

Faculté de droit et de criminologie

Le droit belge des sociétés est-il conforme au droit européen en ce qui concerne les procédures de réorganisation transfrontalière des sociétés ?

Auteur : Nelly Zylberberg
Promoteur: Edouard-Jean Navez
Année académique : 2021-2022
Master en droit
Finalité en droit de l'entreprise

Plagiat et erreur méthodologique grave

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

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

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

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

Remerciements :

Je tiens tout d'abord à remercier mon promoteur, Monsieur Edouard-Jean Navez, de m'avoir conseillé, guidé, encadré et aidé tout au long de la rédaction du présent mémoire.

Je remercie également mes proches de m'avoir soutenue, de continuer à le faire, et d'avoir cru en moi et ce, depuis le début de mes études universitaires.

J'aimerais ensuite remercier mon voisin Jean-Marc Helson pour la relecture d'une partie de mon mémoire.

J'aimerais enfin symboliquement dédier ce mémoire à Victoria Istat, une amie très chère à mon cœur.

Table des matières

Introduction :	1
Partie 1. Les procédures de réorganisation transfrontalière en droit européen :	3
Chapitre 1. Historique de la prise en considération de la mobilité des sociétés par le droit européen :	3
Section 1. Le droit primaire :	3
Sous-section 1. Contextualisation :	3
Sous-section 2. Les dispositions pertinentes du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :	4
Section 2. La jurisprudence de la CJUE :	5
Sous-section 1. Les arrêts clés pour la mobilité des sociétés en droit des sociétés :	5
§1. Les arrêts conservateurs :	5
§2. Les arrêts progressistes :	7
Sous-section 2. Synthèse de l'évolution jurisprudentielle examinée :	14
§1. L'évolution de la position de la CJUE à proprement parler :	14
§2. Le rôle particulier de la CJUE :	16
§3. Certains impacts de cette évolution :	17
Section 3. Le droit secondaire :	19
Sous-section 1. Le Règlement sur la société européenne :	19
Sous-section 2. La Dixième Directive :	20
Sous-section 3. La Directive Sociétés :	22
Sous-section 4. La Directive Mobilité :	22
Chapitre 2. Les procédures de réorganisation transfrontalière en droit européen des sociétés :	24
Section 1. Les exigences du régime mis en place par la Directive Mobilité :	25
Sous-section 1. La procédure de fusion transfrontalière :	25
§1. Le projet commun de fusion transfrontalière :	25
§2. Le rapport de l'organe d'administration ou de gestion :	26
§3. Le rapport de l'expert indépendant :	28
§4. Mesure de publicité :	30
§5. L'approbation par l'assemblée générale :	31
§6. Double contrôle de légalité :	32
§7. Immatriculation et prise d'effet de la fusion transfrontalière :	34
§8. La protection des associés :	34
Sous-section 2. La procédure scission transfrontalière :	35
§1. Le projet commun de scission transfrontalière :	36
§2. Le rapport de l'organe d'administration ou de direction :	36
§3. Rapport de l'expert indépendant :	38
§4. Mesures de publicité :	41
§5. Approbation de l'assemblée générale :	41
§6. Le double contrôle de légalité :	43

§7. L'immatriculation et la prise d'effet de la scission transfrontalière :	45
Sous-section 3. La transformation transfrontalière :	45
§1. Le projet de transformation transfrontalière :	46
§2. Le rapport de l'organe de direction :	47
§3. Le rapport de l'expert indépendant :	48
§4. Les mesures de publicité :	48
§5. L'approbation par l'assemblée générale :	49
§6. Le double contrôle de légalité :	51
§7. L'immatriculation et la prise d'effet de la transformation transfrontalière :	52
§8. Le droit de retrait des associés :	53
§9. La protection des créanciers :	54
§10. La protection des travailleurs dans les organes de direction à l'issue de l'opération :	55
Section 2. Évaluation du régime actuel :	56
Sous-section 1. Examen général de l'apport du droit secondaire :	56
§1. Apport positif :	56
§2. Relativisation de cet apport :	56
Sous-section 2. Examen spécifique : avec la Directive Mobilité, la boucle est-elle bouclée ?	58
§1. La Directive Mobilité : audacieuse ou timide ?	58
§2. Conclusion et perspectives d'avenir :	61
Partie 2. Les procédures de réorganisation transfrontalière en droit belge :	63
Chapitre 1. Le régime établi par le CSA :	63
Section 1. Fusion transfrontalière :	64
Sous-section 1. Contexte :	64
Sous-section 2. Notion :	64
Sous-section 3. Procédure :	67
§1. Double condition préalable :	67
§2. Les étapes procédurales :	67
§3. La prise d'effet :	69
Sous-section 4. Droit applicable :	69
Section 2. Scission transfrontalière :	70
Sous-section 1. Contexte :	70
Sous-section 2. Notion :	72
Sous-section 3. Procédure :	73
Sous-section 4. Droit applicable :	76
Section 3. Apport/cession de branche d'activité/d'universalité transfrontalier :	77
Sous-section 1. Notions :	77
§1. Apport d'universalité transfrontalier :	77
§2. Apport de branche d'activité transfrontalier :	77
§3. Cession d'universalité/de branche d'activité transfrontalière :	79
Sous-section 2. Effets :	79

Sous-section 2. Procédures :	81
§1. Procédure d'apport d'universalité/de branche d'activité transfrontalier :	81
§2. Procédure de cession d'universalité/de branche d'activité transfrontalière :	82
Section 4. Transformation transfrontalière :	83
Sous-section 1. Contexte :	83
Sous-section 2. Notion :	85
Sous-section 3. Procédure :	85
§1. Procédure d'émigration :	85
§2. Procédure d'immigration :	88
Sous-section 4. Droit applicable :	89
Chapitre 2. Appréciation de la cohérence entre les régimes des opérations de réorganisation transfrontalière établis par le CSA :	90
Partie 3. Évaluation de la conformité du régime belge des opérations de réorganisation transfrontalière avec le droit européen :	93
Chapitre 1. Les balises utiles pour l'évaluation :	93
Section 1. L'objet de l'évaluation :	93
Section 2. La notion d'entrave à la liberté d'établissement et le <i>Gebhard-test</i> :	94
Section 3. Les autorités compétentes pour un contrôle de conformité :	95
Chapitre 2. L'évaluation de la conformité du CSA au droit européen pour le régime des procédures de réorganisation transfrontalière :	95
Section 1. Quant à la procédure de fusion transfrontalière :	97
Section 2. Quant à la procédure de scission transfrontalière :	97
Section 3. Quant à la procédure de transformation transfrontalière :	99
Conclusion :	101
Bibliographie :	104
1. Jurisprudence :	104
1.1. Jurisprudence européenne :	104
1.2. Conclusions :	104
1.3. Jurisprudence belge :	105
2. Législation :	105
2.1. Législation belge :	105
2.3. Législation européenne :	105
3. Doctrine juridique :	106
3.1. Doctrines en français :	106
3.2. Doctrines en anglais :	111
3.3. Doctrines en néerlandais :	112
3.4. Doctrines en allemand :	113
4. Sites internet :	114
5. Autres :	114

5.1. Études :	114
5.2. Divers :	115

Introduction :

L'évaluation de la conformité du droit belge au droit européen, en ce qui concerne les procédures de réorganisation transfrontalière des sociétés, est une question de recherche présentant de nombreux aspects attrayant que l'on peut synthétiser par trois points. Premièrement, la gymnastique intellectuelle requise pour évaluer la conformité, de façon générale, d'un droit national au droit européen est intéressante puisqu'elle implique de remettre en question les normes établies par le législateur national. Cela demande donc une mobilisation intéressante de son esprit critique. Deuxièmement, les procédures de réorganisation transfrontalière sont une partie du droit des sociétés très intéressante. Cette façon d'adapter, de façon stratégique, l'organisation d'une société, ou d'un groupe de sociétés, en fonction de divers facteurs, constitue un sujet comportant une dimension dynamique. Il s'agit en effet de s'intéresser à la manière dont une société va se réorganiser afin, soit de survivre, soit d'étendre son pouvoir économique. Troisièmement, l'aspect transfrontalier permet de renforcer la richesse de la question de recherche puisque la portée de ces procédures va au-delà des frontières nationales. D'autant plus que la mondialisation a impacté beaucoup de secteurs dans le monde, dont notamment les stratégies que doivent adopter les sociétés, leur mode de fonctionnement ainsi que les objectifs qu'elles peuvent envisager. C'est pourquoi, dans ce contexte, l'établissement d'un régime de procédures de réorganisation transfrontalière pour les sociétés qui soit cohérent et adapté aux *challenges* de notre époque est devenu primordial.

Par ailleurs, l'examen des procédures de réorganisation transfrontalière constitue l'objet de beaucoup de contributions doctrinales en droit des sociétés, lesquelles sont toujours curieuses de creuser davantage le sujet. Le présent mémoire sera donc un écrit abordant une fois de plus cette thématique. Néanmoins, une originalité de ce mémoire consiste dans l'évaluation de conformité, non pas sous l'angle d'une seule de ces procédures, mais bien concernant l'ensemble des quatre grands types de procédures de réorganisation transfrontalière consacrées en droit belge. Ce sera donc une évaluation complète qui tentera, autant faire se peut, d'être faite, le tout avec une touche d'originalité par le prisme d'une démarche personnelle pour parvenir à répondre à la question de recherche.

L'on précise en outre que la thématique des procédures de réorganisation transfrontalière étant très large et pouvant être abordées sous plusieurs angles (comme le droit des sociétés, le droit fiscal, le droit social, le droit international privé, etc.). C'est pourquoi, il a été choisi de se focaliser sur les procédures de réorganisation transfrontalière employées établies pour les sociétés. De plus, cette évaluation sera faite sous l'angle principal du droit des

sociétés, tant en droit belge qu'en droit européen, tout en incorporant, lorsqu'il est nécessaire, des aspects de droit international privé. Le choix de baliser le sujet de cette façon a été effectué parce que, si l'on veut fournir une évaluation de conformité étoffée, il apparaît pertinent, à notre sens, de baliser de cette façon le sujet de recherche.

Pour finir, la réponse à cette question de recherche sera organisée en trois parties.

Une première partie servira de panorama du régime établi par le législateur européen en ce qui concerne les procédures de réorganisation transfrontalière. Celle-ci sera subdivisée en trois chapitres. Un premier chapitre abordera l'historique de la prise en considération de la mobilité des sociétés en droit européen. Un second chapitre décrira, d'une part, les exigences du législateur européen, via la Directive Mobilité, en la matière et, d'autre part, il sera réalisé une évaluation critique de ce régime exposé.

Une deuxième partie passera ensuite en revue la consécration, en droit belge, de ces procédures. Cette partie sera divisée en deux chapitres. Un premier chapitre passera en revue le régime belge établi par le Code des sociétés et des associations (ci-après « CSA »), pour les quatre procédures de réorganisation transfrontalière. Puis, un second chapitre aura pour objet d'apprécier la cohérence entre les différents régimes établis, par le législateur belge, pour les procédures de réorganisation transfrontalière.

Puis, une troisième partie consistera en l'aboutissement du raisonnement permettant de répondre à la question de recherche. Pour ce faire, un premier chapitre posera les balises de l'évaluation qui sera réalisée, à savoir :

- l'objet de l'évaluation,
- l'explication de la notion d'entrave à la liberté d'établissement ainsi que le *Gebhard test*,
- l'indication des autorités compétentes pour réaliser en pratique un contrôle de conformité d'un droit national par rapport au droit européen.

Une fois ces balises posées, l'on passera à un second chapitre qui consistera à l'évaluation *stricto sensu* de la conformité du droit belge au droit européen en ce qui concerne les procédures de réorganisation transfrontalière. En d'autres termes, ce chapitre consistera en l'aboutissement du raisonnement construit au travers de ce mémoire.

Ce mémoire se clôturera ensuite par une conclusion ayant pour objet de synthétiser, d'une part, les principaux enseignements explicités au travers de ce mémoire et, d'autre part, le point de vue personnel quant à l'évaluation de la conformité telle que demandée dans la question de recherche.

Partie 1. Les procédures de réorganisation transfrontalière en droit européen :

Chapitre 1. Historique de la prise en considération de la mobilité des sociétés par le droit européen :

Dans ce chapitre, nous allons retracer l'origine de l'intérêt du droit européen pour la mobilité des sociétés et quelles sont les évolutions légales consécutives de cette prise en considération. Pour ce faire, nous allons examiner, successivement et chronologiquement, les trois grandes étapes juridiques ayant mené au régime actuel, du point de vue du droit des sociétés, des procédures de réorganisation transfrontalière, pour les sociétés, à savoir :

- Le droit primaire ;
- La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après « CJUE ») ;
- Les directives et règlements européens.

Section 1. Le droit primaire :

Sous-section 1. Contextualisation :

Selon une idée rentrée dans les mœurs, le commerce calme les tensions entre les hommes. De façon illustrative, on peut songer aux timbres de Louis-Eugène Mouchon de 1876. Ils comportaient une gravure sur laquelle deux personnes joignaient leurs mains, à savoir¹ :

- une femme tenant un rameau d'olivier et qui symbolisait la paix ;
- le dieu Hermès, représentant le commerce.

On a aussi Montesquieu qui disait déjà à l'époque que « *partout où il y a le commerce, il y a des mœurs douces*² ». On peut également citer Napoléon Bonaparte qui disait que « *le commerce unit les hommes, tout ce qui les unit les coalise, le commerce est donc essentiellement nuisible à l'autorité* ».

Ces trois illustrations convergent vers une seule et même conception à savoir que le commerce est un facteur d'union entre les peuples de par la poursuite de l'objectif économique commun.

¹ G. FUSTER, « Chapitre 6. - L'ambivalence de la liberté d'établissement : régime de circulation ou droit à l'optimisation ? », in *Le sens des libertés économiques de circulation* (sous la dir. de J-S BERGÉ et G. GIORGINI), 1^{re} édition, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 297.

² MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1. XX, ch.1.

C'est dans cette optique que le marché unique européen, caractérisé par de fort liens d'interdépendance³ entre les États-membres, s'est développé. Toutefois, certains États tempèrent parfois cette union en défendant leurs particularismes pour préserver leur autorité souveraine sur leur territoire national. Ce caractère protectionniste des États-membres de l'Union européenne (ci-après « UE ») rejoint la potentielle menace pour l'autorité à laquelle Napoléon Bonaparte faisait allusion dans la citation mentionnée ci-avant.

Sous-section 2. Les dispositions pertinentes du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :

C'est dans le cadre de la mentalité évoquée ci-avant que le législateur a consacré l'objectif de réalisation d'un marché intérieur dont la notion est consacrée à l'article 26.2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE »). L'espace commun créé par l'UE permet une facilitation des échanges, ce qui à son tour favorise les activités économiques des acteurs du marché européen.

Par ailleurs, le Titre IV du TFUE consacre les libertés fondamentales de circulation au sein de l'UE pour les personnes, pour les services et pour les capitaux. Plus spécifiquement, l'article 49 TFUE consacre la liberté d'établissement puisqu'il en interdit les restrictions. Cette liberté d'établissement permet de donner corps à l'objectif de marché intérieur. Elle permet aussi aux activités des sociétés de connaître une expansion au-delà des frontières de l'État dans lesquelles elles étaient initialement circonscrites. Toutefois, c'est l'article 54 TFUE qui permet aux sociétés de bénéficier, par extension, de la liberté d'établissement. En effet, cet article permet l'assimilation des sociétés aux personnes bénéficiant de l'article 49 TFUE si, et seulement si, les deux conditions suivantes sont remplies :

- La société doit avoir été constituée en conformité avec le droit national d'un État membre de l'UE ;
- La société doit avoir son siège statutaire, son administration centrale ou son principal établissement au sein de l'UE.

On remarquera que les deux critères divergent quant à leur point de repère. En effet, le premier a comme point de référence un ordre juridique étatique, alors que le second a une dimension plus large puisque son ordre de référence est celui de l'UE⁴.

³ *Ibid.*

⁴ P. LAZZAROTTO, « Chapitre 7. - La liberté d'établissement : une différence originelle pour des finalités multiples ? la finalité de la liberté d'établissement au prisme de l'interpénétration normative », in *Le sens des libertés économiques de circulation* (sous la dir. de J-S BERGÉ et G.C. GIORGINI), 1^{re} édition, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 314.

Pour finir, c'est à partir des articles 49 et 54 TFUE, consacrant la liberté fondamentale qu'est la liberté d'établissement, que la CJUE va développer une jurisprudence abondante, laquelle sera examinée dans la section suivante.

Section 2. La jurisprudence de la CJUE :

La jurisprudence de la CJUE est clé pour des raisons inhérentes aux spécificités du droit de l'UE. En effet, il s'agit d'un droit « *construit ex nihilo*⁵ », d'où le fait que l'intervention d'un juge afin de baliser ce droit soit fondamental. Ainsi, dans la section précédente il a été traité de ce que le TFUE consacre. Ici il sera abordé les précisions que le juge aura permis d'établir par rapport à la liberté d'établissement. La jurisprudence vient donc interpréter et préciser le droit d'établissement et l'on verra dans quelle mesure cela constitue une étape déterminante dans la prise en compte de la mobilité des sociétés par le droit européen.

Par ailleurs, en termes de structure, la première sous-section aura pour objectif de présenter les différentes jurisprudences ayant permis la consécration de la liberté d'établissement telle que l'on la connaît aujourd'hui. On précise à ce titre qu'il a été décidé de se circonscrire aux enseignements jurisprudentiels en lien avec la question de recherche et que l'on ne prétend donc pas fournir un catalogue exhaustif d'enseignements jurisprudentiels des différents arrêts qui seront abordés. Ensuite, une seconde sous-section effectuera synthèse de l'évolution jurisprudentielle mise en évidence, tout en mettant l'accent sur une réflexion critique du rôle de la CJUE dans la consécration d'un régime pour un droit issu du droit primaire. Cette sous-section finira ensuite par décrire les impacts de l'évolution jurisprudentielle.

Sous-section 1. Les arrêts clés pour la mobilité des sociétés en droit des sociétés :

§1. Les arrêts conservateurs :

En premier lieu, il y a l'arrêt *Daily Mail* rendu le 27 septembre 1988 par la CJCE. Cet arrêt concernait une société anonyme de droit anglais désirant transférer son administration centrale aux Pays-Bas dans le but d'obtenir une exonération d'impôts portant sur une opération de rachat de ses actions⁶. Cette opération nécessitait l'autorisation du trésor britannique, lequel

⁵ M. COMBET, *L'établissement des sociétés en droit de l'Union européenne ; contribution à l'étude d'un droit subjectif*, Paris, Editions Mare&Martin, Paris, 2017, p. 121.

⁶ C.J.C.E., 27 septembre 1988, aff. C-81/87, *Daily Mail*, EU:C:1988:456 point 7.

refusa cette autorisation, après quoi la *Hight Court* fut saisie et posa une question préjudicielle à la CJCE portant sur l'interprétation des anciens articles 52 et 58 du Traité CEE. Néanmoins, la CJCE considéra que le transfert de l'administration centrale ou du siège statutaire d'une société d'un État membre vers un autre État membre ne rentre pas dans le champ d'application de la liberté d'établissement et qu'il appartiendra de régler cette question par une « *législation ou une convention future*⁷ » en raison des disparités existant entre les droits nationaux des États membres en matière de règles de conflit de lois⁸. En outre, il est considéré en doctrine, non seulement que cet arrêt réaffirme la validité de la théorie du siège réel au sein de l'UE⁹, mais aussi qu'il exclut du champ d'application de la liberté d'établissement le transfert du siège social d'une société d'un État membre d'origine à un autre État membre d'accueil¹⁰. Cet arrêt est pour le moins protectionniste, ce qui s'explique par le fait qu'il concerne le droit fiscal. Or, ce dernier relève de l'ordre public des États membres. Pour cette raison, ils possèdent une flexibilité d'action plus importante leur permettant de poser des limites à l'exercice de la liberté d'établissement de façon plus flexible, tout en poursuivant une raison impérieuse d'intérêt général¹¹.

En second lieu, l'arrêt *Cartesio* rendu le 16 décembre 2008¹² par la CJCE s'inscrit en partie dans le prolongement de l'arrêt précédent. En effet, la continuité entre ces deux arrêts n'est que partielle parce que, et on le verra ci-après, cette jurisprudence est aussi à classer parmi les arrêts progressistes pour la mobilité des sociétés. Au niveau des faits, cet arrêt portait sur le souhait d'une société en commandite simple, de droit hongrois, de transférer son établissement principal en Italie, tout en demeurant régie par le droit hongrois. Pour ce faire, la société *Cartesio* introduit une demande auprès du tribunal s'occupant de la tenue du registre des sociétés. La demande est rejetée au motif que cette opération aurait dû impliquer la dissolution de la société en Hongrie suivie de sa reconstitution en Italie en conformité avec le droit italien.

⁷ A. COTIGA, « L'apport de la directive UE 2019/2021 du 27 novembre 2019 vis-à-vis du transfert transfrontalier intra-européen de siège des sociétés de capitaux », *Rev. Aff. Eur.*, 2021/3, p.631.

⁸ D. PASTERGER, « Arrêt *Cartesio* : nouvelles précisions sur les modalités de transfert du siège social au regard de la liberté d'établissement », *J.T.*, 2009/41, n°6375, p.795.

⁹ Voy.not. : J-M. JONET, « Sociétés commerciales : la théorie du siège réel à l'épreuve de la liberté d'établissement », *J.T.D.E.*, 2003, p. 35; H. HALBHURER, « National doctrinal structures and European Company Law », *Common Market Law Review*, 2001, p. 1389.

¹⁰ A. COTIGA, « Section 2. - Le libre choix de la *lex societatis* dans l'Union européenne », in *Le droit européen des sociétés*, 1^{re} édition, Bruxelles, Larcier, 2013, p.182.

¹¹ F. BERNARD, « Les métamorphoses du droit européen de la mobilité transfrontalière des sociétés », in *L'influence du droit européen en droit économique / Cabinet de curiosités pour un juriste passionné – Liber Amicorum Denis Philippe* (sous la dir. de A. STROWEL et G. MINNE), 1^{re} édition, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 282.

¹² C.J.C.E., 16 décembre 2008, aff. C-210/06, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató*, EU:C:2008:723.

Dans ce cadre, les juridictions hongroises compétentes ont été saisies et ont ensuite introduit un recours préjudiciel devant la CJCE. Cette dernière commence par rappeler, par référence à l'arrêt *Daily Mail*, qu'« une société créée en vertu d'un ordre juridique national n'a d'existence qu'à travers la législation nationale qui en détermine la constitution et le fonctionnement¹³ ». Cet arrêt commence donc par réaffirmer la validité de la théorie du siège réel. En outre, cet arrêt rappelle qu'un principe de neutralité s'impose, en droit de l'UE, quant aux facteurs de rattachement choisis par les droits nationaux des États membres¹⁴. L'on verra dans le paragraphe suivant que ces enseignements sont tempérés.

§2. Les arrêts progressistes :

Il a été décidé d'examiner dans ce paragraphe sept arrêts progressistes jugés comme étant « clés » dans l'historique de la prise en compte de la mobilité des sociétés, en droit des sociétés, au sein de l'UE.

On commencera par examiner la trilogie des arrêts *Centros – Überseering – Inspire Art*, laquelle a permis une extension du champ d'application de la liberté d'établissement.

Premièrement, il y a l'arrêt *Centros* rendu le 9 mars 1999 par la CJCE. Il était question d'une société-mère immatriculée au Royaume-Uni (qui est un État pratiquant la théorie du siège statutaire/de l'incorporation), mais ayant développé son activité économique uniquement au Danemark via une succursale. Dans ce contexte factuel la CJCE a été saisie afin de déterminer si cela relève ou non du champ d'application de la liberté d'établissement. Le gouvernement Danois considère la situation comme étant d'ordre purement interne, ce qui exclut un caractère transfrontalier et donc le bénéfice de la liberté d'établissement¹⁵. Il se sert de la technique de la réduction téléologique¹⁶ pour tenter de faire sortir la situation du champ d'application de la liberté d'établissement des sociétés. Néanmoins, la Cour ne sera pas de cet avis. Comme le souligne Monsieur l'Avocat général La Pergola dans ses conclusions générales, la succursale n'a pas d'existence juridique distincte¹⁷ de celle de la société-mère puisqu'elle en est le prolongement. Elle est donc régie par les mêmes règles juridiques que la société-mère. Cet

¹³ *Ibid.*, pt.104.

¹⁴ A. AUTENNE. et E-J NAVEZ, « Cartesio - Les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisités », *C.D.E.*, 2009, p.122.

¹⁵ P. LAZZAROTTO, J-S BERGÉ et G.C. GIORGINI, *Le sens des libertés économiques de circulation*, 1^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 318.

¹⁶ *Ibid.*, p. 323.

¹⁷ Conclusions de l'avocat général A. LA PERGOLA sous l'arrêt *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, C-212/97, EU:C:1998:380, §§15 et s.

élément est important puisqu'il constitue l'élément d'extranéité de nature normative permettant d'arriver à la conclusion qu'il s'agit, non pas d'une situation purement interne, mais bien d'une situation entrant dans le champ d'application du droit de l'UE¹⁸. L'argument du gouvernement danois a donc été balayé, en l'occurrence, par la continuité de la norme juridique au-delà des frontières¹⁹ en raison des caractéristiques juridiques d'une succursale par rapport à la société-mère.

Deuxièmement, cette trilogie comprend l'arrêt *Überseering* rendu le 5 novembre 2002 par la CJCE. Cette affaire concernait une société ayant son siège aux Pays-Bas, exerçant une activité d'exploitation d'un motel en Allemagne et ayant cédé la totalité de ses parts à des résidents allemands. Un jour, un différend survient avec un entrepreneur et la société *Überseering* introduit une action devant un tribunal allemand en tant que société étrangère, mais celle-ci a été rejetée par le tribunal²⁰ parce que, en vertu du droit allemand, cette société devait perdre sa personnalité juridique dans le cas où, comme ici suite à l'opération de cession, elle serait contrôlée intégralement par des résidents allemands. En conséquence de quoi la société *Überseering* aurait dû se reconstituer en Allemagne. Cette dernière considère ce refus comme étant contraire à la liberté d'établissement. C'est dans ce contexte que la CJCE a été saisie. En ce qui concerne maintenant le point de vue de la CJCE, elle considère que la cession de la totalité des parts entraînant la prise de contrôle d'une société étrangère constitue une modalité d'exercice de la liberté d'établissement²¹. Pour cette raison, cette modalité « *suppose nécessairement la reconnaissance desdites sociétés par tout État membre dans lequel elles souhaitent s'établir*²² ». Or, ici, la double négation de la reconnaissance de la capacité juridique de la société néerlandaise et du maintien de cette capacité constitue une restriction injustifiée au droit d'établissement des sociétés²³. Nonobstant ce qui précède, des restrictions à la liberté d'établissement restent possibles lorsque, sous certaines conditions, des raisons impérieuses d'intérêt général le justifient²⁴. Pour parvenir à cette position, la CJCE a dû écarter deux facteurs

¹⁸ *Ibid.*, § 17.

¹⁹ P. LAZZAROTTO, J-S BERGÉ et G.C. GIORGINI, *op.cit.*, p. 322.

²⁰ C.J.C.E., 5 novembre 2002, aff. C-208/00, *Überseering*, EU:C:2002:632, points 8-10.

²¹ M. COMBET, « Chapitre 2. - Le droit d'établissement des sociétés ou l'hypothèse d'une concurrence normative », in *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne* (sous la dir. de E. CARPANO), 1^{re} édition, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 121.

²² C.J.C.E., 5 novembre 2002, aff. C-208/00, *Überseering*, EU:C:2002:632, point 59.

²³ M. COMBET, « Chapitre 2. - Le droit d'établissement des sociétés ou l'hypothèse d'une concurrence normative », *op.cit.*, p. 121.

²⁴ C.J.C.E., 5 novembre 2002, aff. C-208/00, *Überseering*, EU:C:2002:632, point 83.

« *perturbateurs*²⁵ ». En premier lieu, l'ancien article 293 du Traité sur les Communautés européennes était un palliatif aux carences du traité et non pas une réserve de compétence législative pour les États membres de l'UE. C'est pourquoi, d'une part, c'est bien la liberté d'établissement qui est la source de la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés créées en conformité avec le droit d'un État membre²⁶ ; et, d'autre part, l'adoption d'une convention entre les États membres ne peut pas conditionner l'effectivité de cette liberté²⁷. En second lieu, la CJCE a dû changer son fusil d'épaule par rapport à sa propre appréciation issue de l'arrêt *Daily Mail* (où elle avait consacré que l'existence d'une société d'un État membre était intrinsèquement conditionnée par son rattachement à cet État et par le droit qui en découle). Pour ce faire, elle a distingué l'État d'origine et l'État d'accueil.

