1993, *Kraus*, C-19/92, *Rec* page I-1663, point 32 ; CJCE, 30 nov 1995, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli avvocati e procurati di Milano*, C-55/94, *Rec* page I-4165, point 37 ; CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, C-212/97, *Rec* page I- , point 34 ; CJCE, 4 juil 2007, *Haim*, C-424/97, *Rec* page I-5123, point 57 ; CJCE, 1^{er} fév 2001, *Mac Quen e.a.*, C-108/96, *Rec* page I-837, point 26 ; CJCE, 30 sept 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd*, C-167/01, *Rec* page I-10155, point 133

⁶⁷⁸ CJCE, 5 oct 2004, *CaixaBank France c. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, C-442/02, *Rec* page I-08961, point 11

⁶⁷⁹ CJCE, 5 oct 2004, *CaixaBank France c. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, C-442/02, *Rec* page I-08961, point 17

⁶⁸⁰ CJCE, 16 déc 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, aff. C-210/06, *Gazette du Palais*, 24 mars 2009, n°83, page 12, note Thomas Mastrullo

⁶⁸¹ Point 92 de l'arrêt *Überseering*

transférer son siège, statutaire ou effectif, dans un autre Etat membre sans perdre la personnalité juridique dont elle jouit dans l'ordre juridique de l'Etat membre de constitution et, le cas échéant, les modalités de ce transfert sont déterminées par la législation nationale conformément à laquelle ladite société a été constituée»⁶⁸².

426. Par conséquent, l'Etat membre d'origine d'une société qui désire migrer peut lui imposer des restrictions au déplacement de son siège social et limiter l'exercice de sa liberté d'établissement pour des motifs fiscaux car « la fraude fiscale constitue une raison impérieuse d'intérêt général qui peut justifier une restriction »⁶⁸³. En effet, une restriction en matière fiscale peut se justifier à partir du moment « où le but d'une telle restriction doit être de faire obstacle à des comportements consistant à créer des montages purement artificiels, dépourvus de réalité économique, dans le but d'éluder l'impôt normalement dû »⁶⁸⁴. Il est aisément concevable qu'une société doive s'acquitter de ses impôts avant de quitter le territoire d'un Etat. L'Avocat général Darmon dans ses conclusions relatives à l'arrêt Daily Mail devait s'exprimer en ce sens : « ...le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'un Etat membre impose à une société y étant établie, en raison de son établissement dans un autre Etat membre par transfert dans ce dernier de son administration centrale, l'apurement de sa situation fiscale au regard de la partie du patrimoine social concernée par ce transfert et évaluée au jour de celui-ci »⁶⁸⁵. Ceci est d'autant plus compréhensible que la Cour a pu reconnaître que dans certaines conditions la cohérence du régime fiscal, la lutte contre l'évasion fiscale et l'efficacité des contrôles fiscaux pouvaient constituer des raisons d'intérêt

⁶⁸² Point 107 de l'arrêt Cartésio confirmant les points 69 et 70 de l'arrêt Überseering

⁶⁸³ CJCE, 11 oct 2007, *Européenne et Luxembourgeoise d'investissements SA (ELISA) c. Directeur général des impôts, Ministère public*, C-451/05, *Rec* page I-, point 81

⁶⁸⁴ CJCE, 12 sept 2009, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, *Rec* page I-7995, point 55

⁶⁸⁵ CJCE, 27 sept 1988, *The Queen c. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, Aff 81/87, *Rec*, page 5483

général susceptibles de justifier l'instauration de normes par un Etat membre de nature à restreindre les libertés fondamentales garanties par le Traité⁶⁸⁶. La liberté d'établissement étant une de ces libertés, son exercice pourrait être limité pour les raisons qui viennent d'être évoquées.

427. Toutefois, il convient de nuancer ces propos. Tout d'abord, si restriction il y a, elle se doit de répondre aux conditions posées par le 'test de l'intérêt général'. Un Etat ne peut utiliser l'intérêt général pour tenir en otage une société et l'empêcher d'être mobile⁶⁸⁷. Les termes utilisés par la CJCE sont précis : elle parle de restrictions et non d'entraves. Si la mesure ne devait pas répondre aux quatre conditions précitées et permettant d'établir qu'elle répond à la protection d'un intérêt légitime, elle serait considérée comme contraire au droit communautaire et comme telle non applicable. Ensuite, il ne saurait être vu fraude dans toute opération de transfert au sens de l'arrêt Cartesio et donc en déduire une présomption générale à ce titre⁶⁸⁸. en rappelant qu'il s'agit, selon la jurisprudence de la CJCE, d'un transfert de siège qui n'entraînerait pas de changement de lex societatis pour l'entreprise qui veut transférer son siège. Ainsi, si la législation d'un Etat d'origine impliquait pour la société qui souhaite changer de lex societatis en déplaçant son siège social de devoir se dissoudre puis de

⁶⁸⁶ CJCE, 21 nov 2002, *X et Y*, Aff C-436/00, *Rec* page I-10829

Point 51 de l'arrêt X et Y :

« En revanche, il découle de la jurisprudence de la Cour que la nécessité de préserver la cohérence d'un régime fiscal (voir arrêts du 28 janvier 1992, *Bachmann*, C-204/90, *Rec. p. I-249*, et *Commission/Belgique*, C-300/90, *Rec. p. I-305*), la lutte contre l'évasion fiscale (voir arrêts précités ICI, point 26, et *Metallgesellschaft e.a.*, point 57) et l'efficacité des contrôles fiscaux (voir, notamment, arrêts *Futura Participations* et *Singer*, précité, point 31, et du 8 juillet 1999, *Baxter e.a.*, C-254/97, *Rec. p. I-4809*, point 18) constituent des raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier des réglementations de nature à restreindre les libertés fondamentales garanties par le traité (voir notamment, en ce qui concerne de telles justifications invoquées dans le cadre de restrictions relatives à une différence de traitement en matière d'impôt sur le revenu, arrêt du 28 octobre 1999, *Vestergaard*, C-55/98, *Rec. p. I-7641*, point 23). »

⁶⁸⁷ Edie Wymeersch, « The transfer of the company's seat in European Common Law », *Law Review*, vol. 40 (2003), 663-695

⁶⁸⁸ CJCJE, 11 mars 2004, *Hughes de Lasteyrie du Saillant c. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, C-9/02, *Rec* page I-2409, point 51 ; Gérard Jazottez, « Le transfert de siège social : statuo quo ou revirement ? », *Bull Joly Sociétés*, 1^{er} oct 2008, n°10, page 828

se reconstituer afin d'apurer sa situation fiscale cours de l'opération, ceci serait contraire au droit communautaire et constituerait alors une entrave à l'exercice de liberté d'établissement par la société migrante⁶⁸⁹. Enfin, il faut noter que ce problème ne peut se poser en droit français. En effet, une société qui transfère un siège au sein de l'Union Européenne doit maintenir en France un établissement stable pour rendre l'opération fiscalement neutre. En plus de la fraude à la loi motivée par des raisons fiscales, le second point envisagé par la CJCE comme pouvant être une motivation pour un transfert frauduleux de siège social est la fraude à loi impliquant une fraude aux intérêts des créanciers d'une entreprise. En effet, en déplaçant son siège, une société pourrait tenter de remettre en question les obligations qu'elle aurait contractées par un changement de *lex societatis*.

428. La première règle qui se rencontre pour protéger les intérêts des créanciers est celle du capital social minimum dont la finalité est de servir de garantie pour les créanciers, quels qu'ils soient, contre l'insolvabilité éventuelle de la société, débitrice. La décision de la CJCE qui traite de cette question est l'arrêt Centros. Dans cette espèce, les époux Bryde, de nationalité danoise, ont constitué une société en Grande Bretagne afin d'évincer les dispositions de la loi danoise relative au capital social minimum requis pour créer une entreprise. Ce texte avait pour finalité de protéger les intérêts des créanciers de la société contre une éventuelle insolvabilité de cette dernière. Cet argument était invoqué par les autorités danoises pour opposer un refus d'immatriculer la succursale de la société Centros, du fait que la société mère localisée au Royaume-Uni n'était qu'une coquille vide dont la constitution avait pour seule finalité de contourner la règle de droit danois relatif au capital minimum. La CJCE, ainsi que cela a été exposé, devait rejeter les arguments invoqués par le

⁶⁸⁹ Point 112 de l'arrêt Cartésio

Danemark afin de justifier ce refus. Parmi ces arguments, figurait l'intérêt général. Par conséquent, il découle de cet arrêt que même si une mesure pouvant restreindre la liberté d'établissement est reconnue par le CJCE comme présentant un intérêt légitime qui peut être défendu au titre de la réserve de l'intérêt général, il n'en demeure pas moins que la Cour reste attentive à la manière dont la règle est appliquée et si une alternative se présente à son utilisation. Si c'est le cas alors elle est considérée comme une entrave à la liberté d'établissement⁶⁹⁰. Il en découle une position paradoxale de la Cour du Luxembourg qui reconnaît la portée théorique de l'argument sans pour autant lui donner une valeur pratique. Elle reconnaît la possibilité à l'Etat membre d'accueil de protéger son système juridique, notamment contre la fraude mais ne met pas ce droit en application.

429. Un Etat peut également veiller à la protection des intérêts des créanciers par des mesures d'information et de publicité. Les faits de l'arrêt Inspire Art en offrent une illustration. Mais l'intérêt de cette décision au regard de la question étudiée, ne réside pas tant dans les faits de l'arrêt que dans la nature de la règle de droit nationale qui a été écartée. Il s'agit d'une loi de police. Or le même mécanisme se retrouve dans l'arrêt Centros, même si l'intervention de la CJCE ne se produit pas au même moment dans l'exercice de la liberté d'établissement. En effet dans le dernier arrêt, le rejet de l'application du droit national se fait avant l'établissement de la société sur le territoire de l'Etat membre alors qu'il intervient a posteriori dans l'arrêt Inspire Art.