Ainsi, de cet arrêt *Überseering* découle un maintien du principe de reconnaissance du statut personnel des sociétés étrangères ainsi qu'une différenciation entre l'État d'origine et l'État d'accueil.

Troisièmement, le dernier arrêt de cette trilogie mentionnée ci-avant est l'arrêt *Inspire'Art* rendu le 30 septembre 2003 par la CJCE. Il était question d'une société anglaise à responsabilité limitée qui a ensuite décidé d'immatriculer une succursale aux Pays-Bas en vue d'y exercer des activités. Mais, dans le droit néerlandais, il y avait d'une part, des exigences formelles en lien avec la qualité de « *société étrangère de pure forme*²⁸ » et, d'autre part, des contraintes plus lourdes en termes de capital social minimal²⁹ que ce qui existe en droit anglais. Ces obligations étaient élevées au rang de loi de police en droit néerlandais. De façon parallèle à l'arrêt *Centros*, la CJCE va considérer qu'il s'agit là d'une restriction injustifiée à la liberté d'établissement des sociétés³⁰ puisque cette loi a pour effet de diminuer l'intérêt de l'établissement aux Pays-Bas pour une société étrangère³¹. Néanmoins, ici (et contrairement à l'arrêt *Centros*), les autorités néerlandaises reconnaissent l'existence juridique de la société *Inspire'Art*, mais elles exigent que lui soit appliquée une série d'obligations en raison de sa qualité de « *société étrangère de pure forme* » en droit néerlandais. Or, puisque la CJCE considère que la loi néerlandaise en question est une restriction à la liberté d'établissement alors, par conséquent, si une société est

²⁵ A. COTIGA, « Section 2. - Le libre choix de la *lex societatis* dans l'Union européenne », *op.cit.*, p. 184.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ C.J.C.E., 5 novembre 2002, aff. C-208/00, *Überseering*, EU:C:2002:632, point 59.

²⁸ C.J.C.E., 30 septembre 2003, aff. C-167/01, *Inspire Art Ltd*, EU:C:2003:512, point 22.

²⁹ *Ibid.*, point 23.

³⁰ *Ibid.*, point 104.

³¹ M. LUBY, « Libre établissement des sociétés : le mot de la fin pour la CJCE », *Sem. jur.*, Edition Générale, 2003, II, 10002.

constituée en conformité avec le droit national de l'État d'origine (ici la Grande Bretagne), il n'est dans ce cas plus possible de remettre en cause sa personnalité juridique ou les conditions d'exercice de son activité sur le territoire d'autres États d'accueil³². On voit que le droit applicable de l'État d'origine s'applique au-delà de la constitution de la société et qu'il peut aussi intervenir au cours de la « vie » de la société³³.

Quatrièmement, on a l'arrêt *Sevic Systems* rendu le 13 décembre 2005 par la CJCE. Il s'agissait de la fusion de la société Sevic Systems AG, établie en Allemagne, et de la société Security Vision Concept s.a., établie au Luxembourg. Le tribunal allemand a refusé la demande d'inscription de la fusion au registre national du commerce pour cause que l'opération de restructuration n'avait pas eu lieu entre des sociétés ayant leur siège en Allemagne³⁴. La société Sevic Systems AG a en conséquence posé une question préjudicielle à la CJCE. La Cour a jugé que si l'application d'une loi allemande entraîne un refus d'enregistrement d'une fusion transfrontalière, alors que, d'une part, un tel enregistrement serait en principe possible pour une fusion interne³⁵ et que, d'autre part, cette opération constitue un « *moyen efficace de transformation*³⁶ », alors il s'agit d'une restriction injustifiée à la liberté d'établissement³⁷. Ainsi les fusions transfrontalières sont reconnues explicitement comme des opérations de réorganisation transfrontalière pouvant être protégées par la liberté d'établissement.

Cinquièmement, il y a l'arrêt *Cartesio* pour lequel on renvoie, pour ce qui concerne les éléments factuels, à ce qui a été dit dans le paragraphe précédent intitulé « Arrêts conservateurs ». Il est intéressant de relever d'emblée que l'avocat général Maduro avait insisté sur l'importance de prendre en compte l'évolution jurisprudentielle³⁸ acquise depuis l'arrêt *Daily Mail*. Il avait ensuite résumé sa position en affirmant qu'il est « *impossible de conclure que les États membres jouissent, en l'état actuel du droit communautaire, d'une liberté absolue pour déterminer les conditions de la «vie» et de la «mort» des sociétés constituées selon leur droit national, sans égard pour les conséquences que cela pourrait avoir pour la liberté*

³² V. MAGNIER, « Une société régulièrement immatriculée selon le droit d'un État membre ne peut se voir imposer les exigences requises par la loi de l'État membre où s'exerce l'essentiel de son activité », *JCP E*, 2004, p. 251 et 279.

³³ A. COTIGA, « Section 2. - Le libre choix de la *lex societatis* dans l'Union européenne », *op.cit.*, p. 181.

³⁴ C.J.C.E., 13 décembre 2005, aff. C-411/03, *SEVIC Systems*, *Rec.*, EU:C:2005:762, point 2.

³⁵ *Ibid.*, point 15.

³⁶ *Ibid.*, point 21.

³⁷ *Ibid.*, points 23, 30 et 31.

³⁸ S. POILLOT-PERUZZETTO, « L'arrêt Cartesio : de l'analyse sur le fondement du marché intérieur à celle sur le fondement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », *Rev. Aff. Eur.*, 2011/1, p.89.

*d'établissement*³⁹(...) ». Néanmoins, la Cour n'a pas suivi cette opinion. En effet, en raison de la disparité législative entre les États membres à propos des facteurs de rattachement et du transfert transfrontalier de siège social, il faudra, pour résoudre la question préliminaire de la validité de l'acquisition et de la conservation de la personnalité juridique⁴⁰ de la société, se référer au droit national applicable. Elle estime ensuite que le « *transfert du siège d'une société constituée selon le droit d'un État membre dans un autre État membre sans changement du droit dont elle relève doit être distingué de celui relatif au déplacement d'une société relevant d'un État membre vers un autre État membre avec changement du droit national applicable*⁴¹ ». Dans la première hypothèse, l'État membre d'origine est autorisé à apposer des restrictions à la liberté d'établissement⁴². Dans la seconde hypothèse, l'État membre d'origine ne pourra en principe pas établir de telles restrictions si l'État d'accueil admet un tel déplacement avec changement de *lex societatis*⁴³. En l'occurrence puisque la société Cartesio désirait seulement transférer son siège en Italie tout en continuant d'être une société hongroise, l'État d'origine (la Hongrie) avait le droit de s'opposer au transfert voulu par la société sans pour autant violer la liberté d'établissement⁴⁴. Cet arrêt constitue enfin une véritable avancée pour la reconnaissance des transformations transfrontalières en droit européen sous le volet de l'émigration⁴⁵.

Sixièmement, on a l'arrêt *VALE Építési* rendu le 12 juillet 2012 par la CJUE. Cette affaire concernait la société italienne VALE Costruzioni s.r.l. qui a choisi d'opérer un transfert de toutes ses activités ainsi que de son siège statutaire vers la Hongrie dans l'optique d'être soumise au droit hongrois. Conformément au droit italien, la société a été radiée. Ensuite, pour la demande d'enregistrement devant les autorités hongroises, il a été fait mention du fait que VALE Costruzioni était le prédécesseur en droit de VALE Építési, mais la demande a été refusée parce qu'en droit des sociétés hongrois une société d'un autre État membre (ici l'Italie) ne peut pas transférer son siège social en Hongrie ou s'y faire enregistrer. Des recours ont été formés, puis devant la Cour suprême hongroise, cette dernière a pris la décision de surseoir à

³⁹ Conclusions de l'avocat général POIARES MADURO sous l'arrêt *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, C-210/06, EU:C:2008:294, point 31.

⁴⁰ C.J.C.E., 16 décembre 2008, aff. C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, EU:C:2008:723, point 109.

⁴¹ *Ibid.*, point 111.

⁴² *Ibid.*, points 107 et 110.

⁴³ *Ibid.*, points 112 et 113.

⁴⁴ T. DELVAUX, III – « La politique jurisprudentielle de la cour de justice des communautés européennes », in *Droit international et européen des sociétés* (sous la dir. de N. THIRION) 1e édition, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 271.

⁴⁵ E-J. NAVEZ, « La transformation transfrontalière des sociétés est définitivement consacrée en droit de l'UE. Qu'attend encore le législateur belge pour mettre en œuvre cette prérogative ? », *Rev. prat. Soc.*, 2013/2, p. 245.

statuer afin de poser une question préjudicielle à la CJUE⁴⁶. On fera remarquer d'emblée que cet arrêt vient compléter l'arrêt *Cartesio* en ce que ce dernier abordait le volet émigration, alors qu'ici la Cour va se positionner sur le volet de l'immigration puisque c'est l'État membre d'accueil (la Hongrie) et non pas l'État membre de l'origine qui s'oppose au transfert de siège statutaire de la société⁴⁷. De plus, une référence explicite de l'arrêt *SEVIC Systems* est faite dans le but de rappeler que la transformation transfrontalière d'une société est un mode d'exercice de la liberté d'établissement⁴⁸. En outre, un État membre d'accueil ne peut en principe pas interdire des transformations transfrontalières alors qu'il autorise des transformations internes⁴⁹. En effet, la disparité des lois nationales en UE ne justifie pas une interdiction des transformations tout court ou une interdiction spécifique des transformations transfrontalières par rapport aux transformations internes⁵⁰. Malgré cela, l'État membre d'accueil reste libre d'établir des règles organisant les transformations transfrontalières et peut aussi exiger l'application de règles internes à condition que les principes d'équivalence et d'effectivité soient respectés⁵¹. En conclusion, la CJUE, en associant les enseignements des arrêts *Cartesio* et *SEVIC Systems*, affirme que l'opération de transformation transfrontalière est une modalité d'exercice de la liberté d'établissement⁵², y compris sous son volet immigration.

Septièmement et dernièrement, on a l'arrêt *Polbud* rendu le 25 octobre 2017 par la CJUE. Il s'agit d'une société à responsabilité limitée polonaise ayant décidé de transférer uniquement son siège statutaire au Luxembourg. Le transfert de siège a effectivement été effectué devant le notaire luxembourgeois, les statuts et le nom de la société ont également été adaptés. Puis, l'immatriculation de la société au registre des sociétés luxembourgeois a été exécutée. Enfin, la société *Polbud* a demandé la radiation du registre des sociétés polonais, mais les autorités polonaises ont refusé d'y procéder parce qu'en droit polonais il est imposé de réaliser un processus de dissolution suivi d'une liquidation et ici cette dernière étape n'avait pas été réalisée. Or, la société ne voulait pas procéder à la liquidation puisqu'elle voulait continuer ses activités en Pologne tout en devenant une « *personne morale de droit luxembourgeois*⁵³ ». C'est

⁴⁶ C.J.U.E, 12 juillet 2012, aff. C-378/10, *VALE Építési kft*, EU:C:2012:440, point 23.

⁴⁷ J. VERMEYLEN, « Arrêt VALE Építési : la mobilité transfrontalière du siège statutaire est-elle un droit ? », *J.D.E.*, 2012/9, n°193, p.276.

⁴⁸ C.J.U.E, 12 juillet 2012, aff. C-378/10, *VALE Építési kft*, EU:C:2012:440, point 24.

⁴⁹ *Ibid.*, points 30 à 33.

⁵⁰ *Ibid.*, point 38.

⁵¹ *Ibid.*, points 43 à 57.

⁵² *Ibid.*, points 24, 32 et 33.

⁵³ I. CORBISIER, « « Arrêt « Polbud » : la consécration de la possibilité d'un principe inconditionnel de libre mobilité », *J.T.D.E.*, 2018, p. 136.

en raison de ce contexte factuel que l'affaire termine *in fine* à la Cour Suprême ; laquelle a entamé un recours préjudiciel devant la CJUE pour savoir si ce type de situation rentrait dans le champ d'application de la liberté d'établissement et si la loi nationale était conforme à cette dernière. Pour ce qui est de la position de la CJUE, elle peut être synthétisée en trois points.

En premier lieu, cet arrêt reconnaît qu'une société puisse, si le déplacement est conforme au droit de l'État d'origine, transférer son siège statutaire et ainsi modifier le droit qui lui est applicable, sans devoir pour ce faire déplacer son activité économique ou son siège réel dans l'État d'accueil⁵⁴. En l'occurrence, l'objectif de la transformation était « *purement normatif*⁵⁵ » puisque l'opération visait à ce que les activités de la société bénéficient d'un droit applicable moins contraignant que celui auquel elles étaient soumises initialement. Ainsi par cet arrêt, le transfert du siège statutaire est protégé par la liberté d'établissement⁵⁶.

En second lieu, l'arrêt *Polbud* permet de répondre aux interrogations nées avec l'arrêt antérieur *VALE Epitési* dans lequel la CJUE semblait soutenir qu'il nécessitait, pour bénéficier de la liberté d'établissement, d'avoir une implantation effective⁵⁷ des activités de la société. En effet, dans l'arrêt *Polbud* la Cour a affirmé qu'une société constituée en vertu du droit d'un État membre pouvait transférer son siège statutaire dans un autre État membre, et ce en conformité avec le droit de ce dernier, sans nécessairement devoir transférer aussi son siège réel⁵⁸.

En troisième lieu, se dégage de cet arrêt un principe de neutralité en ce que l'article 54 TFUE place sur un pied d'égalité les critères de rattachement du siège statutaire et ceux du siège réel. En conséquence, il est permis à une société d'un État membre d'effectuer une transformation en une société d'un autre État membre si, et seulement si, elle respecte le critère de rattachement prévu dans le droit national de ce dernier et donc potentiellement uniquement celui du siège statutaire⁵⁹.

⁵⁴ I. CORBISIER, « Les nouvelles dispositions européennes en matière de mobilité transfrontalière : légitimation du retour à une certaine forme de protectionnisme », *RPS-TRV*, 2019/8, p.809.

⁵⁵ P. LAZZAROTTO, « Chapitre 7. - La liberté d'établissement : une différence originelle pour des finalités multiples ? la finalité de la liberté d'établissement au prisme de l'interpénétration normative », *op.cit.*, p.326.

⁵⁶ *Doc.parl.*, Ch.repr., sess.ord. 2017-2018, n°54-3119:001, point 324.

⁵⁷ C.J.U.E., 12 juillet 2012, aff. C-378/10, *VALE Epitési kft*, point 34.

⁵⁸ C.J.U.E., 25 octobre 2017, aff C-106 /16., *Polbud*, point 44.

⁵⁹ I. CORBISIER, « Arrêt « Polbud » : la consécration de la possibilité d'un principe inconditionnel de libre mobilité », *op.cit.*, p. 136.

Enfin, l'on souligne qu'une partie de la doctrine⁶⁰ considère cette jurisprudence comme étant dangereuse en ce qu'elle permettrait une « *mobilité inconditionnelle*⁶¹ ». Selon ce courant doctrinal, l'enseignement de cet arrêt, non seulement s'écarte de l'esprit de la liberté d'établissement consacrée par le droit primaire, mais ouvre aussi la porte au phénomène du *law shopping* ainsi que des sociétés boîtes aux lettres. Le *law shopping* serait en effet accru par les conséquences de cet arrêt en termes de concurrence réglementaire entre le droit des sociétés des différents États membres⁶².

Sous-section 2. Synthèse de l'évolution jurisprudentielle examinée :

§1. L'évolution de la position de la CJUE à proprement parler :

En ce qui concerne la mobilité des sociétés sous l'angle de la liberté d'établissement, on peut structurer en cinq points l'évolution jurisprudentielle de la CJUE.

Premièrement, elle a commencé par adopter une approche restrictive avec l'arrêt *Daily Mail* en considérant les sociétés constituées en vertu du droit d'un État membre comme des sortes de « *créature de droit national*⁶³ » n'existant et n'étant gouvernée que par cet État. Cette approche fut confirmée dans l'arrêt *Cartesio*, mais dans un *obiter dictum* elle a introduit une distinction, et les conséquences qui en découlent, entre le transfert de siège induisant un changement de droit applicable et celui qui n'en induit pas⁶⁴. Par cet arrêt, on peut voir une approche moins restrictive et un premier pas vers le renforcement de la mobilité des sociétés en UE.

Deuxièmement, les arrêts de la trilogie *Centros*, *Überseering* et *Inspire'Art* avaient en commun d'aborder la question des restrictions, à la liberté d'établissement, apportées par l'État membre d'accueil en ce qui concerne les opérations de transfert de siège. Grâce à cette trilogie, la CJUE a désormais admis les points suivants :

⁶⁰ Voy.not. : P. STELMASZCYK, "Grenzüberschreitender Formwechsel durch isolierte Verlegung des Satzungssitzes EuGH präzisiert den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit", *EuZW*, 2017, pp. 890-894; CH. TEICHMANN, "Der Fall "Polbud" : Formwechsel in die Briefkastengesellschaft", *GmbHR*, 2017, pp. 356-358; L. D'AVOULT, "Vers l'itinérance inconditionnelle (ou nomadisme) des sociétés en Europe ?", *Rec. Dalloz*, 2017, p. 2512 et s.

⁶¹ I. CORBISIER, « Les nouvelles dispositions européennes en matière de mobilité transfrontalière : légitimation du retour à une certaine forme de protectionnisme », *op.cit.* p.809.

⁶² J. MEEUSEN, « Het *Polbud*-arrest van het Hof van Justitie : Europese vennootschapsmobiliteit op nieuwe wegen », *R.W.*, 2017-2018, p. 602.

⁶³ I. CORBISIER, « Arrêt « Polbud » : la consécration de la possibilité d'un principe inconditionnel de libre mobilité », *op.cit.*, p. 136.

⁶⁴ C.J.C.E., 16 décembre 2008, aff. C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, point 111.

- Une société constituée valablement dans un État retenant le critère de rattachement du siège statutaire doit pouvoir déplacer son siège réel dans un autre État, ce dernier devant reconnaître non seulement la personnalité juridique de la société, mais aussi sa capacité à ester en justice (arrêt *Überseering*) ;
- Une société rentrant dans la situation établie au point précédent doit être apte à exercer dans cet État d'accueil son activité économique via un établissement secondaire (telle qu'une succursale) considéré comme son siège réel ou son administration centrale⁶⁵ (arrêt *Centros*) ;
- La CJUE va encore plus loin en admettant qu'une société rentrant dans les deux situations précédentes ne peut se voir imposer le respect de conditions découlant du droit interne de l'État d'accueil dans l'optique de considérer la société comme étant une « société étrangère de pure forme⁶⁶ ». En effet, il a été reconnu comme relevant de la liberté d'établissement l'hypothèse où une société décide de se soumettre, à sa constitution, au droit d'un État membre donné afin de bénéficier du droit national le moins contraignant, tout en décidant de transférer l'exercice de ses activités dans un autre État membre au moyen d'une succursale⁶⁷ (arrêt *Inspire 'Art*).

Troisièmement, la CJUE a été encore plus loin dans l'arrêt *SEVIC Systems* en considérant que le refus - par l'autorité compétente - d'enregistrer une fusion transfrontalière, alors que dans une situation similaire une fusion interne aurait été enregistrée, constitue une restriction injustifiée de la liberté d'établissement⁶⁸. De plus, cet arrêt a qualifié les opérations de fusion transfrontalière de « modalités particulières de la liberté d'établissement⁶⁹ ». Pour finir, un principe de non-discrimination entre les opérations transfrontalières et les opérations internes a été établi⁷⁰.

Quatrièmement, la CJUE dans l'arrêt *VALE Építés*, la CJUE a estimé que si un État membre d'accueil reconnaissait la possibilité d'effectuer une transformation interne de sociétés, il devait

⁶⁵ I. CORBISIER, « Arrêt « Polbud » : la consécration de la possibilité d'un principe inconditionnel de libre mobilité », *op.cit.*, p. 136.

⁶⁶ C.J.C.E., 30 septembre 2003, aff. C-167/01, *Inspire Art Ltd*, EU:C:2017:804, point 22.

⁶⁷ F. BERNARD, « Les métamorphoses du droit européen de la mobilité transfrontalière des sociétés », *op.cit.*, p. 283.

⁶⁸ N. BANG, J. MÜLLER CORNELIUS, S. KLAPER, M. GÜNGÖR and G. FEDERPIEL, « Cross-border mergers, divisions and conversions », in *Modernisation of European Company Law* (under the dir. Of A. ALEXANDROPOULOU), 1^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 31.

⁶⁹ C.J.C.E., 13 décembre 2005, aff. C-411/03, *SEVIC Systems AG*, *op.cit.* point 19.

⁷⁰ F. BERNARD, « Les métamorphoses du droit européen de la mobilité transfrontalière des sociétés », *op.cit.*, p. 284.

alors admettre la validité des transformations transfrontalières⁷¹. Le point 34 de l'arrêt a amené la doctrine à se questionner sur le fait de savoir s'il fallait un transfert à la fois de siège réel et de siège statutaire pour être protégé par la liberté d'établissement ou si un transfert uniquement du siège statutaire était suffisant⁷².

Cinquièmement et pour finir, la CJUE a ensuite conforté sa tendance libérale dans l'arrêt *Polbud* où elle a considérée qu'en vertu de la liberté d'établissement, lorsqu'une société effectue une transformation transfrontalière d'un État membre vers un autre, cette opération ne peut être conditionnée par la liquidation de la société⁷³. Elle a en outre décidé que la liberté d'établissement s'étendait au transfert seul du siège statutaire, ce qui a levé les doutes émis suites à l'arrêt *VALE*⁷⁴.

§2. Le rôle particulier de la CJUE :

Tout d'abord, la jurisprudence de la CJUE sert souvent d'initiatrice des avancées et de la consécration des opérations de réorganisation transfrontalière des sociétés⁷⁵ via, notamment, des instruments de droit secondaire⁷⁶. Par exemple, l'arrêt *Polbud* a permis de supprimer certains obstacles et a ainsi « pavé la voie » de l'adoption de la Directive Mobilité⁷⁷. Sur cet aspect, la doctrine voit la CJUE comme une « *agressive engine of integration*⁷⁸ » en raison, entre autres, de l'incitation structurelle qu'elle a de faire primer l'intégration européenne au moyen d'une interprétation téléologique du TFUE⁷⁹. En effet, d'un point de vue structurel et par opposition aux autres institutions européennes comme, par exemple, le Parlement européen,

⁷¹ N. BANG, J. MÜLLER CORNELIUS, S. KLAPER, M. GÜNGÖR and G. FEDERPIEL, « Cross-border mergers, divisions and conversions », *op.cit.*, p.32

⁷² I. CORBISIER, « Arrêt « Polbud » : la consécration de la possibilité d'un principe inconditionnel de libre mobilité », *op.cit.*, p. 136.

⁷³ N. BANG, J. MÜLLER CORNELIUS, S. KLAPER, M. GÜNGÖR and G. FEDERPIEL, « Cross-border mergers, divisions and conversions », *op.cit.*, p.32

⁷⁴ F. BERNARD, « Les métamorphoses du droit européen de la mobilité transfrontalière des sociétés », *op.cit.*, p. 285.

⁷⁵ M. COMBET, *L'établissement des sociétés en droit de l'Union européenne - contribution à l'étude d'un droit subjectif*, *op.cit.*, p.51.

⁷⁶ F. BERNARD, « Les métamorphoses du droit européen de la mobilité transfrontalière des sociétés », *op.cit.*, p. 286.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 287.

⁷⁸ R.D. KELEMEN, "The political foundations of judicial independence in the European Union", *Journal of European Public Policy*, 2012, p.51.

⁷⁹ T. HORSLEY, "Reflections on the role of the Court of justice as the motor of European integration: legal limits to judicial lawmaking", *C.M.L.R.*, n°50, 2013, p.954.

la dimension politique atteint beaucoup moins la CJUE dans cette matière du droit⁸⁰. En conséquence, les solutions jurisprudentielles dégagées par la CJUE ne seront pas, d'une part, le reflet des préférences politiques des juges issus des différents États membres⁸¹ et, d'autre part, influencées par des « *considérations extra-légales*⁸² ». On peut d'ailleurs observer cette tendance par rapport aux opérations de réorganisation transfrontalière abordées dans les jurisprudences commentées ci-avant.

Pour finir sur le rôle phare de la CJUE, on précise que, aussi belle soit l'avancée réalisée par la CJUE, celle-ci restera inefficace si elle n'est pas suivie d'une intervention du législateur⁸³. C'est donc la combinaison des interventions du juge et du législateur qui fait évoluer le droit européen.

§3. Certains impacts de cette évolution :

L'évolution jurisprudentielle a permis une extension du champ d'application de la liberté d'établissement consacrée par les articles 49 et 54 TFUE, ce qui témoigne d'une libéralisation de la jurisprudence de la CJUE. En guise d'illustration, le passage de la théorie du siège réel à celle du siège statutaire a « ouvert la voie » du libre choix⁸⁴ du droit applicable et ce, tant à la constitution de la société qu'ultérieurement par le biais d'une opération de réorganisation transfrontalière engendrant ce changement de *lex societatis*, comme, par exemple, l'opération de transformation transfrontalière. Sur ce libre choix, l'on soulignera que les conséquences de celui-ci sont présentes à différents moments de la « vie » de la société. En effet, on songe ici aux arrêts *Centros* et *Inspire'Art* dans lesquels, par le biais de succursales (même si les questions en cause divergeaient), le droit applicable de l'État d'origine a continué de s'appliquer, malgré l'existence des règles impératives de l'État comprenant le siège réel de la société⁸⁵.

La CJUE laisse transparaître à ce stade une attitude en faveur de la mobilité transfrontalière des sociétés au sein de l'UE. Au vu du climat compétitif entre les différents États membres, on pourrait penser qu'une évolution si libérale inciterait négativement les

⁸⁰ E. DUBOUT, « le libéralisme politique de la Cour de justice – Le cas de la liberté d'entreprise », in *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne* (sous la dir. de L.CLÉMENT-WILTZ), Bruxelles, Bruylant, 2018, p.148.

⁸¹ F. SCHARPE, « Perpetual momentum: directed and unconstrained? », *Journal of European Policy*, 2012, p.128.

⁸² F. BERNARD, « Les métamorphoses du droit européen de la mobilité transfrontalière des sociétés », *op.cit.*, p. 281.

⁸³ *Ibid.*, p.286.

⁸⁴ A. COTIGA, « Section 2. - Le libre choix de la *lex societatis* dans l'Union européenne », *op.cit.*, p. 175.

⁸⁵ *Ibid.*, p.181.

sociétés à faire du *law shopping*⁸⁶. Par contre, d'un autre point de vue, cette évolution permettrait aux sociétés de choisir de manière libre le droit qui leur est applicable en vue de bénéficier du droit qui leur est économiquement le plus favorable⁸⁷, ce qui est totalement bénéfique.

Néanmoins, on précise que certes la jurisprudence de la CJUE a rendu possible de grandes avancées en la matière, mais elle n'a pas, en l'état actuel des choses, permis de lever en tous les questionnements, résultant du droit primaire, pour la totalité des procédures de réorganisation transfrontalière. Cette affirmation peut être justifiée par quatre points. En premier lieu, les scissions transfrontalières n'ont jamais fait l'objet d'une décision de la CJUE, alors qu'elles sont reconnues par une grande partie de la doctrine comme d'autres « *modalités particulières d'exercice de la liberté d'établissement*⁸⁸ ». En second lieu, quand bien même la CJUE affirmerait qu'une opération est protégée par la liberté d'établissement, l'on peut se questionner quant à la façon dont cela sera ensuite exécuté en pratique⁸⁹. En troisième lieu, la jurisprudence de la CJUE n'impose, à l'heure actuelle, aucune obligation de « *reconnaissance automatique*⁹⁰ » des opérations de réorganisation transfrontalière. Il n'y a en effet actuellement qu'un principe de non-discrimination qui s'applique entre les opérations internes et transfrontalières⁹¹. En quatrième lieu, l'engouement autour des avancées acquises grâce à la CJUE doit être tempéré par le fait qu'une entrave sera tolérée si les quatre conditions du « *Gebhard test*⁹² » sont remplies.

⁸⁶ E-J NAVEZ, « La transformation transfrontalière des sociétés est définitivement consacrée en droit de l'UE. Qu'attend encore le législateur belge pour mettre en œuvre cette prérogative ? », *op.cit.*, p. 267.

⁸⁷ Voy. en ce sens les conclusions de l'avocat général N. JÄÄSKINEN sous l'arrêt VALE, C-378/10, point 68.

⁸⁸ Voy. en ce sens : L. ATHLAN et S. STORCK, « Les scissions transfrontalières », *Cah. Dr. Entr.*, n°6, 2011, dossier 36, p.3 ; F. GARCIMARTÍN et E. GANDÍA, « Cross-border conversions in the EU : the EU Commission Proposal », *E.C.F.R.*, 1-2/2019, p.19. ; H. LE NABASQUE, « Les fusions et scissions transfrontalières », *Rev. Soc.*, 2013, p. 416.

⁸⁹ F. BERNARD, « Les métamorphoses du droit européen de la mobilité transfrontalière des sociétés », *op.cit.*, p. 286.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ J. PIEPER, "EUROPEAN cross-border mergers after SEVIC", *Comp.Law*, 2009, 30 (6), pp. 172 et 173.

⁹² C.J.U.E., 25 octobre 2017, aff. C-106/16, *Polbud*, EU:C:2017:804, point 52 ; C.J.U.E., 12 juillet 2012, aff. C-378/10, *Vale*, EU:C:2012:440 ; C.J.C.E., 13 décembre 2005, aff. C-411/03, *SEVIC Systems*, *Rec.*, EU:C:2005:762, point 23 ; C.J.U.E., 25 octobre 2017, *Inspire Art*, EU:C:2017:804, point 133 ; C.J.C.E., 5 novembre 2002, aff. C-208/00, *Überseering*, EU:C:2002:632, point 92 et C.J.C.E., 9 mars 1999, aff. C-212-97, *Centros*, EU:C:1999:126, point 34.

Section 3. Le droit secondaire :

On précise pour commencer qu'il ne sera abordé que les instruments européens étant en lien avec la question de recherche. Néanmoins, l'on soulignera le fait que, pour parvenir aux instruments européens que l'on va aborder dans la présente section, il a d'abord fallu passer par les deux étapes préliminaires⁹³ suivantes :

- Harmoniser les opérations internes (avec la Troisième Directive du 9 octobre 1978 et la Sixième Directive du 17 décembre 1982) ;
- Établir un régime fiscal pour les opérations transfrontalières (avec la Directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990 puis avec la Directive 2005/19/CE du 17 février 2005).

Ensuite, les lignes qui suivront établiront un catalogue des différents instruments de droit secondaire en rapport avec les procédures de réorganisation transfrontalière sous leur volet du droit des sociétés. Pour ce faire, chaque paragraphe expliquera les raisons d'être ainsi que les lignes de force des différents instruments abordés.

Sous-section 1. Le Règlement sur la société européenne⁹⁴ :

Ce règlement a permis d'introduire d'une part, la forme juridique de la société européenne pour les sociétés anonymes constituées sur le territoire d'un pays membre de l'UE⁹⁵ et, d'autre part, le principe même de l'opération de fusion transfrontalière à l'échelle communautaire⁹⁶. Ce règlement a amorcé la reconnaissance de l'opération de fusion transfrontalière, même si ce n'était à l'époque qu'en ce qui concerne les sociétés européennes. Pour ce qui concerne la société européenne, elle a la particularité d'être, non seulement une forme juridique existant à côté de celles provenant des différents droits nationaux, mais aussi d'être réglementée par le droit européen uniformisé⁹⁷.

Ce règlement a été ensuite complété par la Directive 2001/86/CE complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs. Le but était que,

⁹³ F. BERNARD, « Les métamorphoses du droit européen de la mobilité transfrontalière des sociétés », *op.cit.*, p. 288.

⁹⁴ Règlement (CE) n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne, *J.O.C.E.*, L. 294, du 10 novembre 2001.

⁹⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/LSU/?uri=celex%3A32001R2157>, consulté le 1^{er} août 2022.

⁹⁶ F. BERNARD., « Les fusions transfrontalières au sein de l'Union européenne », *D.A.O.R.*, 2011/1, n°97, p. 18.

⁹⁷ L. VOGEL, « Chapitre V - Directives d'harmonisation », in *Les fondamentaux du droit du marché intérieur*, 1^{re} édition, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 111.

malgré les disparités entre les droits nationaux des différents pays membres de l'UE, il n'y ait pas de recul dans la protection issue des règles sur l'implication des travailleurs⁹⁸.

Ensuite, les annexes du Règlement sur la société européenne ont fait l'objet de plusieurs modifications en raison, d'un côté, de l'évolution des équivalents des sociétés anonymes dans les droits nationaux et, d'un autre côté, des États ayant adhéré au fur et à mesure à l'UE.

Pour finir, la pandémie de COVID-19 a entraîné des modifications du Règlement sur la société européenne en introduisant des mesures temporaires pour les assemblées générales des sociétés européennes⁹⁹.

Sous-section 2. La Dixième Directive¹⁰⁰ :

Cette directive avait pour raison d'être qu'il était devenu plus que nécessaire d'avoir un instrument européen réglementant les fusions transfrontalières puisqu'en pratique les acteurs économiques pratiquaient déjà cette opération¹⁰¹.

En ce qui concerne maintenant les lignes de force de cette directive, il y a tout d'abord le principe selon lequel les sociétés participant à la fusion ainsi que les tiers concernés demeuraient soumis au droit national qui leur était applicable¹⁰². Ce type de fusion n'était en outre possible que si les droits nationaux concernés le permettaient¹⁰³. Il y a donc un principe de subsidiarité qui était d'application. Ensuite, La Dixième Directive réglementait le processus de fusion transfrontalière (constitution, publicité, droit des tiers¹⁰⁴, en ce compris les droits des travailleurs¹⁰⁵). Néanmoins, seules les fusions à l'occasion desquelles de nouveaux titres sociaux étaient émis, par la société absorbante, pour les actionnaires, étaient réglementées. Les autres opérations de réorganisation transfrontalière n'étaient pas encore envisagées.

Par ailleurs, l'on insistera sur le fait que la finalité poursuivie n'était pas que les règles issues de la directive constituent un régime exhaustif pour les opérations de fusion

⁹⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/LSU/?uri=celex%3A32001R2157> , consulté le 1^{er} août 2022.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, *J.O.U.E.*, 25 novembre 2005, L.310.

¹⁰¹ E. VANDERVAEREN, « Les fusions transfrontalières : un pas de plus vers une Europe harmonisée », *D.A.O.R.* 2007/81, p. 103. ; J. WOUTERS, « Grensoverschrijdende fusie en vrijheid van vestiging van vennootschappen in de Europese Unie », *R.D.C.-T.B.H.*, 2006/4, p. 407.

¹⁰² Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005, considérant 7.

¹⁰³ Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005, considérant 3.

¹⁰⁴ Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005, considérant 4, 5, 6 et 8.

¹⁰⁵ Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005, considérant 11, 12 et 13.

transfrontalière au sein de l'UE¹⁰⁶. De même, si l'on devait synthétiser les lignes de force de cet instrument, l'on dirait que d'un côté, il a rendu possible la réalisation de fusions transfrontalières au sein du marché intérieur tout en augmentant la sécurité juridique de ces opérations¹⁰⁷ ; et, d'un autre côté, il a réduit significativement les coûts résultant d'une fusion transfrontalière¹⁰⁸.

De plus, cette directive a été très bien accueillie par les États-membres puisque l'on constate dans les faits une augmentation de 173% du nombre de fusions transfrontalières intra-européenne entre 2008 et 2012¹⁰⁹.

Pour finir, il ne faut cependant pas se méprendre, il a été montré que cette directive était insuffisante sous plusieurs aspects. En effet, l'étude publiée par Bech-Bruun et Lexidale¹¹⁰ sur les impacts de l'application de la Dixième Directive, deux consultations publiques sur les fusions et scissions transfrontalières¹¹¹ et deux études sur la nécessité de légiférer à nouveau en matière de fusions, de scissions et de transformation transfrontalières¹¹², ont démontré qu'il était nécessaire qu'une révision de cette directive ait lieu. En ce qui concerne les aspects qui posaient problèmes dans cette directive, l'on retiendra notamment :

- Le moment de la prise d'effet effective de l'opération qui n'est pas harmonisée¹¹³ ;
- Des coûts importants consécutifs de problèmes dans la communication entre les différents registres nationaux concernés¹¹⁴ ;

¹⁰⁶ F. BERNARD, « Les métamorphoses du droit européen de la mobilité transfrontalière des sociétés », *op.cit.*, p. 293.

¹⁰⁷ T. PAPADOPOULOS, "Reviewing the Implementation for the Cross-Border Mergers Directive", in *Cross-Border Mergers – Eu perspectives and national experiences* (under the coord. of TH. PAPADOPOULOS), Springer Cham, 2019 p.31.

¹⁰⁸ F. BERNARD, « Les métamorphoses du droit européen de la mobilité transfrontalière des sociétés », *op.cit.*, p. 294.

¹⁰⁹ Bech-Bruun et Lexidale, Study on the Application of the Cross-Border Mergers Directive, septembre 2013 p.5 (<https://op.europa.eu>).

¹¹⁰ Bech-Bruun et Lexidale, *op.cit.*, pp.52-88.

¹¹¹ Impact assessment accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions of 25 Apr. 2018, SWD(2018) 141 final, p.19. <http://www.europarl.europa.eu>. – (Ci-après "étude d'impact")

¹¹² ST. REYNOLDS, A. SCHERRER & E. TRULI, Ex-post Assessment of the EU Framework in the Area of Cross-border Mergers and Divisions, PE 593.796, <http://www.europarl.europa.eu> (consulté le 10 août 2022); J. SCHMIDT, Cross-border Mergers and Divisions, Transfers of Seat: Is There a Need to Legislate? PE 556.960, <http://www.europarl.europa.eu> (consulté le 10 août 2022).

¹¹³ Bech-Bruun et Lexidale, *op.cit.*, p.64 (<https://op.europa.eu>).

¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 61 et 62.

- La complexité excessive des règles sur la protection de la participation des travailleurs des sociétés impliquées¹¹⁵.

Sous-section 3. La Directive Sociétés¹¹⁶ :

Cette directive a avait pour objectif de codifier six directives antérieures sur des aspects du droit des sociétés¹¹⁷, à savoir les directives : 82/891/CEE, 89/666/CEE, 2005/56/CE, 2009/101/CE, 2012/30/UE. La Directive Sociétés est une œuvre de codification sans ajout ou modification, en ce compris en ce qui concerne le champ d'application¹¹⁸.

Le régime instauré dans la Dixième Directive puis ensuite consolidé dans la Directive Sociétés a permis que les fusions transfrontalières bénéficient d'un cadre légal européen suffisamment clair et prévisible¹¹⁹. Néanmoins, des obstacles continuent d'exister en ce qui concerne cette opération¹²⁰. Il y a notamment une évaluation de la Commission ayant mis en évidence que certains aspects doivent être amendés afin que les opérations de fusions transfrontalières soient simplifiées, davantage transparentes et plus protectrices des intérêts des *stakeholders*¹²¹.

Sous-section 4. La Directive Mobilité¹²² :

Après un processus législatif foudroyant¹²³, cette directive est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020 et les États membres de l'EEE ont jusqu'au 31 janvier 2023¹²⁴ pour la transposer. Cette directive est un des fruits de ce que l'on appelle le « paquet droit des sociétés » qui était

¹¹⁵ Étude d'impact, pp. 20 et 23.

¹¹⁶ Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, *J.O.U.E.*, 30 juin 2017, L. 167. (ci-après « Directive Sociétés »).

¹¹⁷ <https://eur-lex.europa.eu/FR/legal-content/summary/certain-aspects-of-company-law-concerning-limited-liability-companies.html>, consulté le 29 juillet 2022.

¹¹⁸ M. BRZEZINSKI, "Cross-border mergers: a missed opportunity and ways to improve the procedure", *European Competition and Regulatory Law Review*, Vol. 3., 2019, p. 284.

¹¹⁹ J. SCHMIDT, "Cross-border Mergers, Divisions and Conversions: Accomplishments and Deficits of the Company Law Package", *E.C.F.R.*, 1-2/2019, p. 223.

¹²⁰ Voy.not. J. SCHMIDT, "Cross-border mergers and divisions, transfers of seat: Is there a need to legislate?", PE 556.960, 2016, pp. 16 et s.; étude d'impact, p. 6 and Bech-Bruun et Lexidale study, pp.7 et s.

¹²¹ N. BANG, J. MÜLLER CORNELIUS, S. KLAPER, M. GÜNGÖR and G. FEDERPIEL, « Cross-border mergers, divisions and conversions », *op.cit.*, p.33.

¹²² Directive n°2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, 12 décembre 2019, L. 321. (ci-après « Directive Mobilité »).

¹²³ J. SCHMIDT, « Grenzüberschreitende Unternehmensmobilität 2.0. : Die MobiR eröffnet ab 2023 neue Wege », *B.B.*, 3/2020, p.1.

¹²⁴ Directive Mobilité, art. 3, al. 1.

une proposition de la Commission européenne datant du 25 avril 2018. Elle comprenait deux volets : un premier destiné à moderniser le régime de la Directive Sociétés, en introduisant un système d'outils et de processus numériques, et un second qui abordait les opérations de transformations, de fusions et de scissions transfrontalières¹²⁵. C'est de ce second volet qu'est issue la Directive Mobilité dont on va parler.

Les lignes de force peuvent se subdiviser en trois catégories :

- Réviser le régime des fusions transfrontalières prévu par la Directive Sociétés pour le rendre plus moderne¹²⁶ ;
- Réglementer les procédures de scissions transfrontalières¹²⁷ ;
- Établir un régime pour les transformations transfrontalières¹²⁸.

De façon globale, ces lignes de force constituent la suite logique des attentes qu'avaient trois types d'acteurs. En premier lieu, la Commission européenne avait communiqué l'objectif d'améliorer le marché unique au sein de l'UE¹²⁹. En second lieu, la pratique (l'étude Bech-Bruun et Lexidale, l'étude d'impact avec les deux consultations publiques ainsi que les deux études de praticiens du droit sur le sujet¹³⁰) avaient mis en avant des insuffisances présentes dans les directives précédentes et avaient donc des attentes concernant cette Directive Mobilité. En troisième lieu, les évolutions jurisprudentielles de la CJUE ont fait miroiter une mobilité accrue au sein de l'UE, ce qui a nourri une espérance que cette directive devienne l'instrument permettant de concrétiser une mobilité accrue des sociétés, telle que décrite par les enseignements des arrêts de la CJUE¹³¹.

Maintenant, de manière plus spécifique, la Directive Mobilité a permis au régime de l'opération de fusion transfrontalière de s'améliorer. En effet, le rapport de l'organe de gestion

¹²⁵ S.M. BARTMAN, "The Adopted Proposal for an EU Directive on Cross-Border Operations: A Realistic Compromise", *European Company Law Journal* 16, n°05/2019, p. 142.

¹²⁶ N. BANG, J. MÜLLER CORNELIUS, S. KLAPER, M. GÜNGÖR and G. FEDERPIEL, « Cross-border mergers, divisions and conversions », *op.cit.*, p.32

¹²⁷ F. BERNARD, « Les métamorphoses du droit européen de la mobilité transfrontalière des sociétés », *op.cit.*, p. 296.

¹²⁸ J. SCHMIDT, "Cross-border Mergers, Divisions and Conversions: Accomplishments and Deficits of the Company Law Package", *op.cit.*, p. 229.

¹²⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 28 octobre 2015, Améliorer le marché unique : de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises, COM (2015), 550 final, <http://eur-lex-europa.eu> , p.6.

¹³⁰ Les études dont il est question sont les suivantes : ST. REYNOLDS, A. SCHERRER et E. TRULI, "Ex-post assessment of the EU framework in the area of cross-border mergers and divisions", *op.cit.* et J. SCHMIDT, "Cross-border mergers and divisions, transfers of seat: Is there a need to legislate?", *op.cit.*

¹³¹ F. BERNARD, « Les métamorphoses du droit européen de la mobilité transfrontalière des sociétés », *op.cit.*, p. 296.

est désormais scindé à destination tantôt des associés, tantôt des travailleurs¹³². De plus, le contrôle de légalité a été clarifié sous plusieurs angles¹³³. Les mécanismes de protection des associés minoritaires¹³⁴ et des créanciers¹³⁵ ont aussi été davantage harmonisés qu'ils ne l'étaient auparavant. Pour ce qui concerne l'introduction de la procédure de transformation transfrontalière¹³⁶ et de scission transfrontalière par constitution de nouvelles sociétés¹³⁷, ces dernières ont été établies sur la base, d'une part, du régime applicable aux fusions transfrontalières et, d'autre part, de l'application subsidiaire des droits nationaux¹³⁸.

Néanmoins, à côté de ces avancées et attentes, il y a des déceptions visibles dans la Directive Mobilité, lesquelles seront mises en évidence dans la dernière partie du présent mémoire.

Chapitre 2. Les procédures de réorganisation transfrontalière en droit européen des sociétés :

L'objet de ce chapitre sera de passer en revue ce que le droit européen exige des États-membres en ce qui concerne le régime des opérations de réorganisation transfrontalière. Pour ce faire, il sera dans une première section examiné les exigences de la Directive Sociétés et de la Directive Mobilité pour ces procédures. En effet, la liberté d'établissement pour les sociétés avait été reconnue par les articles 49 et 54 TFUE, pour ensuite être précisée dans la jurisprudence de la CJUE, mais il a été démontré qu'en pratique les sociétés ont besoin qu'une procédure spécifique pour exercer, de façon transfrontalière, cette liberté d'établissement¹³⁹. C'est aussi pour cette raison qu'il est intéressant d'examiner le régime retenu par le droit européen, lequel a tenté de respecter un équilibre entre l'exercice de la liberté d'établissement et une protection adéquate des *stakeholders* des sociétés impliquées. Ensuite, dans une seconde section, une appréciation critique sera réalisée et ce, tant en ce qui concerne l'apport général du droit secondaire, qu'en ce qui concerne spécifiquement l'apport du régime mis en place par les

¹³² Directive Mobilité, art. 124.

¹³³ Directive Mobilité, art. 127, 127*bis* et 128.

¹³⁴ Directive Mobilité, art. 126*bis*.

¹³⁵ Directive Mobilité, art. 126*ter*.

¹³⁶ Directive Mobilité, art. 86*bis* à 86*unvicies*.

¹³⁷ Directive Mobilité, art. 160*bis* à 160*duovicies*.

¹³⁸ J. SCHMIDT, "Grenzüberschreitender Formwechsel in der EU – Eckpunkte des Rechtsrahmens und Herausforderungen bei der Umsetzung", *ZEuP*, 1 Auflage, 2020, p. 568.

¹³⁹ C. ENE, "The cross-border conversion – A possible solution for the mobility of companies in European Union", *Perspectives of Law and Public Administration*, vol. 9, 1-2020, p. 57.

directives mentionnées ci-avant. L'ensemble de ce chapitre a, pour finir, un objectif supplémentaire de constituer le référentiel de base par rapport auquel on se positionnera dans la dernière partie du présent mémoire.

Section 1. Les exigences du régime mis en place par la Directive Mobilité :

Sous-section 1. La procédure de fusion transfrontalière :

La définition d'une fusion transfrontalière est consacrée à l'article 119, d) de la Directive Sociétés tel que modifié par la Directive Mobilité.

L'article 120, §§4 et 5 de la Directive Sociétés, tel que modifié par la Directive Mobilité, consacre des exclusions du champ d'application du régime des fusions transfrontalières. Ces exclusions doivent être transposées par les États-membres, tantôt obligatoirement et dans d'autres cas facultativement.

La procédure sera quant à elle examinée au travers des huit paragraphes ci-après.

§1. Le projet commun de fusion transfrontalière :

Les organes de direction ou d'administration des sociétés concernées, après négociation¹⁴⁰, réalisent un projet commun de fusion comprenant, en termes de contenu, à tout le moins¹⁴¹, les éléments requis à l'article 122 de la Directive Sociétés tel que modifié par la Directive Mobilité.

De plus, ce projet a comme caractéristique d'être « *commun*¹⁴² » aux sociétés concernées. C'est pourquoi, les éléments obligatoires requis par l'article 122 de la Directive Sociétés, tel que modifié par la Directive Mobilité, doivent se retrouver dans le projet de fusion transfrontalières de toutes les sociétés impliquées.

Le législateur européen n'a par contre pas prévu d'exigence formelle pour ce projet. Il n'y a donc par exemple aucune précision quant à la langue devant être employée. C'est pourquoi, en pratique et par principe, on considérera que le projet doit être établi en plusieurs langues¹⁴³. C'est d'autant plus vrai qu'il s'agit d'un document commun aux sociétés impliquées dans la fusion transfrontalière, ce qui donne une potentielle justification à cette application

¹⁴⁰ N. KRAUSE et N. KULPA, « Grenzüberschreitende Verschmelzungen – Vor dem Hintergrund der SEVIC-Entscheidung und der Reform des deutschen Umwandlungsrecht », *ZHR* 171, 2007, p. 38

¹⁴¹ Directive Sociétés, considérant 57.

¹⁴² Directive Sociétés telle que modifié par la Directive Mobilité, art. 122 ; Directive Sociétés, considérant 57.

¹⁴³ F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », in *Les enjeux des scissions transfrontalières au sein de l'Union européenne*, 1^{re} édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p.390.

cumulative des règles en matière d'emploi des langues¹⁴⁴. L'on regrettera néanmoins que cette question de la langue ne soit pas abordée par le législateur européen, même si l'on conçoit que cette question est éminemment d'ordre politique.

Pour ce qui est de la règle de conflit de lois, en principe, chaque société reste soumise à sa *lex societatis*, sauf pour ce qui concerne les aspects transfrontaliers à proprement parler¹⁴⁵. Le principe est donc une application distributive. Néanmoins, l'élaboration d'un projet commun de fusion transfrontalière nécessitant des négociations entre les sociétés impliquées, il sera, par dérogation, réaliser une application « *unitaire*¹⁴⁶ ».

§2. Le rapport de l'organe d'administration ou de gestion :

L'article 124 de la Directive Sociétés, tel que modifié par la Directive Mobilité, requiert la rédaction d'un rapport par l'organe d'administration ou de direction de chacune des sociétés impliquées, étant entendu qu'il importe peu de savoir si le contenu du rapport a été élaboré en totalité par ces organes ou s'ils n'ont qu'adopté le rapport final dans le respect des conditions de quorums et de majorités¹⁴⁷. L'objectif de ce rapport est la bonne information des associés et des travailleurs en ce qui concerne la fusion transfrontalière¹⁴⁸.

Pour ce qui est de la forme, un choix est offert à la société entre , d'une part, réaliser un rapport séparé pour les deux catégories de *stakeholders* visés par la Directive Mobilité, et, d'autre part, établir un rapport unique avec deux parties distinctes pour chaque destinataire¹⁴⁹.

Pour ce qui concerne le contenu du rapport, les exigences minimales requises par le législateur européen varient suivant que les destinataires soient des associés ou des travailleurs.

En premier lieu, s'il s'agit de la partie du rapport pour les associés, il y a tout d'abord une exigence de justification juridique et économique de la scission transfrontalière, laquelle recouvre, entre autres, la description des conséquences de l'opération sur les activités futures des sociétés bénéficiaires¹⁵⁰. Il faudra par exemple, expliciter : le choix de la fusion transfrontalière comme procédure de réorganisation transfrontalière¹⁵¹, les risques de l'opération et ses chances de réussite, la justification d'un point de vue économique du choix

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 92.

¹⁴⁵ Directive Sociétés, art. 121, §1, b).

¹⁴⁶ F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.390.

¹⁴⁷ J. MITTERECKER, *Grenzüberschreitende Verschmelzungen*, Wien, Verlag Österreich, 2014, pp. 280-281.

¹⁴⁸ *Ibid.*, pp. 275-276.

¹⁴⁹ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, art. 124, §2, al. 2.

¹⁵⁰ Directive Mobilité, art. 124, §1, al.1 et 2.

¹⁵¹ F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.452.

des partenaires¹⁵² ainsi que, le cas échéant, des informations sur les travailleurs pouvant intéresser les associés¹⁵³. De plus, l'article 124, §3 de la Directive Sociétés, tel que modifié par la Directive Mobilité, reprend quatre autres points devant figurer dans le rapport, à savoir :

- L'explication de la soulte en espèces ainsi que de la méthode utilisée pour sa détermination¹⁵⁴. L'utilité de cette mention est qu'elle permet aux associés sortant de décider s'ils veulent ou non, dans une optique de protection de leurs intérêts, se servir de la procédure de contestation de la soulte consacrée à l'article 126*bis*, § 4 de la Directive Sociétés tel que modifié par la Directive Mobilité.
- La clarification du rapport d'échange des actions et de la méthode employée pour le déterminer¹⁵⁵, ce qui inclut au minimum la formule de calcul du rapport d'échange et, le cas échéant, la raison justifiant la soulte¹⁵⁶.
- L'explication des conséquences de la fusion transfrontalière¹⁵⁷, c'est-à-dire l'explication des impacts que l'opération aura sur la situation des associés.
- Informer des recours dont disposent les associés en vertu de l'article 126*bis* de la Directive Mobilité.

Le contenu de ce rapport a une importance particulière pour les associés minoritaires qui, en raison de leur statut et de la hauteur de leur investissement, n'ont que peu de connaissances des affaires internes de la société et ne dispose donc pas des outils nécessaires pour adopter une décision éclairée¹⁵⁸, d'où justement l'importance pour eux de ce rapport.

Une renonciation est d'ailleurs possible si tous les associés y ont unanimement consenti¹⁵⁹. Dans cet ordre d'idées, les États-membres pourront dispenser les sociétés unipersonnelles de l'obligation d'établir un rapport conformément à l'article 124, §4 de la Directive Sociétés tel que modifié par la Directive Mobilité.

En second lieu, la section/le rapport à destination des travailleurs devra au minimum comprendre les trois exigences visées à l'article 124, §5 de la Directive Sociétés, tel que modifié par la Directive Mobilité. Il faudra donc retracer, non seulement les conséquences directes de

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ J. SCHMIDT, « EU Company Law Package 2018 – Mehr Digitalisierung und Mobilität von Gesellschaften (Teil 1) », *Der Konzern*, n°6/2018, p. 241.

¹⁵⁴ Directive Mobilité, art. 124, §3, a).

¹⁵⁵ *Ibid.*, art. 124, §3, b).

¹⁵⁶ F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.453.

¹⁵⁷ Directive Mobilité, art. 124, §3, c).

¹⁵⁸ F. GARCIMARTÍN and E. GANDÍA, "Cross-Border Conversions in the EU: The EU Commission Proposal", *op.cit.*, pp. 22 and 23.

¹⁵⁹ Directive Sociétés, considérant 75; Directive Mobilité, art. 124, §4, 1^{re} phrase.

l'opération, comme par exemple le transfert des contrats de travail, mais aussi les conséquences indirectes telles que les bouleversements en matière de convention collective de travail pour les travailleurs de la société scindée¹⁶⁰. De plus, il est précisé à l'article 124, §5, c) de la Directive Sociétés, tel que modifié par la Directive Mobilité, que les explications requises s'étendent aussi aux impacts sur les filiales de la société. L'on fera en outre remarquer que le niveau de précision requis dépend du cas d'espèce¹⁶¹. Par ailleurs, il est possible de ne pas devoir réaliser de section du rapport à destination des travailleurs dans l'hypothèse visée à l'article 124, §8 de la Directive Sociétés, tel que modifié par la Directive Mobilité.

Pour ce qui est de la mise à disposition, l'article 124, §6 de la Directive Sociétés, tel que modifié par la Directive Mobilité, établit que le ou les rapports doivent au minimum être disponible(s) par voie électronique et ce, tant pour les associés que pour les représentants des travailleurs, voire le cas échéant pour les travailleurs eux-mêmes.

Pour finir, si un avis émanant des représentants des travailleurs ou des travailleurs eux-mêmes est reçu par l'organe d'administration ou de gestion, ce dernier devra le communiquer aux associés avant la date de l'assemblée générale¹⁶².

§3. Le rapport de l'expert indépendant :

Le rôle de ce rapport est d'informer, de façon plus complète et objective, les associés pour qu'ils sachent prendre, à l'occasion de l'assemblée générale, une décision éclairée sur l'opération de fusion transfrontalière¹⁶³.