430. La doctrine a pu analyser ainsi ce phénomène. La jurisprudence de la CJCE marque un mouvement d'extension de l'impérativité des règles de droit communautaire avec une

⁶⁹⁰ Points 34 à 37 de l'arrêt Centros

régression de l'impérativité des règles nationales⁶⁹¹. Ceci est confirmé par un arrêt Arblade⁶⁹² rendu par la CJCE en date du 22 novembre 1999 selon lequel « Une loi de police n'échappe pas à la nécessité de respecter le droit communautaire, lequel permet toutefois de prendre en considération une raison impérieuse d'intérêt général qui est à la base de la loi de police [...], pareil objectif permettant de justifier une restriction... » à une liberté fondamentale accordée par le Traité CE. En l'occurrence dans le cadre de cette étude, il s'agit de la liberté d'établissement. Ceci implique que le caractère impératif d'une loi de police doit être appréciée au regard des exigences du droit communautaire⁶⁹³. Il en découle une application à géométrie variable de l'application ou du refus d'application d'une loi de police nationale appréciée au regard du droit communautaire. Dès lors le régime des lois de police en droit communautaire sera différencié selon qu'il y a entrave ou pas à l'exercice de la liberté d'établissement⁶⁹⁴. Par conséquent, un transfert de siège social qui impliquerait un changement de loi motivée par la volonté de diminuer le capital social minimum requis pour garantir les intérêts des créanciers de la société ne serait pas reconnu par la CJCE comme frauduleux. Selon les propos qui précèdent, cela relèverait du domaine du law shopping inhérent à un exercice de la liberté d'établissement.

⁶⁹¹ JF Sagaut et M Cagniard, « Variations autour de l'emprise des libertés communautaires sur le droit international privé interne », *JCP ed N* du 27 Mai 2005, n°21, page 1281

⁶⁹² CJCE, 23 nov 1999, *JC Arblade, Arblade & Fils SARL, B et S Leloup et Sofrage SARL*, *RCDIP* 2000, 710, note Fallon

⁶⁹³ CJCE, 9 nov 2000, *Ingmar GB Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.*, *RCDIP* 2001, 107, note Idot ; JF Sagaut et M Cagniard, « Variations autour de l'emprise des libertés communautaires sur le droit international privé interne », *JCP ed N* du 27 Mai 2005, n°21, page 1281

⁶⁹⁴ JF Sagaut et M Cagniard, « Variations autour de l'emprise des libertés communautaires sur le droit international privé interne », *JCP ed N* du 27 Mai 2005, n°21, page 1281

CONCLUSION DU CHAPITRE II

431. Au cours des propos qui viennent d'être développés, il est apparu que le siège social statutaire est un critère de rattachement manipulable car il permet l'expression de la volonté des associés de la société migrante, volonté qui peut se révéler frauduleuse. En procédant au transfert international du siège social de leur entreprise et en dissociant au cours de l'opération les composantes de son siège social, ils peuvent chercher à évincer la *lex societatis* d'origine de la société. A sa place, ils recherchent l'application d'une loi propre à servir leurs intérêts et dont le titre à régir leur société est moindre que la loi initialement applicable. Ils peuvent ainsi acquérir de nouveaux droits conformes à leurs intérêts et qu'ils voudront faire

valoir dans la for d'origine mettant en œuvre la fraude à la loi commise. Deux types d'éléments constituent une fraude à la loi : un élément intentionnel qui est constitué de la volonté d'évincer une loi au profit d'une autre qui a une moindre légitimité à s'appliquer et un élément matériel constituée par la violation internationale de la loi évincée. Toutefois la fraude à la loi ne sera complètement réalisée qu'à partir du moment où les droits acquis dans la for d'accueil de la société migrante sont invoqués dans le for d'origine de cette dernière. Egalement elle ne peut être révélée que si les tiers entretenant des relations avec la société migrante agissent en justice afin de dévoiler l'animus fraudis animant l'opération de transfert. Dans le cas contraire, la fraude prospérera.

432. Dans le cadre d'un transfert international de siège social, les tribunaux français établissent le caractère frauduleux de l'opération par une approche pragmatique et concrète en cherchant à déterminer si le siège statutaire de la société migrante correspond réellement à son principal établissement. Pour cela, ils ont recours à la théorie du siège social fictif selon laquelle un siège qui apparaît comme réel est non fictif et forcément sérieux. S'il y a correspondance entre les deux composantes du siège social alors le transfert n'est pas frauduleux. Dans le cas contraire, le siège est fictif donc frauduleux et les tribunaux vont alors chercher à sanctionner la fraude à la loi par la mise en œuvre du critère du siège social réel et sérieux en écartant celui du siège statutaire afin de déterminer la réelle lex societatis de la société migrante.

433. Ils mettent en œuvre trois modes de sanction pour appliquer le critère du siège réel et sérieux. Soit une fois la fraude établie, ils appliquent l'exception de fraude à la loi. Cette méthode s'applique peu car il faut déjà que la fraude à la loi soit prouvée. Soit ils requalifient

le transfert et font une application unilatérale de la règle de conflits de loi unilatérale en forçant la réalité juridique sur les apparences frauduleuses. Soit ils appliquent de manière pure et simple la loi française mais seulement dans les cas où les règles impératives ont été ignorées. Les effets de la fraude à la loi sont alors annulés et deviennent inopposables aux tiers qui estent en justice contre la société.

434. La notion de fraude à la loi qui est clairement définie en droit international privé n'a pas de contours aussi précis en droit communautaire où il n'existe pas de principe général de fraude. La jurisprudence de la CJCE laisse apparaître une approche au cas par cas et un grand libéralisme donnant la primauté à l'exercice de la liberté d'établissement. S'il apparaît que les Etats peuvent prendre toutes mesures de nature à sanctionner la fraude commise par une société dans le cadre de l'exercice de sa liberté d'établissement – donc au cours d'un transfert international de siège social impliquant un changement de *lex societatis* - ces mesures ne peuvent constituer des entraves à l'exercice de cette liberté. Par conséquent ces restrictions à la possibilité pour une société de procéder à un transfert de siège social frauduleux doivent répondre au test de l'intérêt général. Ainsi un Etat membre ne peut par exemple imposer à une société qui désire déplacer son siège social de se dissoudre pour se reconstituer dans son Etat d'accueil⁶⁹⁵.

⁶⁹⁵ Point 112 de l'arrêt *Cartésio*

CONCLUSION

435. Dans l'introduction de cette étude, le transfert international de siège social a été défini comme une opération impliquant pour une société de migrer de son pays d'origine vers un Etat où elle désire s'installer en déplaçant son siège social sans avoir l'obligation de se dissoudre dans son Etat d'origine pour se reconstituer dans celui où elle souhaite être accueillie. Partant de cette définition, le transfert international de siège social est apparu comme un projet juridiquement et économiquement lourd impliquant pour l'entreprise migrante une mobilisation importante de ses ressources financières et humaines, qui va la

conduire à une profonde restructuration de son organisation et de son environnement juridique. En effet, dans le cadre d'une opération qui la contraint à ne pouvoir se dissoudre pour se reconstituer dans l'Etat où elle désire se déplacer, la société doit s'assurer de la survie de sa personnalité morale au cours du transfert et de sa reconnaissance par son Etat d'accueil afin de pouvoir bénéficier de sa pleine capacité juridique au moment de son implantation et ainsi s'adapter à son nouvel environnement. Ces conditions préalables à la réalisation du transfert sont un prérequis qui complexifie le transfert international de siège social. Dès lors deux problématiques se posent : le droit français, et notamment le droit international privé, permet-il de remplir ces conditions ? Qu'en est-il du droit communautaire ?

436. L'examen de ces questions ont fait apparaître qu'en droit français, la survie et la continuité de la personnalité morale de la société qui souhaite procéder au transfert de son siège hors de France est possible conformément aux textes légaux et à la jurisprudence. Quant à la société qui désire migrer vers la France, il lui appartient de s'assurer que cette condition soit remplie avant de procéder au transfert de son siège. En ce qui concerne la reconnaissance d'une société qui désire migrer hors ou vers la France, il est apparu que si le transfert international du siège de l'entreprise porte sur ses deux composantes que sont le siège statutaire et le principal établissement l'opération est possible conformément au critère de rattachement alternatif utilisé en droit international privé français qui prend en compte la siège statutaire de l'entreprise et subsidiairement son principal établissement quand le siège statutaire n'est pas fiable. Par contre, en raison de ce critère alternatif, à partir du moment où la société désire dissocier les deux composantes au cours de l'opération, la condition de la reconnaissance de sa personnalité morale donc de sa capacité juridique dans son nouvel environnement ne peut être accomplie. Procéder au transfert international de son siège social

par dissociation maintient la société migrante sous l'empire de sa loi d'origine ou génère des situations juridiques incongrues voire rend l'opération impossible. De plus, il est apparu qu'une société qui transférerait son siège social en dissociant ses composantes réaliserait un transfert qui pourrait facilement être présumé frauduleux.