Le régime que les États-membres doivent consacrer devra, pour la personne, physique ou morale¹⁶⁴, de l'expert, répondre à certaines caractéristiques. L'expert doit tout d'abord être indépendant et ne pas avoir de conflit d'intérêts avec la société requérant le certificat préalable¹⁶⁵. Il doit ensuite fournir un avis impartial, objectif et dans le but d'aider l'autorité compétente¹⁶⁶. Pour la nomination de l'expert indépendant, à part dans le cas de la nomination d'un expert unique, les différentes *lex societatis* s'appliquent distributivement¹⁶⁷. Il existe

¹⁶⁰ F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.456.

¹⁶¹ *Ibid*, p. 458.

¹⁶² Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, art. 124, §7.

¹⁶³ Art. 1.2 de la norme de l'IRE relative au contrôle des opérations de fusion et de scission des sociétés du 16 mai 2014, <https://www.ibr-ire.be> (consulté le 10 août 2022).

¹⁶⁴ Directive Sociétés, art. 125, §1, *in fine*.

¹⁶⁵ Directive Mobilité, art. 133*bis*, §2, a).

¹⁶⁶ Directive Mobilité, art. 133*bis*, §2, b).

¹⁶⁷ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, art. 121, §1.

d'ailleurs une possibilité pour les États-membres d'opter pour un rapport unique¹⁶⁸, mais pour être applicable, cette possibilité doit être reconnue par le droit de tous les États-membres concernés par l'opération.

Pour ce qui concerne les prérogatives de l'expert indépendant, celui-ci pourra, d'une part jouir d'un droit d'investigation et, d'autre part, bénéficier d'un droit de vérification et d'obtention de documents¹⁶⁹. A propos plus spécifiquement de l'étendue du contrôle de l'expert, celui-ci devra au minimum passer en revue :

- Le projet commun de fusion transfrontalière¹⁷⁰, étant entendu que, pour ce faire, il lui sera utile de se servir du ou des rapport(s) de l'organe de direction ou d'administration¹⁷¹. L'expert indépendant devra établir si le projet commun est ou non bel et bien correct, sur base des informations dont il dispose, et exhaustif au regard de ce que la loi prescrit¹⁷².
- Le rapport d'échange des actions¹⁷³, en ce compris la vérification des calculs de ce rapport.
- Le montant et le calcul de la soulte en espèces¹⁷⁴. Il est à souligner qu'en matière de fusions transfrontalières¹⁷⁵, et contrairement aux scissions transfrontalières, l'expert indépendant doit mentionner et justifier le recours, le cas échéant, à plusieurs méthodes différentes pour l'évaluation. On attire aussi l'attention sur le fait que l'explication de la soulte en espèces soit essentielle puisque c'est sur base de celle-ci que les associés sortant vont choisir s'ils recourent ou non à la procédure de contestation¹⁷⁶.

Le contenu du rapport de l'expert indépendant devra en tout état de cause répondre au minimum aux exigences de l'article 125, §2 de la Directive Sociétés, tel que modifié par la Directive Mobilité.

¹⁶⁸ Directive Sociétés, art. 125, §2.

¹⁶⁹ H-F MÜLLER, « Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem neuen Richtlinienentwurf der EU-Kommission », *ZIP*, 2004, p. 1790.

¹⁷⁰ Directive Sociétés, art. 125, §2.

¹⁷¹ F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p. 475.

¹⁷² Art. 2.6 de la norme de l'IRE relative au contrôle des opérations de fusion et de scission des sociétés du 16 mai 2014, <https://www.ibr-ire.be> (consulté le 4 août 2022).

¹⁷³ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, art. 125, §3, al. 1^{er}.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, art. 125, § 3, al. 1^{er}, c).

¹⁷⁶ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, art. 126bis.

Ensuite, le droit applicable, à l'établissement du rapport de l'expert indépendant exigé pour chaque société qui fusionne, sera celui de chaque société participant à l'opération pour ce qui la concerne¹⁷⁷.

Par ailleurs, une renonciation au rapport de l'expert indépendant est possible à condition que l'unanimité des associés soient d'accord¹⁷⁸, en ce compris donc l'accord des associés des sociétés étrangères, ce qui est d'autant plus complexe que l'actionnariat est dispersé géographiquement¹⁷⁹. En dépit de cette potentielle complexité, cette possibilité s'explique par le fait que l'expert indépendant soit là pour protéger les intérêts de tous les associés. Aucune condition de forme n'est exigée pour cette renonciation, les États-membres ont donc une liberté à cet égard.

Pour finir, les sociétés unipersonnelles peuvent être dispensées de ce rapport¹⁸⁰.

§4. Mesure de publicité :

Lorsque le projet de fusion transfrontalière est approuvé par les organes de gestion ou d'administration, il est exigé qu'une publication de ce projet soit faite, et ce, au plus tard un mois avant la date planifiée pour l'assemblée générale devant se prononcer sur l'opération¹⁸¹. L'objectif est ici la protection des associés et des tiers¹⁸². Il est en outre requis, depuis la refonte opérée par la Directive Mobilité, qu'une notification de la possibilité pour les *stakeholders* de formuler des observations, sur le projet de fusion transfrontalière, soit aussi publiée¹⁸³.

Par ailleurs, les États-membres peuvent consacrer un régime de publicité exigeant la publication du rapport de l'expert indépendant, sous réserve des informations potentiellement confidentielles¹⁸⁴.

Les États-membres ont, pour finir, la possibilité de déroger à l'obligation de publication visée ci-avant si les sociétés qui fusionnent publient sur leur site internet le projet et l'avis, conformément au prescrit de l'article 123, §2 de la Directive Sociétés tel que modifié par la Directive Mobilité. Dans le cas où une telle possibilité serait utilisée, les informations visées à

¹⁷⁷ Directive Sociétés, art. 125, §1, al. 1.

¹⁷⁸ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, art. 125, §4.

¹⁷⁹ J. RICKFORD, "The proposed tenth company law directive on cross-border mergers and its impact in the UK", *E.B.L.R.*, 2005, n°16, p. 1408.

¹⁸⁰ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, art. 125, §4.

¹⁸¹ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, art. 123, § 1er, al. 1^{er}, a).

¹⁸² Directive Sociétés, considérant 58.

¹⁸³ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, art. 123, § 1er, al. 1^{er}, b).

¹⁸⁴ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, art. 123, §1, al. 2 et 3.

l'article 123, §3 de la Directive Sociétés, tel que modifié par la Directive Mobilité, devront être soumises aux registres concernés.

§5. L'approbation par l'assemblée générale :

L'article 126, §1 de la Directive Sociétés, tel que modifié par la Directive mobilité, exige que les assemblées générales de chaque société participant à la fusion transfrontalière se prononce sur l'opération selon les modalités qu'il détermine. Aucune exigence formelle n'est consacrée par le législateur européen pour cette approbation, les législateurs nationaux possèdent donc une marge de manœuvre sur ce point.

Le délai endéans lequel l'assemblée générale doit se réunir est à déterminer de façon distributive par les États-membres impliqués. Pour éviter des divergences problématiques, il est recommandé, en pratique, que la tenue des assemblées générales ait lieu le même jour¹⁸⁵. Elle ne peut en tout cas pas avoir lieu avant le délai de minimum d'un mois visé à l'article 123, §1, al. 1 de la Directive Sociétés tel que modifié par la Directive Mobilité.

La décision de l'assemblée générale porte sur le projet de fusion transfrontalière, mais aussi sur les modifications statutaires devenues nécessaires en raison de cette opération¹⁸⁶.

Pour ce qui est des conditions majorité et de présence, conformément à l'article 121, §2 de la Directive Sociétés, les États-membres sont libres de déterminer les conditions qu'ils souhaitent.

De plus, dans un objectif de protection de la participation des travailleurs, il est possible d'établir un régime condition suspensive par lequel la réalisation de la fusion transfrontalière peut être subordonnée à la condition que les modalités de participation des travailleurs établies soient réalisées¹⁸⁷.

Ensuite, aucun pouvoir de modification du projet de fusion transfrontalière n'est reconnu explicitement au bénéfice de l'assemblée générale. En effet, il est établi que l'assemblée générale doive « *approuver ou non le projet de fusion transfrontalière*¹⁸⁸ », ce qui ne laisse une place qu'à une approbation ou un rejet total.

Pour finir, l'approbation par l'assemblée générale de chaque société est obligatoire, mais il est possible d'y renoncer, d'une part, si les conditions de l'article 94 de la Directive Sociétés

¹⁸⁵ F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.501.

¹⁸⁶ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, art. 125, §1.

¹⁸⁷ Directive Sociétés, art.126, §2.

¹⁸⁸ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, art. 126, §1.

sont remplies et, d'autre part, si l'assemblée générale de la société absorbante l'autorise au stade de l'approbation du projet commun de fusion¹⁸⁹. Attention que, la contestation de la décision d'approbation de la fusion transfrontalière ne peut pas avoir lieu uniquement en se servant des trois motifs énumérés à l'article 126, §4 de la Directive Sociétés tel que modifié par la Directive Mobilité. Le but est d'éviter que l'opération transfrontalière ne soit bloquée pour ces trois motifs¹⁹⁰.

§6. Double contrôle de légalité :

Deux contrôles doivent ici être effectués : un premier contrôle de conformité et un second contrôle de légalité.

En premier lieu, le contrôle de conformité s'applique à toutes les entités participant à l'opération de fusion transfrontalière. Globalement, l'objet du contrôle peut porter sur la vérification de :

- La préparation et la tenue des assemblées générales se prononçant sur l'opération¹⁹¹ (et donc sur les aspects internes de la fusion transfrontalière).
- La bonne exécution des mécanismes de protection des différents *stakeholders*¹⁹², ce qui peut comprendre : d'un côté, les informations sur les procédures en vue de déterminer que les modalités de participation des travailleurs figurent bien dans le projet¹⁹³, et, d'un autre côté, les options possibles pour ces modalités de participation des travailleurs¹⁹⁴.
- La présence d'une indication des sociétés fusionnant comme quoi la procédure de négociation de la participation des travailleurs a bien commencé¹⁹⁵.
- « *la satisfaction ou la garantie des engagements pécuniaires ou non pécuniaires dus aux organismes publics ou le respect d'exigences sectorielles particulières, y compris la garantie des engagements découlant des procédures en cours*¹⁹⁶ ».

¹⁸⁹ Directive Sociétés, art. 126, §3.

¹⁹⁰ F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.512.

¹⁹¹ D. BEUTEL, Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU – Einflüsse des Gemeinschaftsrechts auf die Schaffung nationaler Rechtsgrundlagen grenzüberschreitender Verschmelzungen unter Beteiligung deutscher Kapitalgesellschaften, München, *Herbert Utz Verlag*, 2008, p. 202.

¹⁹² F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.517.

¹⁹³ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, art. 127, §5.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, art. 127, §6, b).

¹⁹⁶ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, 127 §1, al.2.

La Directive Mobilité envisage en outre quatre issues possibles pour ce contrôle, à savoir de façon synthétique :

- La délivrance du certificat préalable¹⁹⁷, lequel vaudra « *preuve concluante* »¹⁹⁸ de la conformité de l'opération par rapport au droit national de l'État-membre concerné.
- Le refus de la délivrance du certificat préalable avec, le cas échéant, l'octroi d'un délai supplémentaire pour corriger la situation afin de remplir correctement les procédures et formalités exigées¹⁹⁹.
- Le refus pur et simple de la délivrance en cas de finalités abusives ou frauduleuses de l'opération de fusion transfrontalière²⁰⁰.
- L'appréciation des faits et circonstances en cas de soupçon que les finalités de l'opération soient frauduleuses ou abusives²⁰¹. S'il y a lieu, mais dans un délai additionnel de trois mois maximum, des enquêtes ou demandes d'informations supplémentaires peuvent être réalisées²⁰². Si, à l'issue de ce processus, l'autorité ne constate pas que les insuffisances ont été corrigées, elle refusera de remettre un certificat préalable.

La transmission du certificat préalable doit être établie et réalisée conformément à l'article 127*bis* de la Directive Sociétés tel que modifié par la Directive Mobilité.

En second lieu, l'opération de fusion transfrontalière doit subir un contrôle de légalité ayant pour objet, non seulement la « *réalisation* »²⁰³ de l'opération, mais aussi la vérification de la fixation des modalités relatives à la participation des travailleurs et le respect des dispositions de droit national quant à la constitution et l'immatriculation des sociétés concernées²⁰⁴. En outre, par opposition au contrôle de conformité, la Directive Mobilité ne comprend aucune exigence quant au délai endéans lequel le contrôle doit être fait, ce qui laisse une grande marge de manœuvre aux États-membres²⁰⁵. Ce manque de précision du législateur européen empêche de se faire une idée claire de la durée de la procédure de fusion transfrontalière dans son ensemble.

¹⁹⁷ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, 127, § 7, a).

¹⁹⁸ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, 128 §5.

¹⁹⁹ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, 127, § 7, b).

²⁰⁰ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, 127, § 8.

²⁰¹ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, 127, § 9.

²⁰² Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, 127, §10.

²⁰³ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, 128, §1, al.1.

²⁰⁴ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, art. 128, §1, al.2.

²⁰⁵ F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.526.

§7. Immatriculation et prise d'effet de la fusion transfrontalière :

La procédure de fusion transfrontalière se termine par cette étape.

Tout d'abord, il appartiendra, de façon distributive, au droit des États-membres des sociétés concernées d'établir les formalités de publicité de réalisation de la fusion transfrontalière²⁰⁶.

Ensuite, les informations publiées doivent, au minimum, être celles qui sont visées à l'article 130, §2, alinéa 1 de la Directive Sociétés, tel que modifié par la Directive Mobilité, étant entendu qu'elles devront figurer, tant dans les registre nationaux pertinents²⁰⁷ que dans le système d'interconnexion des registres²⁰⁸.

La procédure de notification et de prise d'effet requise est quant à elle explicitée à l'article 130, §§3 et 4 de la Directive Sociétés, tel que modifié par la Directive Mobilité. Il est à relever qu'en cas de fusion transfrontalière, et en ce qui concerne la notification entre les registres, c'est au registre, de l'État de la société issue de la fusion transfrontalière, de notifier aux registres des États des sociétés ayant fusionnées que la fusion a pris effet et ce, via le système d'interconnexion des registres.

Pour finir, la date de la prise d'effet doit être déterminée par l'État-membre dont la société issue de la fusion provient, mais elle devra, à tout le moins, être postérieure aux contrôles de légalité ainsi qu'à la réception par les registres des notifications de la prise d'effet²⁰⁹. Puisque cette date de prise d'effet n'est pas harmonisée, il ne faut pas s'étonner de voir des divergences entre les dates établies par les différents droits nationaux des États-membres.

§8. La protection des associés :

Il a été reconnu qu'un cadre harmonisé au niveau européen était primordial pour qu'une protection adéquate des *stakeholders*²¹⁰, dont les associés, puisse être établie. C'est dans ce contexte que l'article 126*bis* de la Directive Sociétés, tel que modifié par la Directive Mobilité, a été adopté pour garantir une protection adéquate des associés. Cet article consacre deux mécanismes de protection.

²⁰⁶ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, art. 130, §1^{er}.

²⁰⁷ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, art. 130, §2, al. 1.

²⁰⁸ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, art. 130, §2, al. 2.

²⁰⁹ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, art. 129.

²¹⁰ Directive Mobilité, considérant 6.

Un premier mécanisme de protection est la possibilité, à certaines conditions, pour les associés (en ce compris ceux qui sont minoritaires), de céder leurs actions en échange d'une soulte en espèces adéquate. C'est un mécanisme de protection *ex post* puisqu'il ne peut être enclenché qu'après l'approbation de l'opération par l'assemblée générale²¹¹. Les paragraphes 2 à 6 de l'article 126*bis* de la Directive Sociétés, tel que modifié par la Directive Mobilité, consacrent des exigences minimales et laissent le soin aux États-membres de déterminer le reste. Mais la principale condition est le caractère adéquat de la soulte en espèces par rapport aux actions détenues par l'associé. C'est la raison pour laquelle, l'associé peut même réclamer une soulte en espèces supplémentaire afin que le montant soit correct²¹².

Un second mécanisme de protection est la possibilité de contester le rapport d'échange des actions figurant dans le projet commun de fusion transfrontalière²¹³. Cette protection peut être mise en œuvre à condition que le rapport d'échange soit considéré comme étant insuffisant et, dans ce cas, une soulte en espèces sera octroyée. Il est également possible de prévoir que des actions ou une autre compensation soit octroyée en lieu et place de la soulte en espèces²¹⁴.

Par ailleurs, de façon générale la divulgation d'informations aux associés est une protection puisqu'elle leur permet d'être informé et d'ainsi prendre une décision éclairée. L'article 123 de la Directive Sociétés, tel que modifié par la Directive Mobilité, permet que cette protection des associés par l'information soit réalisée. Il s'agit d'un mécanisme *ex ante* de protection puisqu'il est utilisé avant l'approbation de la fusion transfrontalière par l'assemblée générale²¹⁵.

Sous-section 2. La procédure scission transfrontalière :

A titre préliminaire, l'on souligne qu'avant la procédure *stricto sensu* il y a généralement une phase de négociations préliminaires à l'issue de laquelle la décision d'effectuer une scission transfrontalière est prise, et ce, selon les modalités convenues par les parties ayant négocié. Cette phase préalable n'est pas réglementée dans la Directive Mobilité et est donc soumise au droit national²¹⁶.

²¹¹ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, art. 126*bis*, §1.

²¹² Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, art. 126*bis*, §4.

²¹³ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, art. 126*bis*, §6.

²¹⁴ Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, art. 126*bis*, §7.

²¹⁵ F. GARCIMARTÍN and E. GANDÍA, "Cross-Border Conversions in the EU: The EU Commission Proposal", *op.cit.*, p. 25.

²¹⁶ F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, 1^{re} édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 377.

On relèvera également que, au-delà de la procédure, les effets de l'opération de scission transfrontalière sont décrits à l'article 160*novodecies* de la Directive Mobilité.

La procédure peut quant à elle être subdivisée en sept étapes, lesquelles seront abordées au travers des sept paragraphes ci-après.

§1. Le projet commun de scission transfrontalière :

La première étape est l'établissement d'un projet commun de scission par l'organe de gestion ou d'administration de la société scindée²¹⁷. Si la société fait l'objet d'une procédure de faillite, ce projet sera de la compétence du curateur ou du liquidateur²¹⁸ à la condition que les États-membres concernés aient consacré dans leur droit national la licéité de la réalisation d'une scission transfrontalière en cas de faillite ou d'autres procédures de liquidation.

Le texte de la Directive Mobilité ne comprend par contre aucune exigence formelle pour ce projet. Néanmoins, il découle de l'exigence de publication que le projet doit fatalement être écrit²¹⁹. Cette absence d'exigence formelle s'explique par la nature même d'une directive, à savoir constituer un instrument d'harmonisation minimale²²⁰.

En outre, conformément à l'article 160*quater* de la Directive Mobilité, le droit applicable est celui de la société scindée.

Enfin, en termes de contenu, l'article 160*quinquies* de la Directive Mobilité impose dix-sept éléments devant obligatoirement et au minimum être abordés dans le projet commun de scission transfrontalière.

§2. Le rapport de l'organe d'administration ou de direction :

L'article 160*sexies* de la Directive Mobilité requiert qu'un rapport soit rédigé par l'organe d'administration ou de direction, étant entendu qu'il importe peu de savoir si le contenu du rapport a été élaboré en intégralité par ces organes ou s'ils n'ont qu'adopté le rapport final dans le respect des conditions de quorums et de majorités²²¹. L'objectif de ce rapport est d'informer les associés et les travailleurs.

²¹⁷ Directive Mobilité, art. 160*quinquies*.

²¹⁸ Directive Mobilité, art. 160*bis*, §§ 4 et 5.

²¹⁹ Voy. en ce sens : F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.385 ; F. BERNARD, « L'avènement des scissions transfrontalières », *D.A.O.R.*, n°127, 2018/3, p. 14.

²²⁰ F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.386.

²²¹ J. MITTERECKER, *Grenzüberschreitende Verschmelzungen*, *op.cit.*, pp. 280-281.

Pour ce qui est de la forme, soit un rapport séparé est réalisé pour ces deux catégories de *stakeholders*, soit un rapport unique avec deux parties distinctes pour chaque destinataire est érigé²²².

Pour ce qui concerne le contenu du rapport, les exigences minimales requises varient suivant que les destinataires soient des associés ou des travailleurs.

En premier lieu, s'il s'agit de la partie du rapport pour les associés, il y a tout d'abord une exigence de justification juridique et économique de la scission transfrontalière, laquelle recouvre notamment la description des conséquences de l'opération sur les activités futures des sociétés bénéficiaires²²³. Il faudra par exemple justifier : le choix de la scission transfrontalière en tant que procédure de réorganisation transfrontalière²²⁴, les risques de l'opération et ses chances de réussite, la justification d'un point de vue économique le choix des partenaires²²⁵ ainsi que, le cas échéant, des informations sur les travailleurs pouvant intéressés les associés²²⁶. De plus, l'article 160*sexies*, §3 de la Directive Mobilité reprend quatre autres points que le rapport doit comprendre, à savoir :

- L'explication de la soulte en espèces ainsi que de la méthode utilisée pour sa détermination²²⁷. L'utilité de cette mention est qu'elle permet aux associés sortant de décider s'ils veulent ou non, dans l'optique de protection de leurs intérêts, se servir de la procédure de contestation de la soulte consacrée à l'article 160*decies*, § 4 de la Directive Mobilité.
- La clarification du rapport d'échange des actions ainsi que de la méthode employée pour le déterminer²²⁸, ce qui comprend, au minimum, la formule de calcul du rapport d'échange et, le cas échéant, la raison justifiant la soulte²²⁹.
- L'explication des conséquences de la scission transfrontalière²³⁰, ce qui revient à expliquer en quoi la situation des associés sera impactée par l'opération.
- Informer des recours dont disposent les associés en vertu de l'article 160*decies* de la Directive Mobilité.

²²² F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.450.

²²³ Directive Mobilité, art. 160*sexies*, §1.

²²⁴ F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.452.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ J. SCHMIDT, « EU Company Law Package 2018 – Mehr Digitalisierung und Mobilität von Gesellschaften (Teil 1) », *op. cit.*, p. 241.

²²⁷ Directive Mobilité, art. 160*sexies*, §3, a).

²²⁸ Directive Mobilité, art. 160*sexies*, §3, b).

²²⁹ F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.453.

²³⁰ Directive Mobilité, art. 160*sexies*, §3, c).

Une renonciation est d'ailleurs possible si tous les associés y ont unanimement consenti²³¹. Dans cet ordre d'idées, les États-membres pourront dispenser les sociétés unipersonnelles de l'obligation d'ériger un rapport conformément à l'article 160*sexies* de la Directive Mobilité.

En second lieu, pour la section/le rapport à destination des travailleurs, il devra au minimum comprendre les trois exigences visées à l'article 160*sexies*, §5 de la Directive Mobilité. Le rapport devra donc retracer les conséquences directes de l'opération, comme par exemple le transfert des contrats de travail, mais il devra également reprendre les conséquences indirectes telles que les bouleversements en matière de convention collective de travail pour les travailleurs de la société scindée²³². De plus, il est précisé à l'article 160*sexies*, §5, c) de la Directive Mobilité que les explications requises s'étendent aussi aux impacts sur les filiales de la société scindée, ce qui pourrait en pratique ajouter une charge considérable pour les sociétés représentant en réalité de « *grands groupes*²³³ ». L'on fera en outre remarquer que le niveau de précision requis pour remplir l'exigence de cet article de la Directive Mobilité dépend du cas d'espèce, mais il faut dans tous les cas que les informations données et expliquées soient suffisantes pour qu'un associé normalement prudent et diligent soit capable, à l'assemblée générale, de prendre une décision éclairée et de potentiellement contrôler les conditions de l'opération²³⁴. Par ailleurs, il est possible de renoncer à la section du rapport à destination des travailleurs dans l'hypothèse visée à l'article 160*sexies*, §8 de la Directive Mobilité.

Pour ce qui est de la mise à disposition, l'article 160*sexies*, §6 de la Directive Mobilité établit que le ou les rapports doivent au minimum être disponibles par voie électronique.

Pour finir, si un avis émanant des représentants des travailleurs ou des travailleurs eux-mêmes est reçu par l'organe d'administration ou de gestion, ce dernier devra le communiquer aux associés avant la date de l'assemblée générale²³⁵.

§3. Rapport de l'expert indépendant :

Le rôle de ce rapport est d'informer les associés afin que ceux-ci puissent prendre, à l'occasion de l'assemblée générale, une décision éclairée sur l'opération de scission

²³¹ Directive Mobilité, art. 160*sexies*, §4, 1^e phrase.

²³² F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.456.

²³³ *Ibid.*

²³⁴ *Ibid.*, p. 458.

²³⁵ Directive Mobilité, art. 160*sexies*, §7.

transfrontalière²³⁶. Dans cette optique d'information, l'expert indépendant agit comme un « *gatekeeper*²³⁷ » en ce qu'il est un acteur externe à l'entreprise intervenant pour la correcte information des associés quant à une opération interne à l'entreprise. Ce rapport a comme valeur ajoutée par rapport au rapport de l'organe de direction ou d'administration de fournir une information objective aux associés²³⁸.

La personne de l'expert doit répondre à certaines caractéristiques. Il doit tout d'abord être indépendant et qu'il n'y ait pas de conflit d'intérêts avec la société requérant le certificat préalable²³⁹. Il doit ensuite fournir un avis impartial, objectif et dans le but d'aider l'autorité compétente²⁴⁰. Quant à la nomination de l'expert, elle est régie par le droit de la société scindée²⁴¹.

En ce qui concerne ses prérogatives, l'expert indépendant pourra, d'une part jouir d'un droit d'investigation et, d'autre part, bénéficier d'un droit de vérification et d'obtention de documents²⁴². En outre, afin d'éviter que, au nom du devoir de loyauté de l'organe de direction ou d'administration, des informations confidentielles ne soient pas partagées avec l'expert indépendant, la Directive Mobilité a prévu la possibilité d'exclure les informations confidentielles lorsque le rapport est publié et mis à la disposition du public dans le registre dédié à cet effet²⁴³. *A contrario*, le rapport de l'expert indépendant non divulgué au public, et réservé aux associés, devra donc potentiellement comprendre ces informations confidentielles, ce qui permettra une information plus complète²⁴⁴.

A propos de l'étendue du contrôle de l'expert, celui-ci devra examiner :

- Le projet commun de scission, étant entendu que le ou les rapports(s) de l'organe de direction ou d'administration établit lui sera/seront utile(s) pour analyser le projet de scission²⁴⁵. L'expert indépendant devra établir si le projet commun est

²³⁶ Art. 1.2 de la norme de l'IRE relative au contrôle des opérations de fusion et de scission des sociétés du 16 mai 2014, <https://www.ibr-ire.be> (consulté le 4 août 2022).

²³⁷ J. ARMOUR, H. HANSMANN and R. KRAAKMAN, "Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement", *E.C.G.I. – Law Working Paper*, 135/2009, pp. 22-23.

²³⁸ F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.473.

²³⁹ Directive Mobilité, art. 160*unvicies*, §2, a).

²⁴⁰ Directive Mobilité, art. 160*unvicies*, §2, b).

²⁴¹ Directive Mobilité, art. 160*quater* et 160*septies*.

²⁴² F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.472.

²⁴³ Directive Mobilité, art. 160*octies*, § 1er, al. 2.

²⁴⁴ F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.472.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 475.

ou non bel et bien correct, sur la base des informations dont il dispose, et exhaustif au regard de ce que la loi prescrit²⁴⁶.

- Le rapport d'échange des actions²⁴⁷, en ce compris la vérification de ses calculs.
- Le montant et le calcul de la soulte en espèces²⁴⁸. Il est à souligner que, contrairement au régime établi par le législateur européen pour les fusions transfrontalières²⁴⁹, il n'est pas prévu que l'expert indépendant doive mentionner et justifier le recours, le cas échéant, à plusieurs méthodes différentes pour l'évaluation. Or, une telle hypothèse pourrait survenir, comme dans le cas par exemple d'une scission par absorption où les deux sociétés n'auraient pas employé la même méthode, et la renseigner serait bénéfique pour l'information des associés²⁵⁰. On attire aussi l'attention sur le fait que l'explication de la soulte en espèces est essentielle puisque c'est sur cette base que les associés sortant vont choisir s'ils font usage, ou pas, de la procédure de contestation²⁵¹ de cette soulte établie par la Directive Mobilité.

Le contenu du rapport de l'expert indépendant que les États-membres consacreront devra en tout état de cause répondre, au minimum, au prescrit légal de l'article 160*septies*, §2 de la Directive Mobilité.