437. L'influence du droit communautaire sur les conditions préalables au transfert international de siège social entraîne une imbrication de ces dernières : l'une n'est pas possible sans l'autre. Par le biais d'une jurisprudence évolutive de l'arrêt Daily Mail à l'arrêt Cartesio, la CJCE fixe ainsi les principes selon lesquels une société ressortissante d'un Etat membre peut exercer sa liberté d'établissement pour transférer son siège d'un Etat membre à un autre. Elle a posé une *summa divisio* entre le transfert de siège social impliquant ou pas un changement de *lex societatis* pour la société migrante. Dans le cas d'un transfert sans changement de *lex societatis*, elle fait une interprétation orthodoxe et claire des articles 43 et 48 du Traité CE et maintient ainsi l'affirmation selon laquelle il n'existe pas en droit communautaire de droit au transfert de siège social accordés par les textes fondateurs. Ceci implique que la survie de la personnalité morale de la société migrante et donc sa potentielle reconnaissance dépendent du droit international privé des Etats d'origine et d'accueil de l'entreprise car l'Etat membre d'origine est libre de décider des critères de rattachement permettant de maintenir les liens qui font de cette entreprise une de ses ressortissantes. Dans le cadre d'un transfert qui entraînerait un changement de loi applicable, la CJCE considère en l'état actuel du droit communautaire qu'une société peut procéder au transfert de son siège. La CJCE, par cette prise de position, assimile un transfert de siège social international au sein de l'Union européenne à simple transfert de siège social au sein d'un même et unique espace juridique. Tant que la société migrante en déplaçant son siège d'un Etat membre à un autre se

maintient sous l'empire de la législation d'un Etat membre, elle peut bénéficier de la liberté d'établissement et son transfert de siège est assimilé à une simple transformation au sein de l'espace juridique communautaire. Il apparaît alors que la question de la survie de sa personnalité morale et de sa reconnaissance ne se pose plus dans la mesure où le droit communautaire lui garantit l'exercice de sa liberté d'établissement sur les territoires des Etats membres de l'Union européenne.

438. Une fois les conditions préalables à la réalisation du transfert international de son siège social remplies, la société migrante que ce soit dans hors ou dans le champ d'application du droit communautaire se doit de procéder à différentes démarches: une prise de décision du transfert conforma à sa loi d'origine, la radiation de son ancienne immatriculation et l'acquisition d'une nouvelle, et enfin et surtout la délicate adaptation de ses statuts dans le respect du pacte social qui lie les associés de l'entreprise. En effet, le transfert du siège de la société ne doit le dénaturer. Une bonne adaptation des statuts de la société lui permettra de s'intégrer correctement dans nouvel environnement juridique et économique.

439. Les problématiques posées par la réalisation du transfert international de siège social conduit à s'intéresser aux nouvelles formes sociales européennes que sont la Société Européenne (SE), la Société Coopérative Européenne (SCE) et la future Société Privée Européenne (SPE) qui bénéficient du droit de transférer leur siège social et dont les statuts juridiques ont évacué les conditions préalables à la réalisation du transfert. Au cours de cette étude, il est apparu que le statut de la SE a servi de base pour l'élaboration de ceux de la SCE et de la future SPE. Les trois sociétés partagent par conséquent certains points forts et certains

défauts mais également possèdent leurs propres particularités. Toutefois, des propos qui ont été exposés, il est ressorti que ces nouvelles formes sociales sont loin de répondre aux attentes et aux besoins des milieux professionnels ce qui diminue leur attractivité et les rend moins compétitives face aux formes sociales nationales. Aujourd'hui, suite au rapport que la Commission a rendu au Parlement et au Conseil, il s'agit d'attendre et voir si elle formulera des propositions de modifications du statut de la SE au cours de l'année 2012, ainsi qu'elle s'est proposée de le faire⁶⁹⁶. Ceci a réveillé le débat sur le projet de quatorzième directive relative au transfert international de siège social au sein de l'Union Européenne.

440. Le projet de directive proposé par la Commission introduisait la continuité de la personne morale et posait que le transfert de siège n'était possible à la seule condition que la majorité des deux tiers des associés l'aient décidé sauf majorité plus élevée requise par la loi nationale du pays d'origine de la société. La directive écartait ainsi deux des principaux obstacles à la réalisation d'un transfert de siège social à savoir la liquidation et la reconstitution de la personnalité morale d'une entreprise qui transfère son siège et le fait que dans la plupart des Etats membres de l'Union européenne un transfert n'est possible que si la décision est prise à la majorité des associés. Il prévoyait une application distributive des lois des Etats de départ et d'arrivée de l'entreprise pour les modalités de transfert hors de son champ d'application⁶⁹⁷. Il est à noter que l'aspect fiscal de l'opération n'était pas pris en compte par la proposition de directive.

⁶⁹⁶ COM(2010) 676 final: "Rapport de la Commission au Parlement et au Conseil: Application du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE)", page 11

⁶⁹⁷ Article 6§2 du projet de directive de 1997

441. En mai 2003, suite à un rapport d'étude rendu par un groupe d'experts en 2002 mettant en exergue une demande pressante des opérateurs économiques⁶⁹⁸, la Commission européenne décida de mettre en place un plan d'action sur "la modernisation du droit des sociétés et le renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'UE"⁶⁹⁹. Les motifs qui poussèrent la Commission à élaborer ce plan d'action sont l'impact des scandales financiers intervenus au début des années 2000, l'internationalisation croissante des activités des sociétés européennes ainsi que les développements des nouvelles technologies de l'information et de la communication, et enfin favoriser l'harmonisation des droits nationaux des sociétés dans le cadre d'une Union européenne qui s'apprêtait à accueillir dix nouveaux membres⁷⁰⁰. Ce plan avait pour principaux objectifs le renforcement des droits des actionnaires, de la protection des créanciers et des salariés, une amélioration de la compétitivité des sociétés ressortissantes de l'Union européenne. Il définissait des objectifs à court, moyen et long terme. Ce plan présentait un intérêt particulier au regard de cette étude car la Commission s'y engageait à présenter prochainement une nouvelle proposition de quatorzième directive « "droit des sociétés" relative au transfert du "siège" (centre de ses activités et/ou siège social) d'une société d'un État membre. »⁷⁰¹ et à l'adopter à court terme. En effet, le rapport du groupe d'experts rendu en 2002 suggérait à la Commission de traiter cette question comme urgente⁷⁰².

442. Afin de mesurer l'impact sur les milieux professionnels de son plan d'action, la Commission devait lancer une consultation publique. Les résultats en furent publiés le 15 novembre 2003 dans une synthèse de la Commission à destination du Conseil et du Parlement

⁶⁹⁸ http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/2004-consult_fr.htm

⁶⁹⁹ IP/03/716 sur le site www.europa.eu.int

⁷⁰⁰ http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/company/company/modern/index.htm#consultation

⁷⁰¹ IP/03/716 sur le site www.europa.eu.int

⁷⁰² http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/2004-consult_fr.htm

européen⁷⁰³. Concernant le transfert international de siège social dans le cadre de l'Union européenne, il ressortait une forte approbation de l'intention de la Commission de proposer une quatorzième directive relative au transfert de siège social d'une entreprise au sein de l'Union européenne. Il ressortait également que la protection des membres de la société, de ses créanciers, ainsi que l'interaction entre la proposition de directive et le droit fiscal de chaque Etats membres requéraient une attention particulière. De plus il apparaissait que la Commission dans l'élaboration de sa proposition aurait à prendre en compte les conséquences du changement de *lex societatis* impliquée par le transfert international du siège social notamment au regard des droits et obligations sur lesquelles certains acteurs impliqués dans la vie de la société s'appuyaient.

443. Toutefois des doutes devaient être exprimés sur certains points. Au regard de l'état de l'harmonisation des droits des sociétés et fiscaux des Etats membres, la proposition de la Commission semblait être une initiative prise trop tôt. Il semblait également qu'un premier bilan de la mise en œuvre du statut de la Société Européenne était attendu. Enfin, se retrouvait le sujet de discordance classique au sein de l'Union européenne et de la politique menée en matière de mobilité des sociétés : la participation des salariés. Une certaine opposition était manifestée à l'encontre de la suggestion de l'application du régime de participation des travailleurs tel que prévu par la Directive SE en particulier par les professionnels originaires des Etats membres où un tel régime n'existe pas. Dans le cadre d'une démarche interactive et pour poursuivre sa démarche d'élaboration d'une proposition quatorzième directive relative au transfert international de siège social au sein de l'Union européenne, la Commission devait

⁷⁰³ http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/governance-consult-responses_fr.pdf

lancer en février 2004, une consultation publique⁷⁰⁴ afin définir les orientations du futur projet de la proposition de directive. Les premiers points définis étaient les suivants : les sociétés relevant du champ du droit communautaire devraient pouvoir procéder au transfert de leur siège statutaire dans le cadre d'une procédure assurant la sécurité juridique mais sans avoir à se dissoudre ou à se reconstituer au cours de l'opération. Le maintien de la personnalité juridique serait assuré au cours de l'opération ainsi que la perte et l'acquisition de l'immatriculation de la société dans son Etat d'origine et son Etat d'accueil. Si nécessaire, il devrait être prévu que l'entreprise migrante puisse adapter ses statuts et son patrimoine aux formes requises par la législation de son Etat d'accueil.

444. Au sujet du point délicat de la participation des salariés à la gestion de l'entreprise, le questionnaire soumis au public dans le cadre de cette consultation évoquait la question. L'approche de la Commission se voulait consensuelle. En effet, il était proposé que dans le cadre de la participation des salariés aux organes de décision de la société migrante le régime de l'Etat d'accueil qui s'applique. Toutefois, dans l'hypothèse où ce système existerait dans l'Etat d'origine de l'entreprise, il devrait être maintenu à moins de la négociation d'un accord entre les parties concernées par la question. Il en découlait que chaque Etat membre pouvant être celui d'origine aurait la possibilité de mettre en place un tel système.

445. La consultation fut clôturée en avril 2004 et voici les résultats qui en ressortirent⁷⁰⁵. La directive aurait dû être applicable aux sociétés de capitaux dans la mesure où elles jouissaient d'une personnalité juridique et d'un patrimoine et de capitaux propres. La prise de la décision de transférer le siège social serait revenue à l'assemblée générale dans le respect des formes

⁷⁰⁴ IP/04/270 sur le site www.europa.eu.int

⁷⁰⁵ http://europa.eu.int/yourvoice/results/transfer/index_fr.htm

prévues pour les modifications statutaires. Le projet de transfert sur lequel aurait statué l'assemblée générale pour prendre cette décision aurait dû comporter la forme, la dénomination, le siège statutaire et les statuts envisagés pour la société dans l'Etat membre d'accueil, ainsi que le calendrier envisagé et les droits assurés aux associés ou les mesures proposées à leur égard. Ce projet de transfert serait examiné dans un délai suffisant par les associés, les créanciers et les organes représentant les travailleurs le cas échéant. Il aurait fait également l'objet de mesures de publicité.

446. La consultation publique avait mis en relief l'accord des milieux d'affaires sur des points tels que la protection des créanciers et des associés minoritaires, à l'adaptation de la structure sociale à la législation de l'Etat d'accueil, le maintien de la personnalité juridique au cours de l'opération ainsi que de l'immatriculation de la société à un registre du commerce en fonction du déroulement de l'opération. Ces points se retrouvaient dans les orientations que la Commission voulait donner à la proposition de directive relative au transfert de siège social, ainsi que cela a été exposé précédemment.

447. Les résultats de la consultation publique faisaient état d'un consensus autour de la question fiscale pour appliquer au transfert international de siège social statutaire le même régime de neutralité fiscale réglé par la directive 90/434/CEE pour les fusions transfrontalières, les scissions, les apports d'actifs et les échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents. Toutefois, la pomme de discorde demeurait la participation des travailleurs aux organes de décision de la société. La solution proposée par la Commission, bien qu'équitable était loin de requérir un véritable assentiment, une certaine réticence des milieux d'affaires transparaissait dans les résultats de la consultation. A la suite

de ce qui vient d'être exposé sur les orientations que la Commission désirait prendre lors de l'élaboration de sa proposition de directive et sur les résultats de la consultation publique effectuée sur ce sujet, certaines questions se posaient.

448. La première était la raison qui justifiait le choix de la Commission de ne réglementer que le transfert international du siège statutaire des sociétés de capitaux réduisant ainsi la portée de son projet initial qui plus ambitieux voulait s'appliquer au transfert de siège réel et statutaire de tous types d'entreprises. En effet, la Commission n'avait pas considéré comme opportun d'élaborer un régime particulier concernant le transfert international du siège social effectif d'une société⁷⁰⁶. Plusieurs motifs fondèrent ce choix. D'une part, pour la Commission, la demande d'une directive relative au transfert international de siège social, exprimée par les milieux professionnels et dont la nécessité avait été constatée par le rapport du groupe d'experts rendu en 2002, ne portait que sur la possibilité de choisir une nouvelle *lex societatis* à laquelle se rattacher pour une société déjà constituée sous l'empire de la législation d'un Etat membre. L'explication donnée pour comprendre cette volonté de changement était le désir de la société migrante de dépendre d'une législation mieux adaptée au fonctionnement de ses organes et de ses exigences au regard de ses choix d'implantation et d'évolution de sa structure face à son positionnement économique. L'autre intérêt de la société considéré par la Commission pour justifier son choix de ne légiférer que sur le transfert de siège statutaire était la volonté d'éviter le passage par une procédure de liquidation à la société migrante au cours du processus d'adaptation inhérent au transfert de siège social. En revanche, selon la Commission, le transfert du siège réel répondait à un autre besoin de la société dans la mesure où par une telle opération, il s'agissait de rechercher à restructurer l'organisation de

⁷⁰⁶ http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/seat-transfer/2004-consult_fr.htm#market

l'entreprise sans pour autant se rattacher à une nouvelle lex societatis donc changer de personnalité morale. D'autre part, la Commission considérait que la jurisprudence de la CJCE en vigueur à cette époque⁷⁰⁷ suffisait pour encadrer le transfert international de siège réel⁷⁰⁸. Pour la Commission, il s'agissait en priorité d'élaborer un régime pouvant encadrer le transfert international de siège social statutaire et de surveiller les développements ultérieurs du marché intérieur avant d'envisager un processus d'élaboration d'une directive complémentaire relative au transfert international du siège social réel d'une société. En effet, la Commission considérait que ce type de transfert n'avait fait l'objet d'aucune harmonisation en droit communautaire et que les législations nationales des Etats membres peuvent parfois en interdire la réalisation alors qu'il s'agissait d'une modalité d'exercice de la liberté d'établissement par une société qui décidait d'y procéder. La seconde question était de savoir quelles seraient les sociétés concernées par la future directive. La Commission semblait vouloir limiter la portée de cet acte de droit dérivé aux sociétés de capitaux⁷⁰⁹ dans la mesure où elles présentaient l'avantage d'avoir une personnalité morale et un patrimoine distincts de ceux des associés pouvant servir de garantie aux créanciers de l'entreprise. La dernière question était celle de la nature de directive que se proposait d'élaborer la Commission. Elle devait être fondée sur l'article 44 § 1 et 2 g du Traité⁷¹⁰ et sur le respect des principes posés

⁷⁰⁷ Il est fait référence aux arrêts *Segers*, *Centros* et *Inspire Art*

⁷⁰⁸ http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/2004-consult_fr.htm

⁷⁰⁹ Sociétés de capitaux soumises aux conditions de garanties prévues par la directive 68/151/CEE

⁷¹⁰ Article 44 du Traité CE :

« 1. Pour réaliser la liberté d'établissement dans une activité déterminée, le Conseil, agissant conformément à la procédure visée à l'article 251 et après consultation du Comité économique et social, statue par voie de directives.

2. Le Conseil et la Commission exercent les fonctions qui leur sont dévolues par les dispositions visées ci-dessus, notamment:

(...g) en coordonnant, dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers; »

par la jurisprudence de la CJCE, définir les contours et les limites du transfert international de siège social statutaire d'une société de capitaux⁷¹¹.

449. Dans ce cadre juridique, la société migrante exerçant sa liberté d'établissement aurait dû être déjà constituée selon le droit d'un Etat membre, des dispositions particulières devant être envisagées pour celles exerçant des activités réglementées. Chaque Etat membre aurait dû reconnaître le droit d'une société dépendant de sa législation nationale de pouvoir procéder au transfert de son siège social statutaire dans un autre Etat membre selon les formes et les procédures nécessaires pour la modification des statuts dans cet Etat. La décision de procéder à l'opération aurait dû être prise dans le cadre d'une assemblée générale et sa réalisation n'aurait pu avoir comme conséquence la perte de la personnalité morale de la société selon la loi de son Etat d'origine tant que son immatriculation et sa reconnaissance n'auraient pas été pas effectives selon la loi de son Etat d'accueil. La directive assurerait la coordination dans le temps entre la loi d'origine et la législation d'adoption de la société migrante.

450. La publicité accompagnant la décision et la réalisation de l'opération auraient dû être préalables et adéquates. Les statuts de la société migrante auraient dû être transformés pour être adaptés aux conditions essentielles de substance et de forme requises pour l'immatriculation de l'entreprise dans l'Etat membre d'accueil. Si selon la législation de l'Etat d'accueil, une de ces conditions est la coïncidence entre le siège statutaire et le siège social réel, il aurait fallu que la décision de transfert fût appliquée aussi bien au siège social statutaire qu'au réel. L'Etat d'origine de la société n'aurait pas été compétent pour contrôler que l'adaptation des statuts de la société était bien conforme aux conditions de substance et de

⁷¹¹ http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/seat-transfer/2004-consult_fr.htm#foot5

forme sociales requises par la loi de l'Etat d'accueil. L'Etat d'accueil de la société migrante n'aurait pu refuser de la reconnaître en tant que personne morale ni de l'immatriculer à partir du moment où ses statuts auraient été modifiés d'une manière conforme à sa législation. L'immatriculation de la société dans cet Etat aurait entraîné sa radiation et la perte de sa personnalité juridique dans son Etat d'origine avec notification du transfert sur les registres du commerce de chacun des deux Etats.

451. Toutefois cette perte de la personnalité morale n'aurait eu pour conséquence d'être équivalente à une liquidation de la société et la réalisation de l'opération de transfert n'aurait su avoir des conséquences affectant les relations juridiques de la société avec des tiers. Certaines mesures de protection particulières auraient pu être envisagées pour les droits de certaines personnes telles les associés minoritaires et les créanciers de la société. La directive aurait dû disposer quant à la coordination entre les deux Etats membres, d'origine et d'accueil, au cours de l'opération, accordant au premier le contrôle de la régularité de la prise de décision du transfert et au second le contrôle de la régularité de la modification des statuts de la société. Le transfert aurait dû se réaliser selon le principe de neutralité fiscale comme les principes posés pour les fusions transfrontalières⁷¹². Quant à la participation des salariés, la loi de l'Etat d'accueil aurait été compétente pour régir cette question. Si un système plus strict existait dans l'Etat d'origine de la société migrante que dans le pays d'accueil, il aurait dû être maintenu ou négocié selon les dispositions de la législation de l'Etat d'origine.

452. Il ressort de ce qui vient d'être exposé que les grandes lignes du projet de proposition de directive telle que conçu par la Commission prenait en compte tous les aspects délicats du

⁷¹² Directive 90/434/CEE, *JOCE* L 225 du 20 août 1990, page 1

transfert international de siège social : la survie et le maintien de la personnalité morale de la société, le respect des législations nationales en jeu, une application distributive de chacune et une coordination permettant la gestion juridique de l'opération au cours de son déroulement ainsi que la question fiscale. Il faut noter que l'optique prise par la Commission de n'envisager que le transfert du siège statutaire aurait pu faire penser à un choix tendant à préférer la théorie de l'incorporation à celle de la théorie du siège social. Mais ce n'était pas le cas dans la mesure où il était précisé qu' « En fonction de la législation de l'Etat membre d'accueil, une condition de substance pour l'attribution de la personnalité juridique et l'immatriculation pourrait être la coïncidence du siège statutaire avec le siège réel de la société. Dans un tel cas, la délibération de transférer le siège statutaire devrait comporter aussi la décision de transférer le siège réel. »⁷¹³. Le point faible de ce projet était la question de la participation des salariés qui semblait être envisagée trop légèrement. Ce second projet de quatorzième directive de la Commission européenne devait finalement être abandonné en 2007⁷¹⁴ suite à l'attente du rendu de l'arrêt *Cartesio* par la Commission et à une étude économique sur l'impact de légiférer sur le transfert international de siège social qui a révélé le caractère non convaincant du projet⁷¹⁵.