Par ailleurs, une renonciation au rapport de l'expert indépendant est possible à condition que l'unanimité des associés l'ait décidé²⁵². Cette possibilité permet de simplifier la procédure et d'en réduire les coûts²⁵³, mais il ne faut pas oublier qu'elle a vocation à protéger les intérêts des associés²⁵⁴. La Directive Mobilité ne mentionne pas de condition de forme que devrait revêtir cette renonciation, les États-membres ont donc une liberté à cet égard.

Pour finir, les sociétés unipersonnelles peuvent être dispensées de ce rapport²⁵⁵.

²⁴⁶ Art. 2.6 de la norme de l'IRE relative au contrôle des opérations de fusion et de scission des sociétés du 16 mai 2014, <https://www.ibr-ire.be> (consulté le 4 août 2022).

²⁴⁷ Directive Mobilité, art. 160*septies*, §2.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ Directive Mobilité, art. 125, § 3, al. 1er, c).

²⁵⁰ F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.480.

²⁵¹ Directive Mobilité, art. 160*decies*.

²⁵² Directive Mobilité, art. 160*septies*, §3, alinéa 1.

²⁵³ U. GROHMANN et N. GRUSCHINSKE, « Grenzüberschreitende Mobilität von Kapitalgesellschaften in Europa – Die Richtlinie zur grenzü- berschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften », *GmbHHR*, 2006, p. 192.

²⁵⁴ F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.482.

²⁵⁵ Directive Mobilité, art. 160*septies*, §3, alinéa 2.

§4. Mesures de publicité :

Lorsque le projet de scission transfrontalière est approuvé par les organes de gestion ou d'administration, la Directive Mobilité exige qu'il soit publié et ce, au plus tard un mois avant la date planifiée pour l'assemblée générale devant se prononcer sur l'opération²⁵⁶. Une nouveauté de la Directive Mobilité, par rapport au régime que la Directive Sociétés prévoyait pour les fusions transfrontalières, est l'obligation de publication d'une notification²⁵⁷. Cette dernière permet aux *stakeholders* d'être informés et de formuler des observations, dans un délai de 5 jours ouvrables avant l'assemblée générale, sur le projet de scission transfrontalière. C'est d'ailleurs dans une même logique d'information que les États-membres peuvent instaurer que le rapport de l'expert indépendant soit publié, sous réserve potentiellement des informations confidentielles.

Les États-membres ont en outre la possibilité de déroger à l'obligation de publication visée ci-avant si la société scindée publie sur son site internet le projet et l'avis conformément au prescrit de l'article 160*octies*, §2 de la Directive Mobilité. Dans le cas où une telle possibilité serait utilisée, les exigences de l'article 160*octies*, §3 de la Directive Mobilité devront être respectées, dont notamment la publication d'un certain nombre de mentions additionnelles.

§5. Approbation de l'assemblée générale :

L'article 160*nonies*, §1 de la Directive Mobilité identifie le moment auquel l'assemblée générale doit se prononcer sur l'opération.

Le délai endéans duquel l'assemblée générale doit se réunir est à déterminer de façon distributive par les États-membres impliqués, ce qui peut provoquer des divergences, lesquelles sont *a priori* sans incidence majeure, mais pour éviter des complications, il est recommandé que les assemblées générales soient tenues le même jour²⁵⁸. En tout état de cause, l'assemblée générale ne peut être tenue avant qu'un mois ne se soit écoulé après la publication ou la mise à disposition du projet commun de scission sur le site internet de la société scindée²⁵⁹.

²⁵⁶ Directive Mobilité, art. 160*octies*, § 1er, al. 1^{er}, a).

²⁵⁷ Directive Mobilité, art. 160*octies*, § 1er, al. 1^{er}, b).

²⁵⁸ F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.501.

²⁵⁹ Directive Mobilité. 160*octies*, § 1er, al. 1^{er}, b).

La décision de l'assemblée générale porte sur le projet commun de scission, mais aussi sur les modifications des statuts devenues nécessaires en raison de la scission transfrontalière²⁶⁰, comme par exemple la nécessité d'augmenter le capital pour faire l'échange d'action²⁶¹.

Il n'y a en outre aucune précision sur la forme que doit revêtir cette approbation. Les États-membres possèdent donc une liberté à cet égard.

Pour ce qui est des conditions majorités et de présence, la Directive Mobilité requiert que l'approbation du projet de scission transfrontalière répondent au minimum aux exigences suivantes²⁶² :

- La majorité requise ne peut pas être inférieure à deux tiers ;
- La majorité requise ne peut pas non plus excéder 90% des voix afférentes aux actions ou au capital souscrit et représenté à l'assemblée générale ;
- Le seuil des votes ne pourra en tout cas pas être supérieur à celui établi par le droit national pour l'approbation de l'opération de fusion transfrontalière.

Par ailleurs, dans un objectif de protection de la participation des travailleurs, il est possible d'établir un régime condition suspensive par lequel la réalisation de la scission transfrontalière peut être subordonnée à la condition que les modalités de participation des travailleurs établies soient réalisées²⁶³. L'on relèvera à ce titre qu'une absence de contestation à ce propos sera insuffisante et que la Directive Mobilité requiert que l'assemblée générale « *entérine expressément*²⁶⁴ » les modalités relatives à la participation des travailleurs dans le cas de l'utilisation de cette condition suspensive. Néanmoins, et à l'instar du régime des fusions transfrontalières, la Directive Mobilité ne comporte aucune exigence en termes de majorité pour cette modalité à propos de la participation des travailleurs. Or, il sera à notre sens loisible de l'aborder dans une potentielle révision de cette directive et ce pour des raisons de sécurité juridique.

Ensuite, la Directive Mobilité ne consacre pas explicitement que l'assemblée générale puisse modifier le projet de scission transfrontalière. En effet, d'une part elle établit que l'assemblée générale doive « *approuver ou non le projet de scission transfrontalière*²⁶⁵ », ce qui ne rend possible qu'une approbation ou un rejet total ; et, d'autre part, elle impose des

²⁶⁰ Directive Mobilité, art. 160*nonies*, §1.

²⁶¹ F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.501.

²⁶² Directive Mobilité, art. 160*nonies*, §3.

²⁶³ Directive Mobilité, art. 160*nonies*, §2.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ Directive Mobilité, art. 160*nonies*, §1.

conditions applicables²⁶⁶ si les États-membres choisissent de doter l'assemblée générale d'un tel pouvoir, ce qui n'impose pas une obligation de consacrer cette prérogative.

Pour finir, la contestation de la décision d'approbation de la scission transfrontalière ne peut pas avoir lieu en ne se servant que des trois motifs énumérés à l'article 160*nonies*, §5 de la Directive Mobilité.

§6. Le double contrôle de légalité :

Deux contrôles doivent être consacrés : un premier contrôle de conformité et un second contrôle de légalité.

En premier lieu, le contrôle de conformité s'applique à toutes les parties de l'opération de scission transfrontalière. Globalement, l'objet du contrôle peut porter sur la vérification de :

- La préparation et la tenue des assemblées générales se prononçant sur l'opération²⁶⁷ (et donc les aspects internes de la scission transfrontalière) ;
- La bonne exécution des mécanismes de protection des différents *stakeholders*²⁶⁸.
En conséquence de quoi, ce contrôle peut impliquer l'examen de s'il y a bien, d'un côté, des informations sur les procédures en vue de déterminer que les modalités de participation des travailleurs figurent bien dans le projet²⁶⁹, et, d'un autre côté, des options possibles pour ces modalités de participation des travailleurs²⁷⁰.
- La présence d'une indication, de la part de la société scindée, que la procédure de négociation de la participation des travailleurs a bien débuté²⁷¹.
- « *la satisfaction ou la garantie des engagements pécuniaires ou non pécuniaires dus aux organismes publics ou le respect d'exigences sectorielles particulières, y compris la garantie des engagements découlant des procédures en cours*²⁷² ».

Néanmoins, à aucun moment les autorités compétentes ne peuvent se positionner, via ce contrôle, l'opportunité de la décision de scission transfrontalière²⁷³.

²⁶⁶ Directive Mobilité, art. 160*nonies*, §3.

²⁶⁷ D. BEUTEL, "Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU – Einflüsse des Gemeinschaftsrechts auf die Schaffung nationaler Rechtsgrundlagen grenzüberschreitender Verschmelzungen unter Beteiligung deutscher Kapitalgesellschaften", *op.cit.*, p. 202.

²⁶⁸ F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.517.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ Directive Mobilité, art. 160*quaterdecies*, §5.

²⁷¹ Directive Mobilité, art. 160*quaterdecies*, §6, b).

²⁷² Directive Mobilité, art. 160*quaterdecies*, §1, al.2.

²⁷³ F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.518.

La Directive Mobilité envisage en outre quatre issues possibles pour ce contrôle, à savoir de façon synthétique :

- La délivrance du certificat préalable²⁷⁴, lequel vaudra « *preuve concluante* ²⁷⁵ » de la conformité de la scission transfrontalière au droit national de l'État-membre auquel appartient la société scindée.
- Le refus de la délivrance du certificat préalable avec, le cas échéant, l'octroi d'un délai supplémentaire pour remplir les procédures et formalités nécessaires²⁷⁶.
- Le refus pur et simple de la délivrance en cas de finalités abusives ou frauduleuses de l'opération de scission transfrontalière²⁷⁷.
- L'appréciation des faits et circonstances en cas de soupçon que les finalités de l'opération soient frauduleuses ou abusives²⁷⁸. S'il y a lieu, mais dans un délai additionnel de trois mois maximum, il peut être effectué des enquêtes supplémentaires ou des demandes d'informations supplémentaires²⁷⁹. Si, à l'issue de ce processus, l'autorité ne constate pas que les insuffisances ont été corrigées, elle refusera alors de remettre un certificat préalable.

La transmission du certificat préalable doit être établie et réalisée conformément à l'article 160*quindecies* de la Directive Mobilité et dans un délai de 21 jours en vertu de l'article 15, §1 de la même directive.

En second lieu, l'opération de scission transfrontalière fait l'objet d'un contrôle de légalité ayant pour objet, non seulement la « *réalisation* ²⁸⁰ » de l'opération, mais aussi la vérification de la fixation des modalités relatives à la participation des travailleurs et le respect des dispositions de droit national quant à la constitution et l'immatriculation des sociétés concernées²⁸¹. En outre, par opposition au contrôle de conformité, la Directive Mobilité ne consacre aucune exigence quant au délai endéans lequel le contrôle doit être fait, ce qui laisse une grande marge de manœuvre aux États-membres²⁸².

²⁷⁴ Directive Mobilité, art. 160*quaterdecies*, § 7, a).

²⁷⁵ Directive Mobilité, art. 160*sexdecies*, §5.

²⁷⁶ Directive Mobilité, art. 160*quaterdecies*, §7, b).

²⁷⁷ Directive Mobilité, art. 160*quaterdecies*, §8.

²⁷⁸ Directive Mobilité, art. 160*quaterdecies*, §9.

²⁷⁹ Directive Mobilité, art. 160*quaterdecies*, §10.

²⁸⁰ Directive Mobilité, art. 160*sexdecies*, §1, alinéa 1.

²⁸¹ Directive Mobilité, art. 160*sexdecies*, §1, alinéa 2.

²⁸² F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.526.

§7. L'immatriculation et la prise d'effet de la scission transfrontalière :

Il s'agit de la dernière étape du processus de scission transfrontalière. Il appartiendra, de façon distributive, aux droits nationaux concernés d'établir les formalités de publicité de réalisation de la scission transfrontalière²⁸³.

Les informations publiées sont, au minimum, celles qui sont visées à l'article 160*septdecies*, §2, alinéa 1 de la Directive Mobilité, étant entendu qu'elles devront figurer tant dans les registres nationaux pertinents²⁸⁴ que dans le système d'interconnexion des registres²⁸⁵.

La procédure de notification et de prise d'effet requise est quant à elle explicitée à l'article 160*septdecies*, §§3 et 4 de la Directive Mobilité.

Pour finir, la date de la prise d'effet doit être déterminée par l'État-membre de la société scindée, mais elle devra, en tout cas, être postérieure à l'exécution des contrôles de légalité ainsi qu'à la réception par les registres des notifications visées à l'article 160*septdecies*, §3 de la Directive Mobilité²⁸⁶. Puisque cette date de prise d'effet n'est pas harmonisée, il ne faut pas s'étonner de voir des divergences entre les dates établies par les différents droits nationaux des États-membres. S'il y a lieu, il faudra également approuver les statuts des sociétés nouvellement constituées ou, en cas de scission partielle, ceux de la société scindée.

Sous-section 3. La transformation transfrontalière :

La définition de cette procédure est consacré à l'article 86*ter*, 2) de la Directive Mobilité, laquelle comprend en réalité trois éléments caractéristiques pour avoir cette opération, à savoir :

- Le maintien de la personnalité juridique et ce, tant négativement (ce que l'on peut constater dans les termes « *sans être dissoute ou liquidée ou mise en liquidation*²⁸⁷ ») que positivement (ce qui est visible au travers des termes « *tout en conservant sa personnalité juridique*²⁸⁸ ») ;
- Le changement de droit applicable à la société concernée sans perte de sa personnalité juridique ;

²⁸³ Directive Mobilité, art. 160*septdecies*, §1^{er}.

²⁸⁴ Directive Mobilité, art. 160*septdecies*, §2, al. 1.

²⁸⁵ Directive Mobilité, art. 160*septdecies*, §2, al. 2.

²⁸⁶ Directive Mobilité, art. 160*octodecies*.

²⁸⁷ Directive Mobilité, art. 86*ter*, alinéa 1, 2).

²⁸⁸ *Ibid.*

- Le transfert de son siège social dans l'État membre de destination²⁸⁹, sans pour autant requérir que le siège réel soit également transféré.

Pour ce qui concerne maintenant le champ d'application, il est délimité à l'article 86*bis* de la Directive Mobilité.

L'on relèvera ensuite, et à titre indicatif, que les effets de l'opération de transformation transfrontalière sont explicités à l'article 86*novodecies* de la Directive Mobilité.

La procédure est, quant à elle, élaborée au sein des articles 86*quater* à 86*nonies* de la Directive Mobilité.

Les paragraphes développés ci-après auront pour objectif de mettre en évidence, à l'aide de neuf paragraphes, les exigences minimales du législateur européen pour la transposition de la Directive Mobilité en ce qui concerne la procédure de transformation transfrontalière.

§1. Le projet de transformation transfrontalière :

La procédure est entamée par l'établissement du projet de transformation transfrontalière. Il faut que le législateur national établisse que le projet de transformation transfrontalière, que l'organe d'administration ou de gestion doit réaliser, aborde au minimum les onze éléments visés par l'article 86*quinquies* de la Directive Mobilité. Ces éléments correspondent aux informations les plus importantes²⁹⁰ sur la transformation transfrontalière envisagée et permettent aux *stakeholders* de déterminer dans quelle mesure cette opération va impacter leurs droits et positions²⁹¹.

De plus, initialement la Proposition de Directive mentionnait une disposition sur l'emploi des langues pour l'article 86*quinquies* de la Directive Mobilité²⁹². Elle prévoyait que le projet pouvait être rédigé dans la langue usuelle des transactions commerciales de la société et que les États-membres pouvaient choisir la version linguistique retenue en cas de divergences entre les versions²⁹³. C'est à regretter que l'emploi des langues, concernant le projet de transformation transfrontalière, n'ait finalement pas été adopté dans le texte final de la Directive Mobilité.

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ F. GARCIMARTÍN and E. GANDÍA, « Cross-Border Conversions in the EU: The EU Commission proposal », *op.cit.*, p. 25

²⁹¹ D. AKSAMOVIC, L. SIMUNOVIC and I. KUNA, "Cross-Border Movement of Companies: The New EU Rules on Cross-Border Conversion", *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, vol. 3, 2019, p. 950.

²⁹² Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la Directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières du 25 avril 2018, COM(2018), 241 final, <http://eur-lex.europa.eu>, p. 25.

²⁹³ *Ibid.*, p. 26.

§2. Le rapport de l'organe de direction :

Au niveau du contenu, le rapport de l'organe de direction doit au minimum :

- Expliquer et motiver les aspects juridiques et économiques de l'opération²⁹⁴ ;
- Expliciter les conséquences de l'opération pour les travailleurs²⁹⁵ ;
- Mettre en avant les impacts de l'opération sur les activités futures de la société²⁹⁶.

L'article 86*sexies*, §§3 et 5 de la Directive Mobilité précise également, en fonction du destinataire, certains contenus additionnels requis.

Ensuite, dans tous les cas ce rapport est à destination des associés et des travailleurs, mais, pour ce qui est de la forme, il pourra être établi via, soit un rapport unique avec des sections séparées pour les différents destinataires, soit un rapport séparé pour chacun des destinataires²⁹⁷.

Il est par ailleurs possible de prévoir une renonciation au présent rapport. Pour ce qui concerne les associés, il peut être institué une possibilité de renonciation en cas d'accord unanime des associés à ce propos ou si le droit applicable établit une dispense de ce rapport pour les sociétés unipersonnelles, ce qui est, pour cette dernière hypothèse, une possibilité offerte aux États-membres²⁹⁸. Concernant maintenant le rapport ou la partie du rapport à destination des travailleurs, il est possible d'y renoncer dans le cas où les filiales de la société concernées ne comportent pas de travailleurs ou en tout cas pas d'autres travailleurs que les membres de l'organe de direction ou d'administration²⁹⁹.

Dans tous les cas, il devra être prévu que la communication du rapport doit se faire aux intéressés, électroniquement, dans un délai de minimum six semaines avant la tenue de l'assemblée générale qui va statuer sur l'opération³⁰⁰.

Pour finir, dans le but de répondre à un objectif d'information éclairée de l'assemblée générale, la Directive Mobilité prévoit que les associés doivent être informés de l'avis des représentants des travailleurs (ou à défaut des travailleurs eux-mêmes) et que cet avis doit être annexé au rapport³⁰¹.

²⁹⁴ Directive Mobilité, art. 86*sexies*, §1.

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ Directive Mobilité, art. 86*sexies*, §2.

²⁹⁸ Directive Mobilité, art. 86*sexies*, §4.

²⁹⁹ Directive Mobilité, art. 86*sexies*, §8.

³⁰⁰ Directive Mobilité, art. 86*sexies*, §6.

³⁰¹ Directive Mobilité, art. 86*sexies*, §7.

§3. Le rapport de l'expert indépendant :

Les États-membres devront prévoir qu'un examen du projet de transformation transfrontalière suivi d'un rapport devra être effectué par un expert indépendant, qu'il soit une personne physique ou une personne morale³⁰². Ce rapport devra être mis à disposition des associés au moins un mois avant l'assemblée générale³⁰³.

En termes de contenu, l'article 86*septies*, §2 de la Directive Mobilité précise le contenu minimal requis pour ce rapport.

Les exigences qui précèdent ne seront pas requises pour ce rapport dans le cas où, d'une part, les associés se seront unanimement mis d'accord à ce propos et, d'autre part, en cas d'application de la possibilité de dispense pour les sociétés unipersonnelles³⁰⁴.

Pour finir, il y a des débats sur la question de si ce rapport satisfait au test de proportionnalité et ce, en raison du coût et de la complexité de l'analyse nécessaires pour établir ce rapport³⁰⁵.

§4. Les mesures de publicité :

Tout d'abord, les États-membres doivent prévoir que la société réalisant la transformation transfrontalière doit publier et mettre à disposition du public, dans le registre de l'État-membre d'origine, le projet de transformation transfrontalière ainsi que l'avis ayant informé les *stakeholders*³⁰⁶. Les formalités de publicité doivent être réalisées, pour le projet dans un délai de minimum un mois avant la date de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur l'opération ; et, pour l'avis, dans un délai minimal de cinq jours avant cette même assemblée. Le but est d'avoir la possibilité, pour les *stakeholders*, d'émettre un avis sur le projet de transformation transfrontalière.

En tout état de cause, les documents précités dans le précédent paragraphe doivent également être accessibles via le système d'interconnexion des registres³⁰⁷. Les États-membres peuvent prévoir une publicité additionnelle par le biais d'une plateforme électronique centrale

³⁰² Directive Mobilité, art. 86*septies*, §1.

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ Directive Mobilité, art. 86*septies*, §3.

³⁰⁵ F. GARCIMARTÍN and E. GANDÍA, « Cross-Border Conversions in the EU: The EU Commission proposal », *op.cit.*, p. 25.

³⁰⁶ Directive Mobilité, art. 86*octies*, §1, a) et b).

³⁰⁷ Directive Mobilité, art. 86*octies*, §1, *in fine* et art. 86*octies*, §6.

ou dans leur bulletin national, mais, dans ce cas, ils devront veiller à ce que le registre transmette bien les informations requises³⁰⁸.

En outre, il est offert aux États-membres la liberté de déterminer s'ils veulent exiger que le rapport de l'expert indépendant soit aussi publié et mis à disposition du public dans le registre³⁰⁹.

Par ailleurs, la société concernée est dispensée de l'obligation de publicité décrite à l'article 86*octies* de la Directive Mobilité dans le cas où elle met, gratuitement, à disposition du public les informations mentionnées sur son site internet, le tout au minimum un mois avant la date de l'assemblée générale se prononçant sur l'opération et étant entendu que cette publicité sur le site internet ne peut pas se terminer avant la fin de ladite assemblée générale³¹⁰.

En termes de contenu, l'obligation de publicité concerne les informations minimales exigées à l'article 86*octies*, §3 de la Directive Mobilité.

Pour finir, les États-membres doivent permettre que l'obligation de publication visée à l'article 86*octies*, §§1 et 3 soit réalisée sans nécessiter de déplacement physique devant les autorités de l'État d'origine³¹¹.

§5. L'approbation par l'assemblée générale :

L'article 86*nonies*, §1 de la Directive Mobilité identifie le moment auquel l'assemblée générale doit se prononcer sur l'opération.

Par ailleurs, la décision de l'assemblée générale porte sur le projet de transformation transfrontalière ainsi que sur les modifications statutaires devenues nécessaires en raison de l'opération transfrontalière³¹². Mais aucune précision n'est faite sur la forme que doit revêtir cette approbation. Les États-membres possèdent donc une liberté à cet égard.

Pour ce qui est des conditions majorité et de présence, la Directive Mobilité requiert que l'approbation du projet de transformation transfrontalière répondent au minimum aux exigences suivantes³¹³ :

- La majorité requise doit d'être d'au moins deux tiers ;

³⁰⁸ Directive Mobilité, art. 86*octies*, §5.

³⁰⁹ Directive Mobilité, art. 86*octies*, §1, alinéa 2.

³¹⁰ Directive Mobilité, art. 86*octies*, §2.

³¹¹ Directive Mobilité, art. 86*octies*, §4.

³¹² Directive Mobilité, art. 86*nonies*, §1.

³¹³ Directive Mobilité art. 86*nonies*, §3.

- La majorité requise ne peut pas non plus excéder 90% des voix afférentes aux actions ou au capital souscrit et représenté à l'assemblée générale ;
- Le seuil des votes ne pourra en aucun cas être supérieur à celui établi en droit national pour l'approbation de l'opération de fusion transfrontalière.

De plus, les États-membres peuvent prévoir qu'en cas d'augmentation des engagements d'un associé, induite par le projet de transformation transfrontalière ou par la modification statutaire, l'associé concerné pourra approuver cette augmentation³¹⁴, sauf s'il ne peut pas exercer le droit de céder ses actions conformément au prescrit de l'article 86*decies* de la Directive Mobilité.

Ensuite, la Directive Mobilité ne consacre pas explicitement que l'assemblée générale puisse modifier le projet de transformation transfrontalière. En effet, tout comme en matière de scission transfrontalière, d'une part elle établit que l'assemblée générale doive « *approuver ou non le projet de transformation transfrontalière*³¹⁵ », ce qui ne laisse une place qu'à une approbation ou un rejet total ; et, d'autre part, elle impose des conditions applicables³¹⁶ si les États-membres choisissent de doter l'assemblée générale d'un tel pouvoir, ce qui n'impose pas une obligation de consacrer cette prérogative, mais uniquement des conditions dans le cas où un tel pouvoir serait consacré.

Par ailleurs, et comme en matière de scission transfrontalière, il est possible d'établir un régime condition suspensive par lequel la réalisation de la scission transfrontalière peut être subordonnée à la condition que les modalités de participation des travailleurs établies soient réalisées³¹⁷. L'on relèvera à ce titre qu'une absence de contestation à ce propos sera insuffisante et que la Directive Mobilité requiert que l'assemblée générale « *entérine expressément*³¹⁸ » les modalités relatives à la participation des travailleurs dans le cas de l'utilisation de cette condition suspensive. Néanmoins, la Directive Mobilité ne requiert aucune exigence en termes de majorité pour cette modalité à propos de la participation des travailleurs.

Pour finir, aucune contestation de la décision d'approbation de la scission transfrontalière ne peut être faite pour les deux motifs énumérés à l'article 86*nonies*, §5 de la Directive Mobilité.

³¹⁴ Directive Mobilité, art. 86*nonies*, §4.

³¹⁵ Directive Mobilité, art. 86*nonies*, §1.

³¹⁶ Directive Mobilité, art. 86*nonies*, §3.

³¹⁷ Directive Mobilité, art. 86*nonies*, §2.

³¹⁸ *Ibid.*

§6. Le double contrôle de légalité :

L'objectif de ce double contrôle est, non seulement une répartition adéquate des compétences entre les États-membres concernés par l'opération, mais aussi une protection contre les abus et fraudes potentiels³¹⁹. Ce sont les articles 86*quaterdecies* à 86*sexdecies* qui réglementent les exigences relatives à cette phase.

En premier lieu, un contrôle de légalité est effectué dans l'État-membre d'origine par l'autorité compétente au sens de l'article 86*quaterdecies*, §1 de la Directive Mobilité. L'objet de ce contrôle concerne ce qui est régi par le droit de l'État-membre d'origine ainsi que ce qui est explicitement visé à l'article 86*quaterdecies*, §5 et 6 de la Directive Mobilité.

Par ailleurs, la Directive Mobilité envisage quatre issues possibles pour ce contrôle, à savoir, de façon synthétique :

- La délivrance du certificat préalable³²⁰, lequel vaudra « *preuve concluante* ³²¹ » de la conformité de la transformation transfrontalière par rapport au droit national de l'État-membre auquel appartient la société scindée.
- Le refus de la délivrance du certificat préalable avec, le cas échéant, l'octroi d'un délai supplémentaire pour remplir les procédures et formalités nécessaires³²².
- Le refus pur et simple de la délivrance en cas de finalités abusives ou frauduleuses de l'opération de transformation transfrontalière³²³.
- L'appréciation³²⁴ des faits et circonstances en cas de soupçon que les finalités de l'opération soient frauduleuses³²⁵ ou abusives³²⁶. S'il y a lieu, mais dans un délai additionnel de trois mois maximum, il peut être réalisé des enquêtes ou demandes d'informations supplémentaires³²⁷. Puis, si à l'issue de ce processus, l'autorité constate que les insuffisances n'ont pas été corrigées, elle refusera alors la remise du certificat préalable.

³¹⁹ A. COTIGA, « L'apport de la directive UE 2019/2021 du 27 novembre 2019 vis-à-vis du transfert transfrontalier intra-européen de siège des sociétés de capitaux », *op.cit.*, p. 638.

³²⁰ Directive Mobilité, art. 86*quaterdecies*, § 7, a).

³²¹ Directive Mobilité, art. 86*sexdecies*, §5.

³²² Directive Mobilité, art. 86*quaterdecies*, §7, b).

³²³ Directive Mobilité, art. 86*quaterdecies*, §8.

³²⁴ Le considérant 36 de la Directive Mobilité détaille les facteurs à prendre en compte, par l'autorité compétente, en cas de soupçon de fraude ou d'utilisation abusive de l'opération transfrontalière.

³²⁵ Le considérant 35 de la Directive Mobilité liste des circonstances, à titre indicatif, pouvant être considérées comme des utilisations frauduleuses ou abusives d'une opération transfrontalière.

³²⁶ Directive Mobilité, art. 86*quaterdecies*, §9.

³²⁷ Directive Mobilité, art. 86*quaterdecies*, §10.

Il est par ailleurs requis que les États-membres établissent, d'une part, la possibilité de prolonger la durée du contrôle d'une durée de trois mois et, d'autre part, des garanties procédurales afin de permettre à la société d'introduire, si elle le souhaite, un recours contre le refus de l'autorité compétente³²⁸.

Pour finir sur ce premier contrôle, dans l'hypothèse où l'issue du contrôle aboutirait à la remise du certificat préalable, la transmission de celui-ci devra être établie et réalisée conformément à l'article 86*quindecies* de la Directive Mobilité et dans un délai de 21 jours en vertu de l'article 15, §1 de la même directive.