453. En effet, comme s'y attendait la Commission européenne, l'arrêt *Cartesio* est venu apporter les éléments qui manquaient, compléter et clarifier la jurisprudence de la CJCE sur le transfert international de siège social notamment en précisant les liens qui existent entre une telle opération et l'exercice de la liberté d'établissement. Une société ressortissante d'un Etat membre peut exercer sa liberté d'établissement pour transférer son siège social à partir du

⁷¹³ http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/seat-transfer/2004-consult_fr.htm#text12

⁷¹⁴ SPEECH/07/441, Berlin, 28 juin 2007

⁷¹⁵ SPEECH/07/592, Bruxelles, 3 octobre 2007

moment où l'opération entraîne un changement de *lex societatis* permettant ainsi d'assimiler le transfert de siège d'un Etat membre à un autre à une simple transformation de la société au sein de l'espace juridique européen. Dans le cadre du droit français, ceci a pour conséquence, compte tenu de l'influence du droit communautaire sur le droit international privé français, d'obliger la société à procéder au transfert des deux composantes de son siège social au cours de l'opération. Elle ne peut les dissocier en décidant de ne déplacer que l'une des deux. Cette impossibilité apparaît comme paradoxale dans la mesure où le projet de statut juridique de la SPE permet à cette future société de transférer son siège social en dissociant son siège statutaire de son principal établissement⁷¹⁶. Cette constatation conduit à poser à nouveau la question de la possibilité d'un éventuel retour dans le débat législatif communautaire de la thématique de l'élaboration d'une directive dédiée au transfert international de siège social qui viendrait clarifier une fois pour toute le régime applicable à cette opération en droit européen.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES

Paradis fiscaux-Opérations internationales, Editions Francis Lefebvre, 2^e ed.

Ancel & Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^e éd, 2001

⁷¹⁶ Veronika Korom, « La liberté d'établissement des personnes morales et l'affaire Cartesio : un pas en arrière ? », *Lamy Sociétés commerciales 2008*, mars 2009, chronique

Battifol, *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 3^e éd, 1959

Battifol & Lagarde, *Traité de droit international privé*, LGDJ, 8^e éd, 1993, Tome 1

Bartin, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Domat-Montchrestien, 1930-1935, tome I

Carbonnier, *Droit civil*, Tome 1, PUF 2004

Dicey & Morris, *Dicey and Morris on the conflict of laws*, Sweet & Maxwell, 13^e éd, 2000

Durkheim, *De la division du travail social*, PUF, 7^e éd. 1960

Gasque v. Inland Revenue Comrs (1940), 2 K B 80, cité par Ceshire, *Private International Law*, 9^e éd, North, Londres, 1974

Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Weidmann, 1887, page 608, cité par Paynot-Rouvillois, *Personnalité morale et volonté*, n°28, 17, spéc. page 22

Guyon, *Droit des affaires*, Economica, 12^e éd., 2003, Tome 1

Graulich, *Introduction au droit international privé*, Liège, 1978, page 92, n°61

Hamel et Lagarde, *Traité de droit commercial*, Dalloz, 2^e éd, 1980, I

Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Eisenmann, Dalloz, 1962

Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé*, Dalloz, 3^e éd

Lerebours-Pigeonnière, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 7^e éd, 1962

Lerebours-Pigeonnière, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 8^e éd, 1962

Loussouarn & Bredin, *Droit du commerce international*, Dalloz 1969,

Michel Menjuq, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien 2001

Michoud, *Théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ, 3^e ed., 1932

Niboyet, *Traité*, II, n°751

Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, Paris, 1923, Tome 1

Posner, *Economic analysis of law*, Aspen law & Business, 1998, 5^e ed.

Roubier, *Les Conflits de lois dans le temps. (Théorie dite de la non-rétroactivité des lois)*, Sirey, I, 1929 - 1933

R von Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Ch Guenoux, Firmin-Didot, Tome 2, 2^e ed, 1860

II - THESES

Audit, *La fraude à la loi*, thèse, Paris, 1971

Nathalie Baruchel, *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, thèse, Grenoble, 2002; LGDJ 2004

Bartin, *Etudes de droit international privé*, thèse, Paris, 1899

Boulin, *Le siège social*, thèse, Paris, 1985, vol 1

Demassieux, *Le changement de nationalité des sociétés de commerce*, Lille, 1928

Fahmy, *Le conflit mobile en droit international privé*, thèse, Paris, 1951

Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse, Paris, 1958

Khairallah, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, thèse, Paris, 1984

Levy, *La nationalité des sociétés*, thèse, Paris, 1984

Loussouarn, *Les conflits de loi en matière de sociétés*, thèse, Rennes, 1949

Pillet, *Des personnes morales en droit international*,

Simonart, *La personnalité morale en droit privé comparé : l'unité du concept et ses applications pratiques : Allemagne, Angleterre, Belgique, Etats-Unis, France, Italie, Pays-Bas et Suisse*, thèse, Bruxelles, 1995

Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude à la loi en droit français*, thèse, Paris, 1957

III - ARTICLES & PERIODIQUES

« Lettre autographique de la Chancellerie du 3 juillet 1973 », *Communication ANSA*, n°1600

Actualité Législative, *Dalloz* 2003, n°36, page 2490-2491

Communiqué Cons. Min. du 14 nov 2007, « Adaptation du droit des sociétés au droit communautaire », *Les Nouvelles Fiscales*, 15 déc 2007, n°992

« Nouvelle proposition de loi sur la société européenne », *Lamy*, fev 2004, n°165, page 1

Lamy Sociétés commerciales, 2005

Lamy fiscal, 2005

« Ma petite entreprise... », *Revue Lamy Droit des affaires*, déc 2007, n°22, Actualités 22-

« Les enjeux et le contenu de la proposition de loi relative à la société européenne », *Lexbase Hebdo*, 16 oct 2003, n°90

« Proposition de loi relative à la société européenne », *JCP ed E* du 5 fév 2004, n°6, page 193

"SBA, SPE, *quid ?*", *Gérer – Le magazine du Responsable comptable administratif financier*, mars 2009, n°10, Cahiers d'actualités - Brèves

Travaux du Comité français de droit international privé, 1946-1948, page 157

Astaix A., « Constitution et administration de la société coopérative », *Dalloz*, Actualité, 26 juin 2009

d'Avout Louis, Bollée Sylvain, « Droit du commerce international : août 2008 – août 2009 », *Recueil Dalloz 2009*, page 2384

Bartin, « Droit international privé », *Les fascicules de droit*, Librairie classique R. Guillon, Paris, 1927-1928, fasc 1, page 8 et s.

Bauerreis Jochen, « Le transfert international de siège social au regard du droit communautaire », *Petites Affiches* 17 août 2006, n° 164, page 6

Behrens P., « Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlußanträgen zu Inspire Art », *IPRax* 2003, 193 et s. cité dans *RCDIP* 1992, 508, note Paul Lagarde

Bertrel P., « La société européenne entre son passé et son avenir », *Droit & Patrimoine* Avril 2004, n°12, page 50

Bischoff JM, « Observations sur la validité du transfert international de siège social » in *Mélanges Bastian*, page 28

Bobet Philippe, « Les grandes tendances du RCS en Europe et le choix fait par la France dans la transposition de la directive de 1968 », *Revue Lamy Droit des affaires*, juil 2009, n°40, Perspectives-Réflexions croisées 40-89

Bocara Valérie, « Rapport sur la société européenne : entretien avec Noëlle Lenoir », *Les Petites Affiches*, 30 mars 2007, n°65, page 9

Bocara Valérie, « Adaptation du droit des sociétés au droit communautaire », *Les Petites Affiches*, 30 juil 2008, n°152, page 4

Bottiau Annie, Martinek Michael, « La future société privée européenne (Societas Privata Europaea), menace pour la GmbH », *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} sept 2009, n°9, page 808

Bouchourechliev J., « Une société de droit européen ? », *Presses de Sciences Po / Creda, coll « La bibliothèque du décideur »* 1999, page 40 cité dans Bertrel JP, « La société européenne entre son passé et son avenir », *Droit & Patrimoine* Avril 2004, n°12, page 50

Bougnoux, « Le siège social », *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc 28-30

Bouloukos M., « Le régime juridique de la société européenne (SE) : vers une société européenne 'à la carte' ? », *RDAI* 2004, n°4, page 489

Lecourt Benoît, « Etude d'impact concernant le projet de 14^e directive sur le transfert transcommunautaire de siège social », *Revue des sociétés* 2008, page 198

Lecourt Benoît, « Société privée européenne : approbation par le Parlement européen de la proposition de règlement (10 mars 2009, P6, TA (2009), 0094) », *Revue des sociétés*, 2009, page 4431

Bouckaert B., « Corporate personality : myth, fiction or reality ? », in Rapport belge au XIII Congrès international du droit comparé, Montréal, 1990, page 1 d'après Prujiner, « La personnalité morale et son rattachement en droit international privé », *Les Cahiers de Droit*, vol. 31, n°4, 12/1990

Cathiard Catherine, « Rapport sur la société européenne », *Les Petites Affiches*, 30 mars 2007, n°65, page 4

Calisti Jean-Luc, « La mobilité internationale des sociétés : le point de vue du fiscaliste », *Cahiers du droit de l'entreprise* n°2, mars-avril 2006, page 58

Collin F., « La société européenne – Aspects de droit social », *Droit & Patrimoine* 2004, n°125, page 87

Dammann Reinhard, « Pladoyer pour une libéralisation des modes de constitution d'une société européenne », *Droit & Patrimoine*, oct 2007, pages 163-168

Damy Grégory, « Les groupements d'affaires européens : une évolution décisive pour le XXI^e siècle », *Les Petites Affiches*, 2 janv 2006, n°1, page 8

Déguée JP, « 'Forum Shopping', usage ou abus de la liberté d'établissement ? » obs sous CJCE, 19 mars 1999, *Centros*, *Rev prat soc* 2000, 51 et s

Dufour O., « La société européenne à la française sur les fonds baptismaux », *PA* du 23 oct 2003, n° 212, page 3

Fages F. et Menjucq M., « Proposition de loi relative aux mesures d'adaptation du droit français des sociétés dans la perspective de l'entrée en vigueur du règlement (CE) 2157/2001 du 8 octobre 2001 sur la société européenne (SE) », *JCP ed G* du 22 oct 2003, n°43-44, page 1853

Foyer et Courbe, *Juris- Classeur dr. int.*, fasc 5336-2, n°69 et s.

Fishelson Mary-Daphné, « L'implication des salariés dans les différentes structures européennes », *Bull Joly Sociétés*, 1 oct 2008, n°10, page 818

Fortin F., « La société anonyme repoussée aux calendes...espagnoles », *Droit & Patrimoine* 1999, n°73, page 12

Dom JP, « La société européenne – Aspects de droit des sociétés », *Droit & Patrimoine* 2004, n°125, page 77

Fombeur Pascale, « Présidence française de l'Union européenne : l'heure du bilan », *Revue Lamy Droit civil*, janv 2009, n°56, Perspectives – entretien 56-53

Gridel, « La personne morale en droit français », *RIDC* 1990, page 495

Grosskost Arlette, député, « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n°411) portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire », 16 avril 2008, n°817, pages 33-34

Hopt Klaus J., « Droit comparé des sociétés : quelques réflexions sur l'actualité et sur les évolutions comparées du droit allemand et du droit français des sociétés », *Revue des sociétés* 2009, page 309

Jazottes Gérard, « Le transfert de siège : statu quo ou revirement ? », *Bull Joly Sociétés*, 1 octobre 2008 n°10, page 828

Jonet JM, « Sociétés commerciales - La théorie du siège réel à l'épreuve de la réalité d'établissement - Autour de l'arrêt *Überseering* », *Journal des tribunaux-Droit européen* fév 2003, page 33

Julien-Saint-Amand Luc, « Le (futur) rôle de la société européenne dans le monde des affaires en France et en Allemagne », *Petites Affiches* du 17 août 2006, n° 164, page 45

Korom Veronika, « La liberté d'établissement des personnes morales et l'affaire Cartesio : un pas en arrière ? », *Lamy Sociétés commerciales 2008*, mars 2009, chronique

Kovar Robert, « La mobilité des sociétés dans l'espace européen », *Rec Dalloz 2009*, page 465

Le Bras W., « Le transfert du siège social des sociétés étrangères en France », *Joly Sociétés* 1983, page 795

Lagarde, « Propos de commercialiste sur la personnalité morale : réalité ou réalisme ? », *Mélanges Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, page 429

Louis-Lucas Pierre, « La fraude à la loi étrangère », *RCDIP* 1962, 1

Le Nabasque, « Le droit européen des sociétés et les opérations transfrontalières », *Mélanges Champaud*, Dalloz, 1997, page 431

Lenoir Noëlle, Rapport intitulé « La *Societas Europaea* ou SE – Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise » daté du 9 mars 2007, pages 92-93

Lenoir Noëlle, « Les enjeux de la localisation de la SE dans l'espace européen », *Droit & Patrimoine*, oct 2007, n°163-5

Lenoir Noëlle, Thourot Patrick, Dillenschneider Olivier, Dammann Reinhard, « Les formes communautaires de sociétés : de la SE à la SPE », Les nouveaux outils de la mobilité des entreprises en Europe – Fusions transfrontalières, SE, SPE, Colloque du 2 juin 2008 - Chambre de commerce et de l'industrie de Paris, *Revue Lamy Droit des affaires*, avril 2009, N° 37

Levasseur, « Du changement de nationalité des sociétés anonymes », *Rev. Soc.* 1914, page 321

Lerebours-Pigeonnière, « Observations sur la question du renvoi », *JDI* 1924, page 877

Lienhard A., « Une loi pour les petites entreprises sur l'Europe », *Dalloz*, 26 juin 2008, Actualité

Loussouarn, « Le transfert du siège social et le problème du statut juridique des sociétés », *Travaux du Comité français de Droit international privé*, 1946-1948, page 157 et suivantes

Loussouarn, « La condition des personnes morales en droit international des sociétés », *Rec. Acad. La Haye*, 1959, I, page 480

Maury, *Rec. Acad de La Haye*, 1936, I, n° 173-174

Mazeaud, « De la nationalité des société », *JDI* 1928.30

Menjuq M., « Transfert international de siège social : état du droit positif », *JCP ed E*, 14 oct 1999, n°41, page 1617

Menjuq M., « La société européenne (règlement CE n°2157/2001 et directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001) », *Rev Soc* avr-juin 2002, page 225

Menjuq Michel, « Un modèle de mobilité : la Société Européenne », *Cahiers du droit de l'entreprise n°2*, mars-avril 2006, page 38

Menjuq Michel, « Premier pas et premier bilan de la société européenne en France », *Revue des sociétés*, 2007, page 253

Menjuq Michel, « La proposition de règlement relatif à la société privée européenne : une nouvelle étape en droit communautaire des sociétés ? », *Recueil Dalloz*, 2008, page 2954

Menjucq Michel, « Droit communautaire et droits nationaux des sociétés : des relations ambiguës », *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} oct, 2008, n°10, page 803

Niboyet, « Existe-t-il une nationalité des sociétés? », *RCDIP* 1927.402

Pailluseau, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ* 1993, page 705

Pando Annabelle, « Entreprise et Europe », *Gérer – Le magazine du Responsable comptable administratif financier*, Juil 2009, n°12

Pariante, « Les obstacles à la libre mobilité des entreprises européennes à l'intérieur de l'Union », *Bull Joly Sociétés*, janv 2002, page 21

Parléani Gilbert, « Le règlement relatif à la société coopérative européenne, et la subtile articulation du droit communautaire et des droit nationaux », *Revue des sociétés*, 2004, page 74

Parléani Gilbert, « La société coopérative européenne française après la loi du 3 juillet 2008 », *Revue des sociétés*, 2008, page 531

Parot JC, « La société européenne – Aspects de droit fiscal », *Droit & Patrimoine* 2004, n°125, page 93

Perroud Jean, « Du changement de nationalité d'une société anonyme », *JDI* 1926, page 570

Prujiner, « La personnalité morale et son rattachement en droit international privé », *Les Cahiers de Droit*, vol. 31, n°4, 12/1990, page 1049-1073

Sagaut JF et Cagniard M., « Variations autour de l'emprise des libertés communautaires sur le droit international privé interne », *JCP ed N* du 27 Mai 2005, n°21, page 1281

Rigaux, « Le conflit mobile en droit international privé », *Rec.Acad de La Haye*, 1966, I, n°46, page 367 et n° 74 et s., page 390

Saintourens Bernard, « Sociétés coopératives et sociétés de droit commun », *Revue des sociétés*, 1996, page 1

de Senneville, Valérie « La société européenne prépare son adaptation au droit français », *Les Echos* 9 oct 2003, page 2

Teissier Arnaud, « l'implication des salariés dans la société européenne : la loi de transposition française du 26 juillet 2005 (loi pour la confiance et la modernisation de l'économie) », *Les Petites Affiches*, 17 nov 2005, n°229, page 63

Roth WH, « Internationales Gesellschaftsrecht nach *Überseering* », *IPRax* 2003, 117 et s cité dans *RCDIP* 1992, 508, note Paul Lagarde

Roth WH, « From *Centros* to *Überseering* : Free movement of companies, private international law, and community law », *International and Comparative Law Quarterly* 2003, vol 52, pages 177-208

Wymeersch Edie, « The transfer of the company's seat in Européen Common Law », *Law Review*, vol. 40 (2003), pages 663-695

III- JURISPRUDENCE

Paris, 23 déc 1847, *S* 1847, 2, 355

Bordeaux, 11 août 1857, *D.* 1858, II, 60

Cass, 30 août 1859, *D.* 1859, I, 365

Cass, 20 juin 1870, *S.*1870, I, 373

Crim, 8 août 1873, *Clunet* 1875, 1, 84

Nancy, 8 mai 1875, *Tonglet c. Syndic Hauts Fourneaux de Stenay*

Req, 5 déc 1877, *S* 1878, 1, 220

Civ, 18 mars 1878, *Princesse de Beauffremont*, *S*.1878.1.193, note Labbé

Civ, 18 mars 1878, *Princesse de Beauffremont*, *Grands arrêts de la jurisprudence française de Droit international privé*, 4^e ed, Dalloz, n°6, Benard Ancel & Yves Lequette

Civ, 24 juin 1878, *S* 1878. 1. 429

Civ, 24 juin 1878, *D* 1879. 1. 56

Civ, 24 juin 1878, *JDI* 1879.825

Com, 21 nov 1889, *S* 1890, 850

Trib de la Seine, 27 août 1891, *Clunet* 1891, 1241

Cass, 23 fév 1895, *L'office des rentiers c. Cosson et Sabatier*, *DP* 1895, 1, 341