En second lieu, l'opération de transformation transfrontalière fait l'objet d'un contrôle de légalité ayant pour objet, non seulement la partie de la procédure soumise au droit de l'État-membre de destination ainsi que l'approbation de cette procédure, mais aussi la vérification de la fixation des modalités relatives à la participation des travailleurs et le respect des dispositions de droit national quant à la constitution et l'immatriculation des sociétés concernées³²⁹. Si ce contrôle est concluant, l'autorité compétente de l'État-membre de destination approuve, à son tour, l'opération.

§7. L'immatriculation et la prise d'effet de la transformation transfrontalière :

La procédure de transformation transfrontalière se clôture par cette étape. Il appartiendra, de façon distributive, aux droits nationaux concernés d'établir les formalités de publicité de réalisation de la transformation transfrontalière³³⁰.

Les informations publiées aux registres des États-membres de départ et de destination sont, à tout le moins, celles qui sont visées à l'article 86*septdecies*, §2, alinéa 1 de la Directive Mobilité, étant entendu qu'elles devront figurées tant dans les registres nationaux pertinents³³¹ que dans le système d'interconnexion des registres³³².

Une fois que la transformation transfrontalière a pris effet, le registre de l'État-membre de destination doit le notifier à l'État-membre de départ, lequel procède aussitôt à la suppression ou radiation de la société du registre pertinent³³³.

³²⁸ Directive Mobilité, considérant 40.

³²⁹ Directive Mobilité, art. 86*sexdecies*, §1.

³³⁰ Directive Mobilité, art. 86*septdecies*, §1^{er}.

³³¹ Directive Mobilité, art. 86*septdecies*, §2, al. 1.

³³² Directive Mobilité, art. 86*septdecies*, §2, al. 2.

³³³ Directive Mobilité, art. 86*septdecies*, §3.

La procédure de notification et de prise d'effet requise est quant à elle explicitée à l'article 160^{septdecies}, §§3 et 4 de la Directive Mobilité.

Pour finir, la date de prise d'effet doit être déterminée dans le droit de l'État-membre de destination, étant entendu qu'elle doit être postérieure au double contrôle de légalité³³⁴. Puisque cette date de prise d'effet n'est pas harmonisée, il ne faut pas s'étonner de voir des divergences entre les dates établies par les différents droits nationaux des États-membres.

§8. Le droit de retrait des associés :

A l'issue d'une procédure de transformation transfrontalière, les associés subissent le fait qu'ils appartiendront désormais à une société régie par une *lex societatis* différente de celle qui était applicable avant l'opération³³⁵. C'est pour cette raison que la Directive Mobilité a mis en place un régime protégeant les associés.

Tout d'abord, le législateur européen exige que les États-membres consacrent le droit pour les associés ayant voté contre le projet de transformation transfrontalière d'exercer leur droit de retrait par le biais, concrètement, d'une cession de leurs actions en échange d'une soulte en espèces adéquate³³⁶ et ce, dans le respect des formalités et délais prescrits par l'article 86^{decies}, §§2 et 3 de la Directive Mobilité.

Ensuite, il est exigé que les États-membres permettent aussi aux associés ayant communiqué leur décision d'exercer le droit de retrait, mais qui considèrent qu'elle n'a pas été fixée de façon exacte, de réclamer une soulte en espèces supplémentaires auprès de l'autorité nationale désignée comme compétente par le droit national³³⁷.

Par ailleurs, l'article 86^{decies}, §1 de la Directive Mobilité prévoit en ses alinéas 2 et 3 deux possibilités offertes aux États-membres d'aller plus loin dans la protection des associés. En cas d'utilisation de ces possibilités supplémentaires offertes par le législateur européen, les sociétés issues de ces États-membres auront plus de difficulté, d'un point de vue financier, de réaliser une transformation transfrontalière puisqu'elles s'exposent à un risque de devoir payer des soultes en espèces potentiellement plus onéreuses³³⁸.

³³⁴ Directive Mobilité, art. 86^{octodecies}.

³³⁵ A. COTIGA, « L'apport de la directive UE 2019/2021 du 27 novembre 2019 vis-à-vis du transfert transfrontalier intra-européen de siège des sociétés de capitaux », *op.cit.*, p. 636.

³³⁶ Directive Mobilité, art. 86^{decies}, §1.

³³⁷ Directive Mobilité, art. 86^{decies}, §4.

³³⁸ A. COTIGA, « L'apport de la directive UE 2019/2021 du 27 novembre 2019 vis-à-vis du transfert transfrontalier intra-européen de siège des sociétés de capitaux », *op.cit.*, p. 636.

Enfin, la Directive Mobilité finit par établir une règle de conflit de loi pour les hypothèses de droit de retrait des associés (consacrées par l'article 86*decies*, §§1 à 4 de la Directive Mobilité), à savoir que c'est le droit de l'État-membre de départ ainsi que ses juridictions qui ont une compétence exclusive en cas de litige en lien avec ce droit de retrait³³⁹.

§9. La protection des créanciers :

Pour commencer, l'article 86*undecies* prévoit deux systèmes obligatoires de protection³⁴⁰ des créanciers ayant des créances nées avant la publication du projet de transformation transfrontalière et non encore échues.

Le premier mécanisme obligatoire consiste en ce pour les États-membres doivent permettre aux créanciers, non-satisfaits des garanties offertes par le projet de de transformation transfrontalière, d'aller, dans les trois mois de la publication dudit projet, auprès de l'autorité administrative ou judiciaire compétente afin d'obtenir des garanties plus appropriées³⁴¹. La mise en œuvre de ce mécanisme est subordonnée par la preuve crédible, à la charge du créancier, que le recouvrement des créances du créancier est compromis en raison de la transformation transfrontalière³⁴².

Le deuxième mécanisme obligatoire correspond au fait pour les États-membres de devoir accorder aux créanciers la possibilité de poursuivre la société dans l'État-membre d'origine et ce, dans un délai de deux ans à partir de la date à laquelle l'opération prend effet³⁴³. Cette exigence est sans préjudice des règles nationales, en matière de prescription des créances et de garanties des engagements dus aux organismes publics, ainsi que du droit de l'UE³⁴⁴. L'on peut s'interroger sur la pertinence d'avoir rajouter cette précision puisque le droit international privé existant permet déjà aux créanciers d'avoir une sécurité juridique face aux potentielles insolvabilité des sociétés³⁴⁵. L'on vise par-là les deux hypothèses couvertes par l'article 3, §§1 et 2 du Règlement Insolvabilité *bis*³⁴⁶.

³³⁹ Directive Mobilité, art. 86*decies*, §5.

³⁴⁰ Directive Mobilité, art. 86*decies*, §§1 et 4.

³⁴¹ Directive Mobilité, art. 86*undecies*, §1, al.2.

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ Directive Mobilité, art. 86*undecies*, §4.

³⁴⁴ Directive Mobilité, art. 86*undecies*, §4, *in fine*

³⁴⁵ A. COTIGA, « L'apport de la directive UE 2019/2021 du 27 novembre 2019 vis-à-vis du transfert transfrontalier intra-européen de siège des sociétés de capitaux », *op.cit.*, p. 637.

³⁴⁶ Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, *J.O.*, n°L.141, 5 juin 2015.

Pour finir, à côté de ces mécanismes obligatoires, la Directive Mobilité établit la possibilité pour les États-membres d'exiger, de la part des dirigeants, une déclaration fidèle de la situation financière de la société et d'attester, sur la base d'une recherche raisonnable, ne pas connaître de raison empêchant la société de régler ses dettes après la transformation transfrontalière³⁴⁷. En cas de déclaration fausse ou trompeuse, la Directive Mobilité ne prévoit pas de sanctions, mais les travaux parlementaires prévoient que, dans ce cas, la responsabilité personnelle des dirigeants serait engagée conformément au droit national³⁴⁸.

§10. La protection des travailleurs dans les organes de direction à l'issue de l'opération :

Lors d'une transformation transfrontalière, les travailleurs d'une société sont potentiellement impactés au niveau de leurs droits de participation³⁴⁹. C'est pourquoi la Directive Mobilité a mis en place des règles visant à préserver ces droits des travailleurs ainsi qu'à empêcher qu'une transformation transfrontalière soit utilisée pour contourner ceux-ci³⁵⁰.

Dans ce cadre, l'article 86*terdecies* de la Directive Mobilité commence par énoncer que le principe est la soumission de la société réalisant l'opération transfrontalière au droit de l'État-membre de destination³⁵¹. Par dérogation, ce seront les règles de l'État d'origine qui s'appliqueront dans les trois hypothèses visées à l'article 86*terdecies*, §2 de la Directive Mobilité. En clair, la protection consiste en le fait de devoir avoir recours, dans certains cas, à un mécanisme de négociation entre la société et ses salariés, et leurs représentants le cas échéant, pour ce qui concerne les droits de participation.

Par ailleurs, comme il a été dit ci-avant, les États-membres ont aussi la possibilité d'établir une condition suspensive pour l'approbation de l'assemblée générale, celle-ci consistant à s'assurer que les modalités de protection des travailleurs consacrés par l'article 86*terdecies* de la Directive Mobilité aient bien été entérinées.

³⁴⁷ Directive Mobilité, art. 86*undecies*, §2.

³⁴⁸ Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la Directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières du 25 avril 2018, COM(2018), 241 final, <http://eur-lex.europa.eu>, point 20 du préambule.

³⁴⁹ A. COTIGA, « L'apport de la directive UE 2019/2021 du 27 novembre 2019 vis-à-vis du transfert transfrontalier intra-européen de siège des sociétés de capitaux », *op.cit.*, p. 638.

³⁵⁰ F. GARCIMARTÍN and E. GANDÍA, "Cross-Border Conversions in the EU: The EU Commission Proposal", *op.cit.*, p.35.

³⁵¹ Directive Mobilité, art. 86*terdecies*, §1.

Section 2. Évaluation du régime actuel :

Le régime actuel européen correspond à celui de la Directive Mobilité. Dans cette section, il sera déterminé si le régime, tel qu'établi par le droit secondaire, répond aux besoins des acteurs économiques désirant faire usage des opérations de réorganisation transfrontalière, dans le cadre de l'exercice de leur liberté d'établissement. L'on a vu, au travers de ce premier chapitre, les grandes évolutions en faveur de la mobilité des sociétés, en ce qui concerne les procédures de réorganisation transfrontalière. Or, l'ultime étape, qui donne corps aux apports positifs accumulés au travers des évolutions du droit primaire et de la jurisprudence, c'est le droit secondaire. Dans cette perspective, il faut se demander si la Directive Mobilité constitue un instrument suffisamment élaboré pour réaliser pleinement, en Union européenne, les procédures de réorganisation transfrontalière ou s'il sera nécessaire d'en adopter un/des nouveau(x). En d'autres termes, une intervention supplémentaire du législateur européen est-elle souhaitable ou serait-elle inopportune ? Les lignes qui suivent s'efforceront d'y répondre.

Sous-section 1. Examen général de l'apport du droit secondaire :

§1. Apport positif :

L'apport positif du droit européen secondaire, en matière de procédures de réorganisation transfrontalière, est indéniable. En effet, les différents instruments, dont le dernier en la matière est la Directive Mobilité, ont permis qu'un régime comprenant des exigences minimales, tout en protégeant les *stakeholders*, soit adopté et harmonisé. Ce régime mis en place constitue un socle permettant, non seulement que ces procédures soient implémentées dans les différents droits nationaux, mais aussi que les sociétés puissent réellement exercer leur mobilité transfrontalière en ayant la certitude de bénéficier de certaines garanties. L'harmonisation positive réalisée par le législateur européen permet, en outre, de faciliter le fonctionnement correct du marché intérieur³⁵².

§2. Relativisation de cet apport :

Néanmoins, cet apport du droit secondaire européen doit être relativisé. Plusieurs raisons permettent de soutenir cette affirmation.

³⁵² K. MARESCAU, et A. FINK, « Mobilité transfrontalière des sociétés et concurrence réglementaire au niveau du droit des sociétés - Prix Pierre Coppens 2014 », *Rev. prat. Soc.*, 2014/2, p. 193.

Premièrement, le législateur européen n'a pas abordé tous les aspects des procédures de réorganisation transfrontalière. En guise d'illustration, l'on renvoie au champ d'application de la Directive Sociétés, et de la Directive Mobilité, qui ne couvrent pas l'ensemble des types de sociétés existantes en UE, mais seulement une partie.

Deuxièmement, lors de l'adoption d'une directive, il demeure une grande marge de manœuvre pour les États-membres, ce qui provoque des divergences sensibles entre les différents droits nationaux, lesquelles empêchent donc d'affirmer que l'harmonisation soit un franc succès³⁵³. Évidemment, cette marge de manœuvre se justifie par la volonté d'avoir souhaité consacrer une harmonisation minimale tout en laissant les États-membres réglementer les questions sensibles politiquement parlant³⁵⁴, comme par exemple les règles en matière d'emploi des langues. Cette grande marge de manœuvre engendre malheureusement dans le chef de certains États-membres la pratique du *gold plating* (connue en français sous le terme « surréglementation ») par laquelle la transposition faite par ces États sera plus stricte, ce qui en réalité est permis puisque l'harmonisation opérée par le droit européen est minimale³⁵⁵. La tentative d'harmonisation des différents droit des sociétés des États-membres est donc, sous cet aspect un échec, même si les interprétations libérales de la jurisprudence tendent à élargir le champ d'application de la liberté d'établissement reconnue par les articles 49 et 54 TFUE. Mais, en fin de compte, n'est-il pas illusoire d'attendre que l'harmonisation du droit européen crée un véritable droit européen des sociétés³⁵⁶ ? La réponse à cette question reste ouverte. De notre point de vue, il ne faut pas autant s'éparpiller et attendre du droit européen secondaire des choses ne faisant pas partie initialement de ses prérogatives. En effet, le droit européen secondaire doit certes garantir :

- la facilitation de la création puis de la « vie » des sociétés,
- une concurrence entre les sociétés qui soit saine et facilitée,
- le libre-établissement sur le territoire des États-membres de l'UE³⁵⁷.

³⁵³ *Ibid.*, p. 196.

³⁵⁴ J. WINTER, « De paradox van de Europese vennootschap », in *Europees ondernemingsrecht: 50 jaar na Sanders' Europese NV: Piet Sanders over Europees ondernemingsrecht, zijn uittreerede over arbitragerecht en een verslag van het symposium gehouden op 30 september 2009 te Rotterdam* (ed. P.SANDERS), Kluwer, 2010, pp. 95-96.

³⁵⁵ K. MARESCAU. et A. FINK, « Mobilité transfrontalière des sociétés et concurrence réglementaire au niveau du droit des sociétés - Prix Pierre Coppens 2014 », *op.cit.*, p. 196.

³⁵⁶ F. MOURLON BEERNAERT, « L'apport du droit de l'Union européenne au droit (belge) des sociétés », in *L'influence du droit européen en droit économique / Cabinet de curiosités pour un juriste passionné – Liber Amicorum DENIS PHILIPPE* (sous la dir. de A. STROWEL et G. MINNE), 1^{re} édition, Bruxelles, Larcier, 2022, p.342.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 344.

A notre sens, tout ce qui sort des points précédemment cités devrait être réglé par les différents législateurs nationaux.

Pour conclure ce point, on citera Fabrice Mourlon Beernaert qui a très bien synthétisé, à notre sens, un point de vue pouvant être adopté afin de ne pas s'éterniser dans des débats infinis sur la question de qui, entre le droit européen et les droits nationaux des États-membres, doit régler telle et telle question : « *laissons donc à chacun ce qu'il sait faire le mieux : au législateur national les règles de fonctionnement « interne » des sociétés qui relèvent de son droit, et à l'Union européenne les règles transnationales ou réellement d'intérêt communautaire, dont le libre établissement* »³⁵⁸».

Sous-section 2. Examen spécifique : avec la Directive Mobilité, la boucle est-elle bouclée ?

§1. La Directive Mobilité : audacieuse ou timide ?

Globalement, on peut observer que la Directive Mobilité comporte de nombreuses avancées, notamment, par exemple :

- L'augmentation de la transparence via des obligations de déclarations³⁵⁹ ;
- L'établissement de mesures protégeant des créanciers, des associés et des employés³⁶⁰ ;
- Le fait que les sociétés de capitaux ne seront plus limitées aux seules fusions transfrontalières, mais pourront recourir aux scissions transfrontalières ainsi qu'aux transformations transfrontalières, tout en ayant un régime harmonisé au niveau européen³⁶¹.

En conséquence de ces avancées, elle fera, en tout cas état de cause, progresser la mobilité des sociétés³⁶². Néanmoins, elle est timide au regard de ce que l'on aurait pu attendre après l'arrêt *Polbud* de la CJUE³⁶³. L'on peut en tout cas pointé trois insuffisances principales de la Directive Mobilité.

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ STEEF M. BARTMAN, "The Adopted Proposal for an EU Directive on Cross-Border Operations: A Realistic Compromise", *op.cit.*, p. 140.

³⁶⁰ *Ibid.*

³⁶¹ J. SCHMIDT, "The Mobility Aspects of the EU Commission's Company Law Package: Or – "The Good, the Bad and the Ugly"", *European Company Law Journal* 16, 2019/1, p.17.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ F. BERNARD, « Les métamorphoses du droit européen de la mobilité transfrontalière des sociétés », *op.cit.*, p. 298.

Premièrement, le champ d'application de la Directive Mobilité est, en fin de compte, très restreint. Tout d'abord, seules les sociétés de capitaux en font partie³⁶⁴, alors que le bénéfice de la liberté d'établissement est plus large et s'applique en théorie à toutes les entités juridiques qui rentrent dans le champ d'application de l'article 54 TFUE³⁶⁵, comme par exemple les sociétés de personnes. De plus, les États-membres ont le pouvoir d'écarter de ce champ d'application les sociétés faisant l'objet d'une procédure de « *restructuration préventive*³⁶⁶ » s'ils le souhaitent. Or, une telle possibilité pour les États-membres d'exclure ces sociétés en difficulté pourrait leur être préjudiciable puisque réaliser une opération de fusion, de scission ou de transformation, qu'elle soit d'ailleurs transfrontalière ou non³⁶⁷, permet souvent à celles-ci de sortir la tête de l'eau. De plus, La Directive Mobilité aborde certes le régime de la procédure de scission transfrontalière, partielle et totale, par constitution de nouvelles sociétés, mais, elle ne consacre par contre pas³⁶⁸ les scissions transfrontalières impliquant un transfert d'actif et de passif à une ou plusieurs sociétés existantes³⁶⁹. Le Parlement européen et le Conseil justifient cette absence par la complexité de ces dernières opérations ainsi que par le risque de « *contournement des règles de l'Union*³⁷⁰ » et des règles des droits nationaux. Ces procédures non visées par la directive seront donc réglementées par le droit national des États-membres et par les principes tirés de l'arrêt *SEVIC Systems* après le 31 janvier 2023³⁷¹.

Deuxièmement, chaque type de réorganisation transfrontalière envisagée par la directive fait obligatoirement l'objet d'une disposition anti-abus³⁷² pour laquelle les États-membres auront une grande flexibilité. Cette mesure est problématique à cause de la possibilité, pour les États-membres, d'instaurer dans leur droit national des mesures très strictes et ce, grâce à cette

³⁶⁴ Directive Mobilité, art. 86*ter*, 1) ; 160*ter*, §1 et annexe II.

³⁶⁵ J. SCHMIDT, "The Mobility Aspects of the EU Commission's Company Law Package: Or – "The Good, the Bad and the Ugly""", *op.cit.*, p.13.

³⁶⁶ Directive Mobilité, art. 86*ter*, 1) ; 160*ter*, §1 et annexe II.

³⁶⁷ F. GARCIMARTÍN and E. GANDÍA, "Cross-Border Conversions in the EU: The EU Commission Proposal", *op.cit.*, pp. 22 and 23.

³⁶⁸ N. BANG, J. MÜLLER CORNELIUS, S. KLAPER, M. GÜNGÖR and G. FEDERPIEL, « Cross-border mergers, divisions and conversions », *op.cit.*, p.32.

³⁶⁹ L. ATHLAN et ST. TORCK, « Les scissions transfrontalières », *op.cit.*, p.3 ; T. DRYGALA et T. VON BRESSENSDORF, « Gegenwart und Zukunft grenzüberschreitender Verschmelzungen und Spaltungen », *N.Z.G.*, 2016, p. 1161 ; F. GARCIMARTÍN and E. GANDÍA, « Cross-border conversions in the Eu : the Eu Commission proposal », *op.cit.*, p. 19 ; H. KALLMEYER et S. KAPPES, « Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen nach sevic systems und der Eu-verschmelzungsrichtlinie », *A.G.*, 2006, pp. 226-234.

³⁷⁰ Considérant n°8 de la Directive Mobilité.

³⁷¹ *Ibid.*

³⁷² Directive Mobilité, art. 86*quaterdecies*, §8 (transformation transfrontalière) ; 127, §8 (fusion transfrontalière) et 160*quaterdecies* §8 (scission transfrontalière).

énorme marge de manœuvre que la Directive Mobilité leur octroie³⁷³. En dépit des avancées opérées par la CJUE, certains États-membres pourraient être enclin à adopter des mesures anti-abus strictes par lesquelles, notamment, ils exigeraient qu'il y ait un exercice d'une activité économique réelle sur leur territoire pour pouvoir autoriser une opération de réorganisation transfrontalière³⁷⁴. En conséquence aussi de cette grande marge de manœuvre, l'autorité nationale chargée du contrôle anti-abus pourrait être tentée de refuser l'opération transfrontalière pour des raisons politiques cachées³⁷⁵. Par ailleurs, il est intéressant de relever le point de vue abordant la question de savoir si, le fait d'avoir choisi un instrument de droit des sociétés européen, était le plus adapté pour établir une disposition anti-abus, alors qu'il existe des instruments plus spécifiques pour le droit fiscal, financier et de la concurrence qui, peut-être, auraient été plus adaptés³⁷⁶. Cette disposition a donc un effet pervers potentiel.

Troisièmement, lors de l'adoption de la Directive Mobilité, la Commission a décidé de ne pas suivre les suggestions émises lors de l'étude préalable de Jessica Schmidt. Selon cette étude, il aurait été plus efficace de prévoir un corps de texte commun pour les trois procédures de réorganisation transfrontalière et d'ensuite établir des sections séparées reprenant les spécificités de ces différentes procédures³⁷⁷. N'ayant pas suivi cette suggestion, la Directive Mobilité comprend des parties séparées pour chaque procédure. En conséquence de ce qui précède, les régimes des différentes procédures présentent à la fois des répétitions, mais aussi des incohérences. Un exemple d'incohérence est que le « *régime de participation des travailleurs*³⁷⁸ », existant pour les fusions transfrontalières, est le seul permettant d'amoindrir les coûts tout en rendant le processus plus rapide³⁷⁹. Ce régime est consacré à l'article 86*terdecies* de la Directive Mobilité, lequel renvoie aux articles pertinents de la directive 2001/86/CE. L'incohérence consiste en ce qu'il n'y a que le régime de participation des travailleurs, des fusions transfrontalières, qui permette aux organes compétents des sociétés

³⁷³ En guise d'exemples de l'énorme marge de manœuvre laissée aux États-membres, l'on citera les dispositions suivantes : 35^e considérant 4^e phrase et art 160*quaterdecies*, §9, al. 2 de la Directive Mobilité ; Art. 160*quaterdecies*, §3 et 11 de la Directive Mobilité ; 35^e considérant, 5^e phrase et art. 160*quaterdecies*, §10 de la Directive Mobilité ; 36^e considérant, al. 1 et 2 de la Directive Mobilité.

³⁷⁴ F. BERNARD, « Chapitre 1 - La procédure générale de scission transfrontalière », *op.cit.*, p.299.

³⁷⁵ STEEF M. BARTMAN, "The Adopted Proposal for an EU Directive on Cross-Border Operations: A Realistic Compromise", *op.cit.*, p. 141.

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ J. SCHMIDT, "Cross-border mergers and divisions, transfers of seat: Is there a need to legislate?", *op.cit.*, p.37.

³⁷⁸ F. BERNARD, « Les métamorphoses du droit européen de la mobilité transfrontalière des sociétés », *op.cit.*, p. 300.

³⁷⁹ T.O. BRANDI, « Grenzüberschreitender (Heraus-)Formwechsel – praktische Erfahrungen und Vergleich mit Reformvorschlägen im EU Company Law Package », *B.B.*, 2018, p.2632.

concernées d'être directement soumis aux « *dispositions de référence*³⁸⁰ » sans devoir engager de négociations préalables.

En conséquence de ce qui précède, la Directive Mobilité a certes permis des avancées en matière de procédures de réorganisation transfrontalières, mais celles-ci sont davantage timides qu'audacieuses.

§2. Conclusion et perspectives d'avenir :

Lorsque l'on a examiné le régime prévu par la Directive Mobilité, l'on a pu passer en revue les différents régimes pour ensuite en dégager les avancées, tout en soulignant que celles-ci pouvaient être qualifiées de « timides » au regard de ce que l'on aurait pu espérer après les évolutions plutôt audacieuses de la jurisprudence. Comment comprendre cette réserve du législateur européen ?

Un point de vue soutenu dans la récente doctrine juridique³⁸¹ serait que cette attitude reflète le fait qu'il ne s'agisse que d'« *une première étape*³⁸² » servant à tâter le terrain, en raison de la méfiance des États-membres, en vue d'une initiative ultérieure en la matière, étant entendu que cette dernière irait plus loin³⁸³. Afin d'appuyer ce point de vue, l'on peut citer, par exemple, les arguments suivants :

- L'absence de sens dans l'exigence de mention, dans le projet commun de scission, d'une date à partir de laquelle le droit de participer aux bénéfices sera acquis aux associés de la société qui est scindée³⁸⁴. Par contre, cette mention serait logique dans le cas d'une scission transfrontalière impliquant plusieurs sociétés préexistantes³⁸⁵.
- L'illogisme dans le fait de pouvoir prévoir une date de prise d'effet comptable rétroactive par rapport à la constitution de la société³⁸⁶. Cette possibilité ne figure pas dans le texte de la Directive Mobilité, mais bien dans la Proposition de la Directive

³⁸⁰ Directive Mobilité, art. 133, §4, a).

³⁸¹ Voy. F. BERNARD, « Les métamorphoses du droit européen de la mobilité transfrontalière des sociétés », *op.cit.*, p. 301.

³⁸² Avis du Comité économique et social européen sur a) une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés [COM(2018) 239 final – 2018/0113 (COD)] et sur b) une proposition de directive modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières [COM (2018) 241 final – 2018/0114 (COD)] (Rapporteur Dimitris Dimitriadis), EESC 2018/01917, 17 octobre 2018, <https://eur-lex.europa.eu>, points 3, 6 et 9.

³⁸³ F. BERNARD, *Les enjeux des scissions transfrontalières au sein de l'Union européenne*, *op.cit.*, p. 549.

³⁸⁴ Directive Mobilité, art. 160quinquies, f).

³⁸⁵ F. BERNARD, *Les enjeux des scissions transfrontalières au sein de l'Union européenne*, *op.cit.*, p. 549.

³⁸⁶ *Ibid.*

Mobilité, mais le raisonnement est le même. Une telle possibilité ne se justifie pas en cas de scission transfrontalière par constitution de nouvelles sociétés puisque par définition la date de prise d'effet de l'opération et la date de prise d'effet comptable coïncident. Par contre, cette mention a du sens dans le cadre de scission transfrontalière par constitution de nouvelles sociétés³⁸⁷.

- Ne constitue pas un motif de contestation de la validité de la décision de l'assemblée générale sur l'opération transfrontalière, le fait que la valeur totale des participations détenue par un associé ne soit pas équivalente à celle qu'il a dans la société scindée. Or, ceci n'est véritablement logique que dans le cas d'une scission transfrontalière impliquant plusieurs sociétés préexistantes³⁸⁸.
- La justification de la limitation du champ d'application de la Directive Mobilité, en ce qui concerne les scissions transfrontalières, est contradictoire avec le besoin allégué par cette même Directive de protéger les *stakeholders*³⁸⁹. L'on peut en effet difficilement concevoir comment, en ne prévoyant pas de régime pour les scissions transfrontalières impliquant plusieurs sociétés préexistantes et en mettant ainsi les *stakeholders* dans un flou juridique, on peut les protéger³⁹⁰.
- La timidité des avancées de la Directive Mobilité s'expliquerait par la volonté de montrer aux États-membres l'importance des opérations de scissions transfrontalières, sur le marché intérieur. La Commission européenne voudrait dans cette optique le schéma qui a été fait pour les fusions transfrontalières pour lesquelles il a été montré que le fait d'avoir instauré un régime harmonisé avait permis de créer une hausse du nombre de fusions transfrontalières employées³⁹¹.

Les raisons exposées ci-dessus, pour ne citer que celles-ci³⁹², constituent des signaux de la possible intervention de la Commission européenne, en vue de réviser la Directive Mobilité et ce, au plus tard en 2027 conformément à l'article 4 de la Directive Mobilité.

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ Directive Mobilité, 4^e et 5^e considérant.

³⁹⁰ F. BERNARD, « Les métamorphoses du droit européen de la mobilité transfrontalière des sociétés », *op.cit.*, p. 302.

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² Voy. pour davantage d'arguments en matière de scission transfrontalière : F. BERNARD, *Les enjeux des scissions transfrontalières au sein de l'Union européenne*, *op.cit.*, pp. 549-550.

En conclusion, au vu des insuffisances dégagées, il apparaît nécessaire qu'une nouvelle directive soit établie³⁹³. La Commission européenne, et on a pu notamment le voir au travers des exemples n'ayant pas beaucoup de sens dans le régime actuel des scissions transfrontalières, a commencé à paver les fondations d'une potentielle nouvelle directive, mais prédire avec plus d'exactitude ce qu'il pourrait advenir semble une tâche illusoire à notre sens. Dans tous les cas, s'il devait y avoir une nouvelle directive, elle non plus ne bouclerait pas la boucle en matière de procédures de réorganisation transfrontalière. L'on soutient ce point de vue en raison de la nature même de l'adoption d'une directive, laquelle engendre une harmonisation minimale tout en laissant une large marge d'appréciation aux États-membres, ce qui, à son tour, empêchera en tout cas d'atteindre les espérances fixées par les évolutions jurisprudentielles, certainement encore à venir.

Partie 2. Les procédures de réorganisation transfrontalière en droit belge :

Chapitre 1. Le régime établi par le CSA :

Ce chapitre a pour objectif de dresser un catalogue du régime existant, en droit belge des sociétés, pour les procédures de réorganisation transfrontalière de sociétés. A cette fin, et dans un souci méthodologique, l'on abordera ces procédures suivant le même ordre que l'ordre chronologique dans lequel elles sont consacrées dans le CSA. On commencera donc par la fusion transfrontalière (section 1) avant de poursuivre avec la scission transfrontalière (section 2) pour ensuite continuer avec l'examen des apports/cessions d'universalité/de branche d'activité transfrontaliers (section 3). Enfin, on tâchera de présenter la procédure de transformation transfrontalière (section 4).

Par ailleurs, les lignes qui suivent aborderont, autant que faire se peut, pour chaque procédure, les points suivants :

- Le contexte dans lequel le législateur belge a été amené à légiférer sur ces thématiques ;
- La notion à proprement parler ;
- Les effets de ces opérations ;
- La procédure à suivre pour leur bonne réalisation ;

³⁹³ F. BERNARD, « Les métamorphoses du droit européen de la mobilité transfrontalière des sociétés », *op.cit.*, p. 302.

- Le droit applicable dans ces procédures ayant toute en commun une dimension transfrontalière, laquelle rend pertinente le questionnement à ce propos.

Section 1. Fusion transfrontalière :

Sous-section 1. Contexte :

La reconnaissance des fusions transfrontalières en droit belge est consécutive aux impulsions du droit européen. Chronologiquement parlant, les fusions transfrontalières ont été les opérations de restructuration de sociétés reconnues le plus tôt en droit belge. En effet, elles étaient reconnues d'une part, dans le Titre *Vbis* du Code des sociétés et, d'autre part, dans l'article 113 Code de droit international privé (ci-après « Codip »). La transposition de la Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux a été réalisée par la loi du 8 juin 2008 portant des dispositions diverses. Puis, la Directive Sociétés a été adoptée en vue d'actualiser la procédure de fusion transfrontalière. C'est dans ce contexte normatif européen et belge qu'actuellement cette procédure de réorganisation transfrontalière est organisée par le livre 12 CSA et plus spécifiquement par les articles 12:106 à 12:119 CSA.

Pour finir, la Directive Mobilité est venue apporter des modifications à la Directive Sociétés pour ce qui concerne les procédures de transformations, fusions et scissions transfrontalières. L'article 3 de la Directive Mobilité précise que la transposition de celle-ci devra être réalisée pour le 31 janvier 2023. Une fois la transposition réalisée, on pourra s'attendre à des modifications du CSA en la matière.

Sous-section 2. Notion :

Étonnamment, le CSA ne comprend pas de définition explicite de la procédure de fusion transfrontalière³⁹⁴. Néanmoins, on relève que les dispositions traitant des fusions nationales au sens du livre 12 CSA sont applicables aux fusions transfrontalières, sous réserve des dispositions à caractère dérogatoire du titre 6 du livre 12 CSA. Par ailleurs, l'article 12:106, al.2 CSA exclut deux hypothèses de l'application de ce titre.

³⁹⁴ J-P. VINCKE, « Chapitre 1 - Fusions et scissions », in *Comptabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier Business, 2021, p. 652.

Afin d'illustrer cette notion de manière pratique, prenons le processus de création de la société « NYSE Euronext », lequel comprend des fusions transfrontalières intra-européennes. Cette société est née à partir de trois bourses de trois pays distincts (Pays-Bas, France et Belgique). Ces bourses ont fusionné pour créer une seule et même société « EURONEXT NV ». Puis, la bourse de Lisbonne ainsi que les marchés dérivés anglais³⁹⁵ sont venus s'ajouter à cette société. Ensuite, cette expansion s'est poursuivie avec la fusion d'EURONEXT avec le marché américain du New York Stock³⁹⁶. Ce qui est intéressant ici c'est de voir comment l'opération de fusion transfrontalière a été utilisée par les sociétés actives dans le marché boursier. A ce propos, ce qui a motivé la réalisation d'une fusion transfrontalière a été le souhait d'une exposition plus large et plus directe par rapport aux investisseurs internationaux sans pour autant « *perdre le bénéfice du marché national qui reste essentiel et où ils bénéficient d'un avantage de visibilité naturel et d'un environnement réglementaire familier*³⁹⁷ ». Il y avait pour eux un double avantage d'avoir adopté un modèle transfrontalier, à savoir une diminution des « *coûts explicites de transaction grâce aux économies d'échelle et à l'unification des infrastructures*³⁹⁸ » ainsi qu'une réduction des « *coûts implicites de transaction en améliorant la liquidité*³⁹⁹ ». Ce double avantage est synthétisé par l'effet économique « *de réseau* ».

Pour finir, les effets de la fusion transfrontalière sont repris à l'article 12:108 CSA, lequel renvoie à l'article 12:13 CSA qui règle les effets des fusions internes. Ainsi, une fusion transfrontalière a pour triple effet que :

- La société fasse l'objet d'une dissolution sans liquidation des sociétés absorbées ;
- Les associés ou actionnaires des sociétés dissoutes deviennent de plein droit associés ou actionnaires de la société bénéficiaire ;
- Le patrimoine de la société absorbée subisse un transfert universel et de plein droit au bénéfice de la société absorbante.

On soulève par ailleurs le questionnement existant par rapport au transfert universel de patrimoine.

³⁹⁵ https://www.abcbourse.com/apprendre/1_euronext.html , consulté le 20 avril 2022.

³⁹⁶ Pour une connaissance approfondie de l'historique de cette expansion grâce, notamment à des fusions transfrontalières, même si ces dernières ont fini par sortir du cadre européen, on renvoie au lien suivant : https://www.abcbourse.com/apprendre/1_euronext.html. Pour le présent mémoire, la partie intra-européenne de cette historique est la plus pertinente.

³⁹⁷ O. LEFEBVRE., « Les sociétés belges bénéficient de la création de NYSE Euronext », *R.B.F.-B.F.W.*, 2007/5, p. 264.

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ *Ibid.*

En principe, selon l'approche classique du droit des obligations, un contrat est une somme d'obligations⁴⁰⁰. En conséquence, lorsqu'un contrat unilatéral est cédé, cela se traduira soit par une cession de dettes, soit par une cession de créances⁴⁰¹. Un contrat synallagmatique est quant à lui cédé en vertu de la théorie du dépeçage⁴⁰², c'est-à-dire en respectant les formalités de l'article 1690 du Code civil (ci-après « C.civ. ») et en organisant un transfert de dettes. Or, pour transférer une dette, il faut avoir recours au mécanisme de la novation, de la délégation, de la stipulation pour autrui ou encore au mécanisme de cession de dettes. Ces mécanismes présentent une double difficulté. Premièrement, ils n'impliquent pas la décharge du cédant⁴⁰³. Deuxièmement, il est requis que le créancier cédé marque son accord⁴⁰⁴. Dès lors, la théorie du dépeçage est problématique au regard des effets d'opérations de restructuration telles qu'une fusion transfrontalière. En effet, cette théorie « *dénature [...] l'opération, et par conséquent risque [...] d'aboutir à des solutions artificielles ou inadéquates. Dans cette perspective, un contrat devrait pouvoir être cédé comme un tout, sans formalité particulière, mais avec la réserve que le consentement du cocontractant resterait requis pour libérer le cédant*⁴⁰⁵ ».

Cet effet de la fusion transfrontalière constitue donc un tempérament à cette théorie puisque, dès lors qu'il y a un transfert universel du patrimoine (et donc de l'ensemble des actifs et des passifs de la société absorbées), aucune formalité n'est à accomplir pour que ce transfert puisse avoir lieu⁴⁰⁶. Ainsi, les formalités de l'article 1690 C.civ. ne doivent pas être remplies, contrairement à une cession de créances classique. Néanmoins, il existe des exceptions à ce transfert universel de plein droit du patrimoine. Par exemple, un transfert de droits intellectuels n'a pas lieu de plein droit et doit, pour des raisons d'opposabilité, respecter les exigences consacrées par les lois spéciales qui régissent cette matière⁴⁰⁷.

⁴⁰⁰ V. WITHOFS, « La transmission des obligations : la cession de créance, la cession de dette et la cession de contrats », in *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux* (sous la coord. P. WÉRY), coll. CUP, vol. 168, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 222.

⁴⁰¹ F. GEORGE, « Section 2 - La cession des contrats dans les transmissions d'universalité en droit belge », in *La transmission des obligations en droit français et en droit belge* (sous la dir. de P. JOURDAIN et P. WÉRY), 1^{re} édition, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 1188.

⁴⁰² Cass., 4 mars 1982, Pas., 1982, I, p. 798, *J.T.*, 1983, p. 48

⁴⁰³ F. GEORGE, « Section 2 - La cession des contrats dans les transmissions d'universalité en droit belge », *op.cit.*, p. 1189.

⁴⁰⁴ *Ibid.*

⁴⁰⁵ M. FONTAINE, « L'apport d'une branche d'activités et la cession des contrats », note sous Cass., 4 mars 1982, *R.C.J.B.*, 1984, p. 183.

⁴⁰⁶ S. BEYAERT, « overdracht van contracten », note sous Liège, 22 mars 2000, *R.G.D.C.*, 2003, p. 659, note 15.

⁴⁰⁷ F. GEORGE, « Section 2 - La cession des contrats dans les transmissions d'universalité en droit belge », *op.cit.*, p. 1219.

Sous-section 3. Procédure :

§1. Double condition préalable :

Avant d'envisager l'aspect strictement procédural d'une opération de fusion transfrontalière, il faut vérifier que deux conditions soient bien réunies⁴⁰⁸. En premier lieu, l'existence des sociétés participant à la fusion transfrontalière doit avoir été reconnue par les ordres juridiques auxquelles elles sont rattachées. En second lieu, les droits applicables doivent avoir accepté l'opération de fusion en tant que telle.

§2. Les étapes procédurales :

En ce qui concerne maintenant la procédure en tant que telle, elle est régie par les articles 12:106 à 12:119 CSA. La procédure comporte cinq étapes détaillées ci-après.

Premièrement, un projet de fusion doit être établi, sous la forme d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé, par les sociétés qui vont fusionner (art. 12:111, al. 1 CSA). L'article 12:111, al.2 CSA précise le contenu qui doit y figurer. Ce projet doit ensuite être déposé au greffe du tribunal de l'entreprise conformément à l'article 12:112 CSA. On précise que le délai de six semaines mentionné à l'article 12:112, al.1 CSA a comme point de départ le jour du dépôt au greffe du projet de fusion.

Deuxièmement, deux rapports doivent être réalisés. Un premier rapport, écrit et circonstancié, doit être fait par l'organe d'administration de chaque société concernée par la fusion transfrontalière⁴⁰⁹. Le contenu de ce rapport est précisé par l'article 12:113 CSA. L'article 12:113, alinéa 2 CSA précise qu'il existe un droit d'avoir connaissance de ce rapport pour les représentants des travailleurs ou pour les salariés eux-mêmes et ce, jusqu'à maximum un mois avant la date à laquelle l'assemblée générale se réunit pour statuer sur cette opération. Les organisations des travailleurs qui sont représentées au sein du conseil d'entreprise peuvent en outre formuler un avis qui sera joint au rapport de l'organe d'administration⁴¹⁰. Un second rapport écrit doit être établi par un commissaire, un réviseur d'entreprise ou un expert-comptable externe dans le respect des exigences de fond et de forme de l'article 12:114 CSA.

Troisièmement, l'assemblée générale doit se prononcer sur l'opération de restructuration transfrontalière. Conformément à l'article 12:115 CSA, elle doit d'abord

⁴⁰⁸ H. LAMON, « Chapitre 3 - Fusions transfrontalières » in *Acquisitions, financement et cessions d'entreprises*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 723.

⁴⁰⁹ CSA, art.12:113.

⁴¹⁰ CSA, art.12:113, dernier alinéa.

annoncer l'ordre du jour avec le projet de fusion, les rapports mentionnés ci-avant ainsi que la faculté de demander l'obtention de ces documents par les associés. En conséquence de ce dernier élément, on peut constater un souhait du législateur de protéger les intérêts des associés. Par ailleurs, les modalités d'approbation de la décision de fusion par l'assemblée générale sont précisées à l'article 12:116 CSA. A ce propos, on précise que la fusion transfrontalière ne pourra pas aboutir si l'on impose une responsabilité illimitée à un associé, alors qu'il n'aurait pas donné son consentement pour une telle responsabilité⁴¹¹.

Quatrièmement, le CSA prévoit un double contrôle de la légalité interne et externe de la fusion transfrontalière. Un premier consiste en la délivrance, par le notaire, d'un certificat préalable attestant qu'il a vérifié la légalité externe et interne ainsi que « *l'accomplissement correct des actes et formalités préalables*⁴¹² » prévues par les dispositions du CSA pertinentes. Un second contrôle est celui que le notaire réalise conformément à l'article 12:118 CSA. On remarquera que, d'un côté ce double contrôle de légalité interne et externe permet certes que le notaire exécute une vérification plus profonde de la légalité de la fusion transfrontalière mais, d'un autre côté, le notaire ne possède pas de moyens suffisants pour effectuer le contrôle de légalité interne⁴¹³. Afin d'illustrer ce propos, l'on peut reprendre les propos tenus dans un avis du Conseil d'État, à savoir que : « *seule une autorité judiciaire saisie [...] d'une action en nullité de la décision d'une assemblée générale pourrait, au terme d'un débat contradictoire et après avoir recours éventuellement à des mesures d'instructions, se former une opinion sur la légalité d'une décision attaquée*⁴¹⁴ ». En conséquence de ce qui précède, on peut se questionner sur la réelle valeur ajoutée d'avoir consacré dans le CSA un double contrôle de légalité, par le notaire, puisque celui-ci ne possède pas les moyens pour réaliser un contrôle de la légalité interne suffisamment éclairé et approfondi.

Cinquièmement, en plus de la publication de l'acte qui constate la fusion⁴¹⁵, il est requis par l'article 12:116, §10 CSA que l'acte notarié faisant la constatation des décisions de fusion soit aussi publié.

⁴¹¹ *Doc.parl.*, Ch.repr., sess.ord. 2017-2018, n°54-3119:001, p.319.

⁴¹² CSA, art.12:117.

⁴¹³ E. NAVEZ et A. NAVEZ, « Le droit des sociétés après l'entrée en vigueur du CSA. Quelles innovations dans la pratique notariale ? », *Rev. not.*, 2020/2, n° 3147, p.108.

⁴¹⁴ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1214/1, pp. 70-71

⁴¹⁵ CSA, art. 12:119.

§3. La prise d'effet :

La prise d'effet aura lieu à un moment différent selon que c'est la société absorbante ou la société absorbée qui est régie par le droit belge.

Dans le cas où la société absorbante est une société de droit belge, l'article 12:119 CSA fait une différence, pour le moment de la prise d'effet, selon le processus de fusion employé. En effet :

- Une fusion transfrontalière par absorption a comme date de prise d'effet celle où le notaire instrumentant constate que la fusion est réalisée sur la base des certificats et des autres documents justificatifs de l'opération ;
- Une fusion transfrontalière par constitution d'une nouvelle société nécessite que cette dernière soit constituée afin de prendre effet.

Dans l'hypothèse maintenant où c'est la société absorbée qui est régie par le droit belge et la société absorbante qui est soumise à un droit étranger, alors c'est ce dernier qui détermine le moment auquel la fusion sortira ses effets⁴¹⁶. Néanmoins, en vertu de l'article 12:119, §2 CSA, la radiation de l'immatriculation ne peut pas intervenir avant la réception de la notification de la prise d'effet de la fusion. Afin d'informer les intéressés de la prise d'effet de la fusion, cette radiation doit être publiée aux annexes du *Moniteur belge*. L'organe d'administration de la société absorbée est maintenu à cet effet afin que, dans l'éventualité où le registre étranger n'informerait pas le registre belge, la publication aux annexes du *Moniteur belge* puisse être réalisée⁴¹⁷.

Sous-section 4. Droit applicable :

Lorsqu'une fusion transfrontalière est réalisée, le droit applicable sera, en principe, déterminé selon la méthode distributive, laquelle a été consacrée à l'article 113 Codip et à l'article 121.a, b) de la Directive Sociétés. Par conséquent, chaque société participant à l'opération devra satisfaire aux formalités et dispositions de son droit national applicable en cas de fusion interne⁴¹⁸. Par exemple, les dispositions qui concernent la protection des créanciers doivent respecter le droit national dont relèvent les sociétés concernées⁴¹⁹. Un autre exemple

⁴¹⁶ P. BOSSARD, *CSA - Examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, p.740.

⁴¹⁷ *Doc.parl.*, Ch.repr., sess.ord. 2017-2018, n°54-3119:001, p.320.

⁴¹⁸ T. BLOCKERYE, *Acquisitions, fusions et réorganisations de sociétés*, Anthémis, Limal, 2018, p.416.

⁴¹⁹ T. TILQUIN, « L'arrêt KA Finanz AG : la fusion transfrontalière et la protection des créanciers », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/1, pp. 64-70.

sont les règles relatives au quorum des assemblées générales ou encore les règles relatives à l'opposabilité de la fusion.

Toutefois, la nature de certaines dispositions nécessite que l'on applique, par dérogation, une méthode cumulative. En effet, dans le cas où des interactions existeraient en ce qui concerne les transactions à faire par les sociétés participant à la fusion, le droit applicable sera alors appliqué de façon cumulative⁴²⁰. Par ailleurs, s'il se révèle que l'application de la méthode cumulative fait ressortir des incompatibilités entre les droits applicables, le droit étranger devra être aménagé afin qu'il devienne compatible avec les dispositions de la loi du *for*⁴²¹. Pour ce faire, l'on emploie la méthode de l'adaptation⁴²². Par exemple, l'on utilisera la méthode de l'adaptation lorsque le droit applicable à la société absorbante comprend l'exigence de l'inscription de l'opération, dans un registre de l'ordre juridique dont relève la société absorbée, mais que le droit de cette dernière n'a pas établi un tel registre⁴²³. Pour pallier cette incompatibilité, on pourra requérir « *la preuve qu'ont été remplies toutes les conditions de publicité qui poursuivent les mêmes buts que l'inscription dans un registre prévue par le droit de la société absorbante et toutes les conditions qui rendent la fusion définitive*⁴²⁴ ».

Section 2. Scission transfrontalière :

Sous-section 1. Contexte :

Il apparaît pertinent de commencer par une mise en contexte quant à la reconnaissance de la procédure de scission transfrontalière en droit belge. Avant l'entrée en vigueur du CSA, les scissions transfrontalières étaient exécutables en pratique⁴²⁵, mais n'étaient pas consacrée par le législateur, alors que ce dernier reconnaissait la procédure de fusion transfrontalière puisqu'il y avait des dispositions à ce propos dans le « Titre Vbis » du Code des sociétés. C'est d'autant plus curieux si l'on songe à la considération intellectuelle selon laquelle une scission

⁴²⁰ H. LAMON, « Chapitre 3 - Fusions transfrontalières », in *Acquisitions, financement et cessions d'entreprises*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 723.

⁴²¹ J-A. DELCORDE. et T. TILQUIN,, « La fusion transfrontalière de sociétés de capitaux en droit belge après la transposition de la directive 2005/56/CE - (n° 6990) », *Rev. prat. Soc.*, 2009/1, p. 46.

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ G. BEITZKE, « Les conflits de lois en matière de fusions de sociétés (droit communautaire et droit international privé) », *R.C.D.I.P.*, 1967, I, p.5.

⁴²⁵ E-J. NAVEZ et H. CULOT, « Les réorganisations de personnes morales : présentation des principales innovations du CSA », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations* (sous la coord. D'O. CAPRASSE, H.CULOT et X. DIEUX), Limal, Anthémis, 2019, p.430.

transfrontalière est une opération de restructuration ayant une dimension complémentaire⁴²⁶ par rapport à la fusion transfrontalière, laquelle était pourtant reconnue par le législateur belge. Malgré cette absence de reconnaissance par le législateur belge, elle était néanmoins reconnue à trois niveaux.

Premièrement, sur la base de la liberté d'établissement consacrée par les articles 49 et 54 du TFUE, la majorité de la doctrine admettait que cette procédure de réorganisation transfrontalière soit réalisable⁴²⁷.

Deuxièmement, la CJUE, dans son arrêt *SEVIC Systems*, a posé un principe général : *« les opérations de fusions transfrontalières, à l'instar des autres opérations de transformation de sociétés, répondent aux nécessités de coopération et de regroupement entre sociétés établies dans des États membres différents. Elles constituent des modalités particulières d'exercice de la liberté d'établissement, importantes pour le bon fonctionnement du marché intérieur, et relèvent donc des activités économiques pour lesquelles les États membres sont tenus au respect de la liberté d'établissement prévue à l'article 43 CE. »*⁴²⁸. De ces termes généraux laissant place à interprétation, il peut être déduit que la scission transfrontalière peut aussi être considérée comme une modalité particulière du droit à la liberté d'établissement.

Troisièmement, l'article 211 CIR admet implicitement la validité de la scission transfrontalière, dans sa dimension intra-européenne⁴²⁹, puisqu'un régime de neutralité fiscale y est prévu.

On voit donc que la licéité de la scission transfrontalière était déjà reconnue à plusieurs niveaux, ce qui permettait de la pratiquer avant l'entrée en vigueur du CSA. Néanmoins, l'absence d'un corpus de règles en droit belge consacrant explicitement cette procédure dissuadait l'emploi de cette procédure de réorganisation transfrontalière⁴³⁰. C'est la raison pour laquelle les dispositions du CSA réglant cette matière ont été accueillies favorablement.

⁴²⁶ *Ibid.*

⁴²⁷ Voy.not. l'avis NCN 2011/10 du 16 mars 2011, « Le traitement comptable de scissions transfrontalières » ; H. LAMON, *Acquisition, financement et cessions d'entreprises : instruments financiers*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2015.

⁴²⁸ C.J.C.E., 13 décembre 2005, aff. C-411/03, *SEVIC Systems, Rec.*, EU:C:2005:762, p-I-10805, point 19.

⁴²⁹ E-J. NAVEZ et H. CULOT, « Les réorganisations de personnes morales : présentation des principales innovations du CSA », *op.cit.*, p.431.

⁴³⁰ *Ibid.*

Sous-section 2. Notion :

Afin d'introduire la notion de scission transfrontalière, il apparaît pertinent de commencer par illustrer l'utilité d'une telle opération à l'aide de l'exemple, étant entendu que plusieurs exemples auraient pu être choisis afin d'illustrer plusieurs motifs stratégiques pouvant motiver une scission, mais il a été choisi de n'en citer qu'un. Le groupe néerlandais Philips bien connu avait annoncé, en septembre 2014, sa décision de scinder le groupe pour que le pôle s'occupant de l'éclairage soit dissocié de celui produisant des appareils médicaux, pour les professionnels, ainsi que des appareils électroniques pour le grand public⁴³¹. La raison de cette scission était stratégique puisque les ampoules à filament avaient été retirées du marché et c'était désormais des ampoules halogènes et les LED qui étaient commercialisées. Or, pour ces deux derniers types, les pays asiatiques constituent de grands concurrents pour Philips. Dans ce contexte, il a été décidé de scinder les deux pôles d'activité chez Philips afin que le pôle éclairage soit repris ultérieurement par un industriel. Cet exemple illustre un changement de stratégie d'une entreprise ayant perdu de son pouvoir sur le marché et qui, pour éviter cela, a décidé de se réorganiser.

Pour ce qui est de la notion d'une scission transfrontalière, ce sont les articles 12:73 et 12:90 du CSA qui la consacre. Ils visent respectivement les opérations de scission par absorption et les opérations de scission par constitution de nouvelles sociétés, étant entendu que dans les deux cas il faut qu'« *une ou plusieurs des sociétés participant à la scission sont régies par un droit étranger* »⁴³². Pour pouvoir parler de scission transfrontalière, il faut donc avoir la réunion d'un caractère transfrontalier et d'une caractéristique liée au type de scission en cause.

Ensuite, pour pouvoir effectuer une scission transfrontalière, qu'elle soit par absorption ou par constitution de nouvelles sociétés, il faut en outre remplir les conditions suivantes :

- La validité et les effets juridiques d'une scission transfrontalière impliquant une société régie par le droit belge soient reconnus par le droit applicable à la société étrangère⁴³³. Cette condition implique, entre autres, que la législation étrangère accepte que les créanciers de la société belge scindée puissent réclamer les garanties qu'ils possédaient (en vertu de l'article 12 :15 CSA) à l'égard de la société belge auprès de la société étrangère⁴³⁴ ;

⁴³¹ D. BURG et T. VILARS, « Philips engage une scission historique de ses activités », *Les Echos*, 23 septembre 2014, disponible sur www.lesechos.fr (consulté le 13 août 2022).

⁴³² CSA, art. 12:73 CSA et art. 12:90.

⁴³³ CSA, art. 12:73, §1, 1° CSA et at. 12:90, §1, 1°.

⁴³⁴ *Doc.parl.*, Ch.repr., sess.ord. 2017-2018, n°54-3119:001, p.310.

- Chacune des sociétés qui participent à l'opération de scission respecte les dispositions et formalités du droit qui lui est applicable⁴³⁵ ;
- La législation nationale applicable à la société étrangère consacre une « *procédure de scission similaire*⁴³⁶ » à celle que le droit belge établit. Cette condition ne devrait pas poser de problème pour les pays de l'Espace Économique Européen (E.E.E.) en raison de l'harmonisation de la matière par la Sixième Directive du 17 décembre 1982, laquelle correspond aujourd'hui, après refonte⁴³⁷, à la Directive Sociétés.

Une fois que l'opération de scission transfrontalière remplit bien ces caractéristiques, c'est au respect de la procédure qu'il faudra veiller.

Pour finir, les effets juridiques sur le patrimoine consécutifs à une scission transfrontalière sont comparables à ceux provoqués par une scission interne⁴³⁸ ainsi qu'à ceux d'une fusion transfrontalière⁴³⁹. Les effets sont les suivants :

- Les sociétés dissoutes cessent d'exister, sans pour autant qu'il n'y ait besoin de liquidation, sauf dans le cas d'une scission partielle ;
- Un transfert universel de plein droit du patrimoine des sociétés dissoutes aux sociétés bénéficiaires. Ce transfert universel implique donc un transfert de plein droit des actifs et passifs, ces derniers comprenant les créances et les dettes ;
- L'attribution des actions des sociétés bénéficiaires aux associés de la société qui a été scindée⁴⁴⁰, lesquels deviennent de plein droit associés ou actionnaires de la société bénéficiaire.