Req, 22 déc 1896, *S* 1897, 1, 84

Req, 22 déc 1897, *S* 1897, 1, 84

Angers, 23 juin 1906, *Gazette du Palais* 1913, 2, 113

Paris, 27 mars 1907, *J* 1907, 768

Trib civ Lille, 21 mai 1908, *D* 1910, 2, 41, note Perceron

Trib civ Lille, 21 mai 1908 *S* 1908, 2, 177, note Demogue

T. civ. Seine, 1^{er} mars 1909, *J* 1910, 577

Cass, 1er mars 1910, *Soulié*, S.1913.I.105

Trib Corr de la Seine, 2 juil 1912, *D* 1913, 2

Paris, 11 avril 1913, *Gazette du Palais* 1913, 2, 185

Req, 20 juil 1915, *RCDIP* 1916, 366

Req, 20 juil 1915, *JDI* 1916, 70

Trib civ Seine, 20 janv 1923, *Clunet* 1926, 121

Montpellier, 03 mai 1926, *Gaz. Pal.* 1926, II, 153

Civ, 05 fév 1929, *Dame Mancini c. Mancini*, S 1930, I, 81

Req, 12 mai 1931, *Remington Typewriter*, *D.* 1933, I, page 60

Req, 11 fév 1933, *D* 1934, 1, 69

Civ, 25 juil 1933, *DP* 1936. 1.121, note Silz, S 1935.1.41, note Niboyet

Paris, 04 fév 1935, *Consortium financier d'Etudes c. Vacher*, *RCDIP* 1935, 817

Req., 17 juil 1935, *Comp. des caoutchoucs de Padang et Admin de l'enregistrement*, *RCDIP* 1936, 767, note EP

Civ, 29 mai 1937, *D* 1937.1.64, S 1937.1.365

Civ, 07 mars 1938, *De Marchi della Costa c. époux de Bagneux*, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^e ed, Dalloz, n°16

Com, 25 avril 1948, *GP* 1950, 2,8 ; Cass, 17 juil 1954, *D* 1954, 627

Com, 29 nov 1950, *GP* 1950, 1, 86

Com, 14 mai 1952, *D* 1952, 507

Civ 2^e, 28 janv 1954, *Comité d'établissement des Forges et Aciéries de la Marthe et d'Homécourt c. Ray*, *JCP* 1954, II, 7978, conclusions Lemoine

Civ, 15 juil 1954, *D* 1954, 627

Civ, 7 mars 1956, *D* 1956, Somm 170

Civ, 19 mars 1956, *D* 1956, 351

Cass, 16 juin 1957, *D* 1957, 596

Paris, 31 oct 1957, *Magnard et autres c. Garnier*, *RCDIP* 1958, 345, note Y.L.

Com, 16 déc 1958, *Bull. civ.*, III, n° 438

Trib Confl, 23 nov 1959, *Soc Mayol, Arbona et Compagnie*, *RCDIP* 1960.180, note Loussouarn

Ch. civ., 1^{er} sect, 15 mai 1963 (2 arrêts), *RDCIP* 1964.506 & 532. note P. Lagarde

Ch. civ., 1^{er} sect, 15 mai 1963 (2 arrêts), *JDI* 1963.996 & 1016. note Malaurie

Ch. civ., 1^{er} sect, 15 mai 1963 (2 arrêts), *JCP* 1963.II.13 365 & 13 366. note Motulsky

Ch. civ., 1^{er} sect, 15 mai 1963 (2 arrêts), Ancel & Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^e éd, 2001, n°38-39

Paris, 18 juin 1964, *Gunzburg c. dame Schrey*, *JDI* 1964, 810, note JD Bredin

Paris, 19 mars 1965, *Bakalian et Hadjithomas c. Banque ottomane*, *RCDIP* 1965, 84, note Lagarde

Paris, 19 mars 1965, *Bakalian et Hadjithomas c. Banque ottomane* JDI 1966, 117, note Goldman

Cour de cassation de Belgique (1^{er} Ch.), 12 oct 1965, *Soc. Lamot c. Willy Lamot*, JDI 1967.140, note Leleux

Cour de cassation de Belgique (1^{er} Ch.), 12 oct 1965, *Soc. Lamot c. Willy Lamot*, JDI, 1966.140, note Abrahams ;

Cour de cassation de Belgique (1^{er} Ch.), 12 oct 1965, *Soc. Lamot c. Willy Lamot* RCDIP, 1967.510, note Loussouarn

CA Paris, 26 mars 1966, RCDIP 1968, page 58, note Loussouarn

CA Paris, 26 mars 1966, JDI 1966, page 841, note Goldman

Paris, 30 janv 1970, *SA Genty Cathiard c. SARL de Rugle et Cie*, Bull Joly Sociétés 1971, 661

TCom, 23 fév 1970, JCP 1970, II, 16 335, note Yves Guyon

TCom, 23 fév 1970, RTD Com, 1970, 499, obs Houin

Civ 1, 30 mars 1971, C.C.R.M.A., RCDIP 1971, page 451, note P. Lagarde

Civ 1, 30 mars 1971, C.C.R.M.A., JDI 1972, page 834, note Loussaourn

Civ 1, 30 mars 1971, C.C.R.M.A., JCP 1972, II, 17101, note Oppetit.

Com, 12 déc 1972, n° 71-11.682, Bull. civ. IV, n°331, page 307

Civ 1^{er}, 11 juil 1977, *Giroux c. dame Chartrand*, RCDIP 1978, 149, note B. Audit

Paris, 28 mai 1979, Bull rapide du droit des affaires, 29 fév 1980, page 16

Paris, 28 sept 1982, *URSSAF c. SARL Salma*, cité BRDA 2001, n°9, page 3

TC de Paris, 19 oct 1982, *Comité de défense des actionnaires de la Banque ottomane et autres c. La Banque ottomane et autres*, RCDIP 1984, page 93, note Synvet

Civ 1^{er}, 17 mai 1983, *Société Lafarge*, RDCIP 1985, 346, note Ancel

Paris 3 oct 1984, *Comité de défense des actionnaires de la Banque ottomane et autres c. La Banque ottomane et autres*, RCDIP 1985, page 526, note Synvet

Paris 3 oct 1984, *Comité de défense des actionnaires de la Banque ottomane et autres c. La Banque ottomane et autres*, JDI 1986, page 156, note Goldman

Civ 20 mars 1985, *Leslie et Aimery Caron c. Epoux Odell*, RCDIP 1986, 66, note Lequette

Civ 20 mars 1985, JDI 1987, 80, note Niboyet-Hoegy

CJCE, 10 juil 1986, *D. H. M. Segers contre Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, aff. 79/85, Rec page 2375

CJCE, 10 juil 1986, *D. H. M. Segers contre Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, aff. 79/85, Rec 1986, page I-2375, conclusions de l'Avocat général Darmon

Civ 1, 21 juil 1987, *SA Etablissement Bernard c. Zenner*, D 1987, IR, 189

Com, 19 janv 1988, *Maus, syndic de la liquidation des biens de la société BCT Computer c. Hérissay, syndic de la liquidation des biens de la société BCT Computer*, D 1988, 565, note J.-P. Rémerly

CJCE, 27 sept 1988, *The Queen c. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, Aff 81/87, Rec, page 5483

CJCE, 13 nov 1990, *Marleasing SA contre La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, Aff C-106/89, Rec 1990 page I-04135

Ass Plé, 21 déc 1990, *Directeur général des impôts c. Société Roval*, RCDIP 1992.70, note Duranton

CAA Paris, 02 juil 1991, *SA Romantic Music Corporation*, Bull Joly 1991, n°341, page 956

Com, 28 janv 1992, *Demuth*, Bull civ 1992, IV, n°36, page 29

Paris, 19 mars 1992, *X c. Conseil d'administration de la Sté Emerson Europe SA*, *Bull Joly* 1992, page 759, note Y. Reboul

CJCE, 16 déc 1992, *Commission c. Belgique*, Aff C-221/91, *Rec* 1992 page I-06757

CJCE, 31 mars 1993, *Kraus*, C-19/92, *Rec* page I-1663, point 32

Com, 11 avril 1995, *BCCI Overseas c. Forde et autres*, *RCDIP* 1995, octobre-décembre, note B. Oppetit

CJCE, 30 nov 1995, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli avvocati e procurati di Milano*, C-55/94, *Rec* page I-4165

CJCE, 2 mai 1996, *Brennet AG c. Vittorio Paletta*, Aff C-206/94, *Rec* 1996 page I-02357

Civ 1^{er}, 11 juin 1996, *RCDIP* 1997, page 65, note Lagarde

CJCE, 12 mai 1998, *Alexandros Kefalas e.a. contre Elliniko Dimosio (Etat hellénique) et Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, aff. C-367/96, *Rec* 1998, page I-2843

CJCE, 12 mai 1998, *Alexandros Kefalas e.a. contre Elliniko Dimosio (Etat hellénique) et Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, aff. C-367/96, *Rec* 1998, page I-02843, conclusions de l'avocat général Tesaurò

Civ 1^{er}, 08 déc 1998, *Société Général accident c. BNP et autres*, *RCDIP* 1999, page 284, note Menjuq

CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, *Dalloz*, 1999, n°37, *Cahier de droit des affaires*, jurisprudence page 550, note Michel Menjuq

CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, *Revue des Sociétés* 1999, page 394, note Parléani

CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, JCP éd E du 29 juillet 1999, page 1285, chronique Y Reinhard

CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, JDI 2000, 482, note Luby

CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Bull Joly 1999, page 705, note JP Dom

CJCE, 23 nov 1999, *JC Arblade, Arblade & Fils SARL, B et S Leloup et Sofrage SARL*, RCDIP 2000, 710, note Fallon

Civ 1^{er}, 21 mars 2000, *Ballestrero*, RCDIP 2000, page 399, note Ancel

Civ 1^{er}, 21 mars 2000, *Ballestrero*, D. 2000, page 539, note Boulanger

Civ 1^{er}, 21 mars 2000, *Ballestrero*, JCP 2000, II, 10 443, note Vignal

Civ 1^{er}, 21 mars 2000, *Ballestrero*, Gaz. Pal. 25 août 2000, page 9, note Drapier

Civ 1^{er}, 21 mars 2000, *Ballestrero*, Gaz. Pal 01 oct 2000, page 17, chron Brière

Civ 1^{er}, 21 mars 2000, *Ballestrero*, JDI 2001, page 505, note Révillard

CJCE, 9 nov 2000, *Ingmar GB Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc*, RCDIP 2001, 107, note Idot ;

CJCE, 1^{er} fév 2001, *Mac Queen e.a.*, C-108/96, Rec page I-837

Paris, 07 mars 2001, *Sté Free Surf c. Faulhaber*, BRDA 2001, n°9, page 3

Cour d'appel de Liège, 27 mars 2001, *Revue de droit commercial belge* 2003, page 144, note Nadie Watté & Vanessa Marquette

CEDH, 16 avr 2002, *Sté Colas et autres c. France*, n°3797/97

CJCE, 05 nov 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, n° C-208/00

CJCE, 05 nov 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, n° C-208/00, Rec 2002, page 1, conclusions de l'Avocat général Damaso Ruiz-Jarabo Colomer,

CJCE, 05 nov 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, JCP ed E du 24 juillet 2003, n°30, page 1242, chr Parléani

CJCE, 05 nov 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, RCDIP 2003, 508, note Lagarde

CJCE, 05 nov 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Bull Joly Sociétés avril 2003, 452, n°91, note Luby

CJCE, 05 nov 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Europe 01/2003, 20, n°20, note Idot

CJCE, 05 nov 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, JCP éd E du 20 mars 2003, 520, n°448, note M Menjuq

CJCE, 21 nov 2002, *X et Y*, Aff C-436/00, Rec page I-10829

CJCE, 30 sept 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd*, Aff C-167/01, Rec 2003 page I-10155

CJCE, 11 mars 2004, *Hughes de Lasteyrie du Saillant c. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, Aff C-9/02, Rec 2004 page I-02409

CJCE, 5 oct 2004, *Caixa Bank France c. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, C-442/02, Rec page I-08961

Crim, 31 janv 2007, *Elf-Gabon*, Dalloz 2007, page 1817, chron. Carron et Ménotti

CJCE, 4 juil 2007, *Haim*, C-424/97, Rec page I-5123

CJCE, 11 oct 2007, *Européenne et Luxembourgeoise d'investissements SA (ELISA) c. Directeur général des impôts, Ministère public*, C-451/05, Rec page I-, point 81

CJCE, 16 déc 2008, n° C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, Rec Dalloz, page 465

CJCE, 16 déc 2008, n°C210-06, *Cartesio*, note Reinhard Dammann, Bull joly Sociétés, 1 juin 2009, n°6, page 593



CJCE, 16 déc 2008, n°C210-06, *Cartesio*, note Thomas Mastrullo, *Gazette du Palais*, 24 mars 2009 n°83, page 12

CJCE, 16 déc 2008, *Cartesio*, *RTD Com 2009*, page 227, note Gérard Jazottes

CJCE, 16 déc 2008, n°C210-06, *Cartesio*, *Revue des sociétés 2009*, page 147, note Gilbert Parléani,

CJCE, 12 sept 2009, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, *Rec* page I-7995, point 55

INDEX

B

Ballestrero 132, 419
Banque ottomane 134, 135, 416, 417

C

Cartesio 6, 9, 84, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 157, 158, 159, 160, 165, 223, 241, 363, 364, 370, 373, 378, 381, 389, 401, 409, 421



conflit de systèmes négatif 122, 126, 129, 130, 131, 136
 conflit de systèmes positif 104, 121, 143
 conflit mobile 105, 298

D

Daily Mail 6, 9, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 94, 95,
 148, 149, 150, 159, 161, 175, 379, 380, 389, 418
Dame Mancini c. Mancini 324, 414
De Marchi 132, 415

F

fraude 21, 40, 76, 154, 164, 314, 315, 317, 318, 319, 320,
 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331,
 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 343, 346,
 348, 349, 353, 357, 358, 359, 362, 364, 365, 366, 367,
 368, 369, 370, 371, 372, 374, 375, 376, 377, 379, 381,
 382, 385, 386, 404, 409

I

Inspire Art 168, 223, 361, 362, 370, 371, 377, 378, 382,
 397, 406, 420
intérêt général 94, 96, 98, 153, 154, 156, 169, 174, 259,
 370, 371, 376, 378, 379, 380, 382, 383, 387

L

law shopping 161, 207, 208, 212, 213, 214, 217, 223, 225,
 250, 261, 313, 314, 359, 361, 362, 363, 365, 372, 376,
 384

P

personnalité morale 50

Princesse de Beauffremont 318, 323, 324, 326, 329, 332,
 337, 347, 413

R

Remington Typewriter 21, 414
 renvoi 122, 298

S

siège social 15
Soc Mayol, Arbona 31, 415
 Société Coopérative Européenne 7, 44, 197, 198, 199,
 209, 214, 254, 255, 259, 260, 262, 267, 278, 391
 Société Européenne 7, 44, 48, 86, 197, 198, 199, 200,
 203, 206, 207, 208, 210, 211, 212, 219, 220, 222, 226,
 238, 242, 244, 246, 249, 250, 267, 278, 279, 391, 394,
 411, 423
Société Lafarge 321, 331, 417
 Société Privée Européenne 7, 44, 197, 198, 199, 214, 247,
 279, 280, 281, 282, 287, 288, 294, 295, 305, 306, 391

T

théorie de l'incorporation 23, 35, 77, 103, 106, 135, 136,
 153, 160, 161, 165, 166, 167, 168, 175, 222, 296, 400
 théorie de la fiction 54, 55, 57, 58, 59, 65, 66, 67, 73, 75,
 77, 96, 172
 théorie de la réalité 60, 61, 65, 67, 69, 74, 75, 77, 97, 98,
 172

Ü

Überseering 84, 88, 89, 90, 93, 94, 95, 149, 150, 151, 152,
 153, 157, 160, 163, 164, 168, 169, 170, 361, 363, 364,
 370, 373, 375, 378, 379, 406, 409, 412, 420

Le transfert international de siège social (Résumé)

Selon le système français de conflit de lois, le siège social est le critère qui permet de déterminer la loi applicable à une société et si elle peut se prévaloir de la nationalité française. Or, quand le terme de siège social est évoqué, il convient de savoir s'il s'agit du siège réel ou statutaire car il est possible de dissocier le siège social en ces deux éléments, chacun ayant une finalité particulière et complémentaire de celle de l'autre.

Le siège statutaire permet de localiser objectivement une société et de la rattacher à un système juridique. Si un doute surgit sur la réalité de ce siège, le siège réel et sérieux se substitue au siège statutaire pour permettre de localiser l'implantation réelle de la société, reflet de son activité sociale et économique. Cette possibilité de dissociation et de son usage par une entreprise soulève la question du transfert international du siège social défini dans cette étude comme une opération impliquant pour une société de migrer de son pays d'origine vers un autre en déplaçant son siège social sans avoir l'obligation de se dissoudre dans son Etat d'origine pour se reconstituer dans son Etat d'accueil.

Cette définition conduit à étudier les conditions préalables au transfert à savoir la survie de sa personnalité morale et de sa reconnaissance par l'Etat d'accueil et à étudier aussi sa réalisation au regard du droit international privé français. Sous l'influence du droit européen et notamment de la jurisprudence de la CJCE, ces



conditions disparaissent et le transfert international de siège social se trouve régi ou pas par la liberté d'établissement s'il implique un changement de lex societatis ou pas.

Cette étude générale du transfert international de siège social conduit à s'intéresser aux cas particuliers : le transfert de siège réalisé par le biais d'une des nouvelles formes sociales européennes (SE, SCE et SPE) qui bénéficient du droit de procéder à une telle opération et le transfert international frauduleux en droit international privé et droit européen.

Descripteurs : Conflit de lois, Droit international privé, Droit européen, Transfert international, Siège social, Personnalité morale, Société Européenne, Fraude

The international transfer of a company's headquarters (abstract)

According to the French system of conflict of laws, the head office is the criterion which permits to determine the law applicable to a company and if the company can be considered as a French national. However, when the term of "head office" is invoked, the issue that arises is to determine which component of the head office is referred to, the statutory seat or the real seat, as it is possible to dissociate the head office of a company into these two elements.

The statutory seat allows to objectively situate a company in order to assign an applicable legal system to it. . If any doubt is raised about the reality of the statutory seat, the real seat is substituted to the statutory one in order to determine the real location of the head office of the company, reflection of its social and economic activities. The fact that the possibility of dissociating the statutory seat of a company from the real seat may be used by the company raises the issue of the international transfer of a company's head office which is defined in this study as an operation by which a company migrates by moving its head office from its country of residence to a host country where it wishes to settle without having to be dissolved in its state of origin in order to proceed to its reconstitution in its host state.

This definition leads to examine the prerequisites to an international transfer of a company's head office: the survival of the company's corporate personality and its recognition by the host state. The foregoing also leads to examine the realization of the international transfer. Under the influence of the European law and especially the CJEU case law, these prerequisites become moot and the international transfer of a company's head office is ruled by the freedom of establishment depending on whether or not it involves a change of the lex societatis applicable to the company.

This general review of the operation leads to examine the specific cases of an international transfer of a company's head office: the transfer of head office of the new European companies that are the European Company, the European Co-operative Company and the future European Private Company and also the fraudulent international transfer under the French international private law and the European law.

Keywords : Conflicts of laws, International private law, European law, International Transfer, Head office, Corporate personality, European company, Fraud