Sous-section 3. Procédure :

D'un point de vue procédural, les dispositions du CSA applicables à la scission interne s'appliquent *mutatis mutandis* à la procédure de scission transfrontalière. Par exemple, la phase préparatoire, les documents requis ainsi que le déroulement de la scission transfrontalière sont identiques à la scission interne. C'est pourquoi, par souci de pertinence, le développement ci-

⁴³⁵ CSA, art. 12:73, §1, 2° CSA et art. 12:90, §1, 2°.

⁴³⁶ *Doc.parl.*, Ch.repr. sess.ord. 2017-2018, n°54-3119:001, p.310.

⁴³⁷ E-J. NAVEZ et H. CULOT, « Les réorganisations de personnes morales : présentation des principales innovations du CSA », *op.cit.*, p.432.

⁴³⁸ D. VAN GERVEN, « Afdeling 3 - Splitsingen » in *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, 2° editie, Bruxelles, Intersentia, 2020, p. 1459.

⁴³⁹ *Doc.parl.*, Ch.repr. sess.ord. 2017-2018, n°54-3119:001, p.310.

⁴⁴⁰ CSA, art. 12:13.

après se bornera à identifier les exigences et formalités spécifiques aux scissions transfrontalières. De plus, autant que faire se peut, les intérêts protégés derrière certaines spécificités seront mis en évidence.

En premier lieu, il y a des spécificités liées à l'opposabilité de la scission transfrontalière. En effet, dans une telle opération, le notaire est un acteur ayant comme fonction de vérifier l'application correcte de la procédure par les sociétés régies par le droit belge⁴⁴¹. Il a donc comme fonction d'effectuer un contrôle de légalité à l'issue duquel, s'il est concluant, il délivre, lorsqu'une société soumise au droit belge et participant à l'opération le demande, un certificat attestant de façon incontestable que les actes et formalités prescrites par le droit applicable ont bien été respectées⁴⁴². Néanmoins, ce certificat est délivré sous la condition suspensive que les créanciers possédant une sûreté liée à l'opération de scission transfrontalière obtiennent satisfaction ou voient leur demande rejetée par un juge rendant une décision de justice exécutoire⁴⁴³. A ce titre, les créanciers concernés ont un délai de deux mois à partir de la publication au *Moniteur Belge* de l'acte constatant la scission⁴⁴⁴. Avant ces deux mois, le notaire ne peut donc pas délivrer de certificat. Une précision est que ce certificat ne sera exigé, dans le cas d'une scission transfrontalière par constitution de nouvelles sociétés, que si la société scindée est soumise au droit belge (art. 12:90, §3 CSA). L'intérêt protégé est ici la protection des créanciers d'une société belge⁴⁴⁵. Cette protection est d'ailleurs renforcée par le fait que, si un créancier possédant une telle sûreté la revendique et si on ne fait pas suite à sa demande, il pourra « *compliquer et/ou retarder sensiblement la réalisation de l'opération* »⁴⁴⁶. C'est d'ailleurs en raison de cette protection des créanciers d'une société belge que le projet de scission transfrontalière comporte la mention du nom du notaire instrumentant⁴⁴⁷.

En deuxième lieu, il est requis que la décision de scission transfrontalière fasse l'objet d'une approbation unanime des actionnaires d'une société ayant ou qui auront une responsabilité illimitée pour des dettes d'une autre société prenant part à l'opération⁴⁴⁸.

⁴⁴¹ CSA, art. 12:73, §3 CSA et art. 12:90, §3.

⁴⁴² J. TERFVE et A. VAN GRAMBEZEN, « Aspects de droit des sociétés et de droit comptable », in *Les scissions de sociétés à l'aune du CSA* (sous la dir. de P-Y ERNEUX, F. GROGNARD et P. BAUDOUIN), *Jurim Pratique*, 2021/1-2, p.104.

⁴⁴³ *Ibid.*

⁴⁴⁴ *Doc.parl.*, Ch.repr., sess.ord. 2017-2018, n°54-3119:001, p.311.

⁴⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁴⁶ E-J. NAVEZ et H. CULOT, « Les réorganisations de personnes morales : présentation des principales innovations du CSA », *op.cit.*, p.434.

⁴⁴⁷ CSA, art. 12:59, 11° CSA et 12:74, 11°.

⁴⁴⁸ CSA, art. 12:73, §2 CSA et art. 12:90, §2.

En troisième lieu, pour la prise d'effet de l'opération de scission transfrontalière, deux hypothèses doivent être distinguées.

Une première hypothèse est celle où au moins une société bénéficiaire relève du droit belge. En tout état de cause, la scission transfrontalière, qu'elle soit par absorption ou par constitution de nouvelles sociétés, ne prendra effet qu'à la condition que des décisions concordantes aient été prises par les sociétés concernées conformément à la façon dont le droit applicable le requiert⁴⁴⁹. Une fois cette condition préalable remplie, les sociétés concernées doivent requérir le notaire instrumentant, lui présenter le certificat de légalité et les autres documents justificatifs afin qu'il fasse la constatation de la réalisation de la scission ainsi que – pour l'opération de scission par constitution de nouvelles sociétés – la constitution de nouvelles sociétés⁴⁵⁰.

Une deuxième hypothèse est celle où seule la société scindée est soumise au droit belge. L'article 12:73, §5 CSA et l'article 12:90, §5 CSA précisent une double condition préalable, à savoir : des décisions concordantes de la part des sociétés concernées par l'opération ainsi que la délivrance du certificat par le notaire instrumentant. Le moment de la prise d'effet de la scission transfrontalière est ensuite déterminé par le droit applicable aux sociétés bénéficiaires étrangères⁴⁵¹. On constate ici qu'au travers de la condition préalable du certificat notarié, on a à nouveau une intention de protéger les intérêts des créanciers. En effet, comme on l'a exposé ci-avant, le notaire ne peut pas délivrer de certificat endéans un délai de deux mois durant lequel les créanciers peuvent obtenir satisfaction (ou se faire débouter de leur demande par le juge), ce qui constitue une mesure de protection des créanciers, laquelle se retrouve également dans cette deuxième hypothèse.

En quatrième lieu, après que l'autorité compétente ait réceptionné la preuve que la scission transfrontalière a pris effet, la radiation de la société des registres des personnes morales belges peut intervenir⁴⁵². Cette radiation doit ensuite être publiée aux annexes du *Moniteur Belge* par l'organe d'administration, lequel est en réalité l'ancien organe d'administration, mais qui est maintenu le temps de la réalisation de la radiation, de sa publication et de l'accomplissement des « *actes nécessaires*⁴⁵³ ».

⁴⁴⁹ CSA, art. 12:73, §4 CSA et art. 12:90, §4.

⁴⁵⁰ E.-J. NAVEZ et H. CULOT, « Les réorganisations de personnes morales : présentation des principales innovations du CSA », *op.cit.*, p.434.

⁴⁵¹ *Doc.parl.*, Ch.repr., sess.ord. 2017-2018, n°54-3119:001, p.311.

⁴⁵² CSA, art. 12:73, §5, al.2 et art. 12:90, §5, al.2.

⁴⁵³ *Doc.parl.*, Ch.repr., sess.ord. 2017-2018, n°54-3119:001, p.311.

Pour finir, il est à préciser que les sociétés étrangères ont une obligation de collaboration quant à la réalisation des formalités d'opposabilité aux tiers de la scission transfrontalière⁴⁵⁴. On vise par-là : le dépôt au greffe du tribunal de l'entreprise ainsi que la publication au *Moniteur Belge* d'un extrait des actes qui constatent la décision de scission transfrontalière (art. 12:14 CSA et art. 2:18 CSA).

Sous-section 4. Droit applicable :

Au niveau du droit applicable à la procédure de scission transfrontalière et en raison de l'interprétation des articles 12:73, §1, 2° CSA et 12:90, §1, 2° CSA, on applique en principe la méthode distributive⁴⁵⁵. Selon cette méthode, toute société étant impliquée dans l'opération de scission transfrontalière doit respecter les formalités et dispositions du droit national qui lui est applicable⁴⁵⁶. En d'autres termes, chaque société qui participe à cette opération de restructuration transfrontalière va se voir appliquer « son » droit national, en ce qui concerne en particulier « *le processus décisionnel*⁴⁵⁷ ». Au-delà du CSA, cette méthode est reconnue par l'article 113 Codip et par l'article 121, a, b)) de la Directive Sociétés (pour les fusions transfrontalières).

Par dérogation au principe de la méthode distributive et en raison de la nature de certaines dispositions, une méthode cumulative sera appliquée⁴⁵⁸. On vise en particulier les dispositions en droit belge qui ont comme objectif la protection des créanciers, des travailleurs et des titres. L'exposé des motifs du projet de loi du CSA pointe deux situations. Une première situation est celle où un créancier d'une société belge scindée, respectant les conditions de l'article 12:15 CSA, peut exiger de la société bénéficiaire une sûreté⁴⁵⁹. Une seconde situation est celle se posant dans le cadre du régime de responsabilité spécifique aux scissions, lequel est consacré par l'article 12:17 CSA. En conséquence de quoi « *une société bénéficiaire étrangère sera solidairement tenue des dettes transférées à une autre société bénéficiaire si les conditions prévues à cet article sont remplies*⁴⁶⁰ ». C'est d'ailleurs renforcé par le fait que, tant que ces créanciers n'auront pas, soit obtenu satisfaction, soit été déboutés de leur demande par une

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p.310.

⁴⁵⁵ J. TERFVE et A. VAN GRAMBEZEN, « Typologie des scissions », in *Les scissions de sociétés à l'aune du CSA* (sous la dir. de P-Y ERNEUX, F. GROGNARD et P. BAUDOUIN), Jurim Pratique, 2021/1-2, p. 17.

⁴⁵⁶ *Ibid.*

⁴⁵⁷ S. MAQUET et D. WILLERMAIN, « Les restructurations des sociétés de la théorie à la pratique », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations* (sous la dir. E-J NAVEZ), 1^{re} édition, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 469.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ *Doc.parl.*, Ch.repr., sess.ord. 2017-2018, n°54-3119:001, pp. 310 et 313.

⁴⁶⁰ *Ibid.*

décision judiciaire exécutoire, le notaire instrumentant ne peut pas procurer le certificat⁴⁶¹. Le fait pour le législateur d'ériger ces articles 12:15 CSA et 12:17 CSA en dérogation à la méthode distributive peut se traduire comme une intention qu'ils soient considérés comme des lois de police pour la question du droit applicable en cas de scission transfrontalière⁴⁶².

Sur cette dérogation, il convient de s'étonner qu'elle soit uniquement présente dans les travaux préparatoires et non pas dans l'*instrumentum* du CSA. En effet, le principe de la méthode distributive est bien présent dans le CSA, mais les dérogations justifiant une méthode cumulative ne sont consacrées que dans les travaux préparatoires. Or, en raison de l'importance de cette question lors de la réalisation de procédures de réorganisation transfrontalière, on ne peut que s'étonner de son absence dans le texte même de la loi⁴⁶³.

Section 3. Apport/cession de branche d'activité/d'universalité transfrontalier :

Sous-section 1. Notions :

§1. Apport d'universalité transfrontalier :

L'apport d'universalité est défini à l'article 12:9 CSA. Il est à préciser en premier lieu qu'une fois que la société aura effectué cette opération, elle deviendra une société *holding*⁴⁶⁴, d'où le « *surnom de scission-holding*⁴⁶⁵ ». La justification de ceci est qu'il n'y a aucune règle par rapport à la répartition des actifs et des passifs apportés dans le cadre de cette opération entre les sociétés concernées. En deuxième lieu, cette opération de réorganisation transfrontalière peut bénéficier à une seule ou à plusieurs sociétés bénéficiaires. En dernier lieu, le régime que le CSA prévoit que cette opération transfrontalière est obligatoire pour les sociétés voulant en faire usage.

§2. Apport de branche d'activité transfrontalier :

Il apparaît opportun de commencer par l'énonciation de certains usages courants, par les sociétés, de cette opération de restructuration transfrontalière. L'objectif est de mettre en

⁴⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶² S. MAQUET et D. WILLERMAIN, « Les restructurations des sociétés de la théorie à la pratique », *op.cit.*, p.470.

⁴⁶³ E-J. NAVEZ et H. CULOT, « Les réorganisations de personnes morales : présentation des principales innovations du CSA », *op.cit.*, p.433.

⁴⁶⁴ T. BLOCKERYE, *Acquisitions, fusions et réorganisations de sociétés*, *op.cit.*, p.373.

⁴⁶⁵ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE et H. CULOT, « Chapitre 2 - Apports d'universalité ou de branche d'activité », in *Droit des sociétés* (sous la coord. de J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE et H. CULOT), 5^e édition, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 889.

lumière l'utilité en pratique du recours à l'apport de branche d'activité transfrontalier comme technique de réorganisation transfrontalière. On peut notamment y recourir dans les situations suivantes :

- Dans le cas d'une *joint-venture* par laquelle une société belge apporte une « *partie de son activité à une filiale commune*⁴⁶⁶ » afin de former un partenariat avec une société étrangère afin de réaliser un projet commun ;
- Lorsque, spécifiquement pour les actionnaires de la société qui transféreraient partiellement des avoirs, le recours à une scission serait trop onéreux fiscalement pour un groupe international voulant scinder une filiale belge en vue de créer deux sortes d'activités⁴⁶⁷ ;
- Dans l'hypothèse où, dans un groupe de société, une société belge, possédant dans son portefeuille des actions de plusieurs sociétés du groupe, aimerait devenir la société holding et pour ce faire elle réalise un apport de son activité⁴⁶⁸ à une ou plusieurs sociétés du groupe.

Ensuite, au niveau de la notion : d'une part, l'apport de branche d'activité en tant qu'opération de restructuration est défini à l'article 12:10 CSA et, d'autre part, l'article 12:11 CSA spécifie ce qu'est une branche d'activité. En outre, l'article 12:101 CSA précise la possibilité pour une personne physique de réaliser un apport de branche d'activité en faveur d'une société.

De plus, et contrairement à l'apport d'universalité, l'opération ne peut avoir lieu qu'au bénéfice d'une seule société.

Par ailleurs, la notion de branche d'activité est à distinguer de celle de fonds de commerce⁴⁶⁹. En effet, alors que la première est liée à la capacité de production, en ce compris l'ensemble des biens nécessaires pour parvenir à cette production, la seconde est davantage orientée vers la clientèle, y compris ce qui est indispensable pour capter et maintenir une clientèle⁴⁷⁰.

Enfin, le régime des apports de branche d'activité consacré par l'article 12:92, al.2 CSA est supplétif. Les sociétés concernées peuvent donc y déroger à la condition de le mentionner

⁴⁶⁶ T. BLOCKERYE, *Acquisitions, fusions et réorganisations de sociétés*, *op.cit.*, p.371.

⁴⁶⁷ *Ibid.*

⁴⁶⁸ *Ibid.*

⁴⁶⁹ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE et H. CULOT, « Chapitre 2 - Apports d'universalité ou de branche d'activité », *op.cit.*, p. 888.

⁴⁷⁰ A. GOEMINNE et N. VERBIST, « De overdracht van een algemeenheid of van een bedrijfstak », *T.R.V.*, 1998, p. 355.

dans l'acte d'apport. Néanmoins, si une société choisit de déroger au régime du CSA, elle ne bénéficiera pas d'un transfert universel du patrimoine opposable aux tiers.

§3. Cession d'universalité/de branche d'activité transfrontalière :

La cession d'universalité transfrontalière et la cession branche d'activité transfrontalière sont consacrées à l'article 12:103 CSA. Le CSA renvoie explicitement aux articles 12:9 à 12:11 CSA pour une définition de ces opérations. Pour la procédure, le Code renvoie également au régime prévu pour les apports d'universalité et de branche d'activité. En conséquence, on constate une volonté d'alignement des procédures de cessions transfrontalières d'universalité/de branche d'activité avec les procédures d'apports transfrontaliers d'universalité/de branche d'activité.

Pour finir, il est à préciser que, contrairement à l'apport transfrontalier d'une universalité ou d'une branche d'activité qui ne peut s'effectuer qu'en échange d'une rémunération, la cession transfrontalière d'universalité ou d'une branche d'activité peut être exécutée tant à titre gratuit que onéreusement⁴⁷¹. D'ailleurs, lorsque l'article 12:103 CSA utilise l'appellation de « *cession à titre gratuit* », cela signifie en réalité que le prix de la cession sera uniquement la reprise du passif⁴⁷².

Sous-section 2. Effets :

Tout d'abord, on examinera les effets des apports de branche d'activité et d'universalité transfrontaliers.

Premièrement, la société qui a fait l'apport se verra attribuer les actions représentatives de celui-ci. L'énonciation de cet effet fait apparaître que deux effets de la fusion, et par analogie de la scission, sont absents lors d'un apport d'universalité ou de branche d'activité transfrontalier. On vise les effets suivants⁴⁷³ :

⁴⁷¹ P. BOSSARD, *CSA - Examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, p.725.

⁴⁷² P. T'KINT, « Fusion, scission, cession d'une universalité ou d'une branche d'activité », in *Les restructurations et transformations des associations sans but lucratif* (sous la coord. de J-P VINCKE), Dossiers d'ASBL Actualités, Edi.pro, 2021, p. 22.

⁴⁷³ MALHERBE, J., DE CORDT, Y., LAMBRECHT, P., MALHERBE, P. ET CULOT, H., « Chapitre 2 - Apports d'universalité ou de branche d'activité », *op.cit.*, p. 889.

- La société dissoute par l'effet de la fusion cesse d'exister, alors que dans le cas d'un apport de branche d'activité ou d'universalité la société qui effectue l'apport continue d'exister et se transforme en une holding, soit partiellement (après un apport de branche d'activité), soit en totalité (après un apport d'universalité) ;
- Les associés des sociétés dissoutes deviennent, lors d'une fusion, de plein droit les associés de la société bénéficiaire, alors que dans le cas d'un apport de branche d'activité ou d'universalité, c'est la société apporteuse, et non pas ses associés, qui devient associée de la société bénéficiaire.

On remarquera que les effets des apports transfrontaliers de branche d'activité ou d'universalité divergent de ceux d'une fusion ou d'une scission transfrontalière. C'est la raison pour laquelle l'intégralité du régime de ces dernières n'a pas été rendu applicable aux apports transfrontaliers de branche d'activité ou d'universalité⁴⁷⁴.

Deuxièmement, un transfert universel et de plein droit, du patrimoine de la société ayant effectué l'apport, est réalisé au bénéfice de la société bénéficiaire de l'apport de branche d'activité ou d'universalité⁴⁷⁵ transfrontalier. Les modalités et l'étendue du transfert amènent toutefois les précisions suivantes :

- Si des procédures judiciaires sont en cours, alors une reprise d'instance est nécessaire. En effet, puisque la société effectuant l'apport transfrontalier continue d'exister, la partie change de qualité⁴⁷⁶. Par comparaison, les opérations de fusions et de scissions transfrontalières ne nécessitent pas un tel changement.
- Le transfert universel et de plein droit du patrimoine comprend aussi les contrats *intuitu personae*.
- La publication des actes constatant l'apport transfrontalier réalise l'opposabilité du transfert⁴⁷⁷.
- Les droits réels transférés doivent faire l'objet de la transcription prévue par la loi hypothécaire et ont leurs propres modalités de publicité.
- L'article 12:97 CSA règle la situation où des éléments d'actif ou de passif n'ont pas été attribués dans le projet.

⁴⁷⁴ *Ibid.*

⁴⁷⁵ CSA, art. 12:96.

⁴⁷⁶ Cass., 4 janvier 2008, *T.R.V.*, 2009, p. 281, obs. D. VAN GERVEN.

⁴⁷⁷ CSA, art. 12:98.

Ensuite, la cession transfrontalière de branche d'activité ou d'universalité a les effets de l'article 12:96 CSA et les tiers ont également la faculté de se prévaloir de l'inopposabilité consacrée à l'article 12:102 CSA.

Sous-section 2. Procédures :

§1. Procédure d'apport d'universalité/de branche d'activité transfrontalier :

Tout d'abord, le CSA ne consacre pas de réglementation spécifique pour les apports d'universalité ou de branche d'activité transfrontaliers. Toutefois, les travaux préparatoires du CSA précisent qu'une telle procédure transfrontalière peut avoir lieu à condition de respecter les « *règles et principes de droit international privé applicables*⁴⁷⁸ ». Ces principes sont les suivants⁴⁷⁹ :

- L'ordre juridique des sociétés participant à l'opération de restructuration doit reconnaître l'existence de celles-ci. Par exemple, une telle reconnaissance est réalisée en Belgique par l'article 2:148, al.1 CSA;
- L'acceptation, par le droit étranger applicable, non seulement de la validité, mais aussi des effets de l'opération ;
- Le respect, par les sociétés qui participent à l'opération, des exigences et formalités légales applicables à cette restructuration transfrontalière⁴⁸⁰.

Par ailleurs, il y a six grandes formalités à accomplir pour qu'une procédure d'apport d'universalité ou de branche d'activité transfrontalière puisse avoir lieu.

Premièrement, l'article 12:93 CSA requiert qu'un projet d'apport d'universalité ou d'apport de branche d'activité soit établi par l'organe d'administration, tant de la société apporteuse que de la société bénéficiaire, et ce, sous une forme authentique ou sous seing privé. L'article 12:93, §1, al.2 CSA précise que, lorsque la société bénéficiaire est nouvellement constituée, alors l'organe d'administration devant établir le projet d'apport sera celui de cette société. Le projet devra en outre contenir les mentions requises par l'article 12:93, §2 CSA. De plus, dans l'hypothèse où plusieurs sociétés bénéficient de l'apport ou s'il s'agit d'un apport de branche d'activité, alors le projet doit décrire précisément la répartition des éléments du

⁴⁷⁸ *Doc.parl.*, Ch.repr., sess.ord. 2017-2018, n°54-3119:001, p.315.

⁴⁷⁹ F. DOBBELAERE, « Herstructureren van vennootschappen, verenigingen en stichtingen onder het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen. Een bespreking van de nieuwe regels voorzien bij Boek 12 en Boek 13 », in *Le Code des sociétés et associations : (r)évolution ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 453-455.

⁴⁸⁰ P. BOSSARD, *CSA - Examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, op.cit., p. 741.

patrimoine de la société apporteuse. Puis, dans un délai de six semaines précisé à l'article 12:93, §3CSA, chaque société participant à l'apport doit déposer le projet d'apport visé ci-avant au greffe du tribunal de l'entreprise.

Deuxièmement, l'article 12:94 CSA indique qu'un rapport doit ensuite être réalisé par l'organe d'administration de la société apporteuse.

Troisièmement, une copie du projet d'apport et du rapport est transmise à ceux qui sont titulaires d'actions ou de parts nominatives et également aux personnes ayant réalisé les formalités pour pouvoir faire partie de l'assemblée générale.

Quatrièmement, après l'établissement du rapport mentionné précédemment, la décision d'apport transfrontalier d'universalité ou de branche d'activité doit être prise par l'organe compétent. Dans le cas d'un apport d'universalité, l'organe compétent est l'assemblée générale de la société apporteuse ; alors que dans le cas d'un apport de branche d'activité, il s'agit de l'organe d'administration de cette société⁴⁸¹.

Cinquièmement, l'acte d'apport d'universalité ou de branche d'activité doit être déposé et publié conformément aux prescriptions de l'article 12:95 CSA ainsi que conformément aux articles 12:8 et 12:14, 1° CSA auxquels on renvoie pour plus de détails sur les exigences formelles.

Sixièmement et pour finir, les tiers sont protégés à un double niveau, à savoir que :

- De la même façon que pour les opérations de fusions et de scissions transfrontalières, les créanciers remplissant les conditions de l'article 12:99 CSA disposent d'un délai de deux mois à compter de la publication des actes d'apport au *Moniteur Belge* pour exiger une sûreté. Tant les créanciers de la société apporteuse que les créanciers de la société bénéficiaire peuvent bénéficier de la sûreté⁴⁸².
- La société apporteuse continue d'être tenue solidairement des dettes transférées à la société bénéficiaire, mais à la condition qu'elles soient certaines et exigibles au jour de l'apport et dans les limites circonscrites à l'article 12:100 CSA.

§2. Procédure de cession d'universalité/de branche d'activité transfrontalière :

D'emblée, on peut ici également remarquer que le CSA ne consacre pas de réglementation spécifique à propos des procédures de cessions d'universalité et de branche d'activité transfrontalières. En effet, ce sont les travaux préparatoires qui reconnaissent la

⁴⁸¹ CSA, article 12:94, §1.

⁴⁸² Comm. Turnhout, 27 septembre 2002, *T.R.V.*, 2004, p. 251, obs. M. WAUTERS.

possibilité de réaliser ces opérations de façon transfrontalière « *moyennant le respect des règles et principes de droit international privé applicables*⁴⁸³ ».

Pour ce qui concerne le régime procédural établi par le CSA, l'article 12:103, al.1 CSA renvoie à la procédure instaurée pour l'apport transfrontalier d'universalité et de branches d'activités. Dans un souci de cohérence, l'on renvoie donc aussi à la procédure de l'apport d'universalité et de branche d'activité transfrontalier décrite dans le §1 de la sous-section 2 intitulée « Procédures ».

Néanmoins, il est à remarquer que le projet de cession d'universalité ou de branche d'activité ne doit plus être établi sous forme authentique (article 12:103, al.2 CSA), mais l'acte de cession lui-même continue de devoir être établi sous la forme authentique. Le fait d'avoir enlevé dans le Code l'obligation que le projet de cession soit sous forme authentique est un exemple de modifications du CSA dans un objectif de simplification par rapport à ce que prévoyait l'ancien Code des sociétés. Cela a en outre permis d'aligner le régime légal des cessions et des apports d'universalité/de branche d'activité⁴⁸⁴. Pour finir, la justification de la suppression de l'exigence d'un « *double acte authentique*⁴⁸⁵ » est, d'une part le fait qu'elle soit perçue comme étant inutile en pratique et, d'autre part, parce qu'elle ne faisait pas l'objet d'une motivation dans les travaux préparatoires de la loi du 13 avril 1995.

Section 4. Transformation transfrontalière :

Sous-section 1. Contexte :

Il apparaît pertinent, de façon préalable à l'exposition des règles et procédures applicables à l'heure actuelle, de réaliser une mise en contexte de ce qui a précédé, en droit belge, la reconnaissance de la procédure de transformation transfrontalière pour les sociétés. Avant l'adoption du livre 14 dans la Partie 4 du CSA, aucune procédure spécifique de transformation transfrontalière n'était consacrée explicitement. Cela paraissait curieux pour plusieurs raisons.

Premièrement, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne considérait déjà que la procédure de transformation transfrontalière constituait une modalité particulière de

⁴⁸³ *Doc.parl.*, Ch.repr., sess.ord. 2017-2018, n°54-3119:001, p.317.

⁴⁸⁴ S. MAQUET et D. WILLERMAIN, « Les restructurations des sociétés de la théorie à la pratique », *op.cit.*, p. 478

⁴⁸⁵ *Doc.parl.*, Ch.repr., sess.ord. 2017-2018, n°54-3119:001, p.316.

la liberté d'établissement⁴⁸⁶ dont bénéficient les personnes morales en vertu des articles 49 et 54 TFUE.

Deuxièmement, la jurisprudence belge de la Cour de cassation et du Conseil d'État⁴⁸⁷ admettait déjà depuis longtemps le maintien de la personnalité juridique et ce, tant lors de l'immigration d'une société étrangère, que dans le cadre de l'émigration d'une société belge. Puis, l'article 112 Codip est venu formaliser les enseignements de ces jurisprudences pour reconnaître la validité du déplacement transfrontalier de sièges.

Troisièmement, la jurisprudence européenne⁴⁸⁸ admettait déjà largement l'opération de transformation transfrontalière en tant que modalité particulière du droit à la liberté d'établissement des personnes morales (art. 49 et 54 T.F.U.E.). Néanmoins, il est renvoyé à la Première Partie du présent mémoire pour de plus amples détails sur cette jurisprudence.

Quatrièmement, la reconnaissance des procédures d'émigration et d'immigration de sociétés dans le cadre de transformations transfrontalières est liée à l'évolution du droit belge en ce qui concerne le passage de la théorie du siège réel à la théorie du siège statutaire (art. 2:146 CSA). En effet, dorénavant le critère de rattachement d'une société au droit belge est son siège statutaire, lequel correspond concrètement l'immatriculation de la société dans l'ordre juridique belge⁴⁸⁹. Cette théorie permet aux sociétés de transférer leur siège réel tout en restant soumises au droit de l'État dans lequel elles ont localisé leur siège statutaire⁴⁹⁰. Cette évolution a permis une consécration cohérente en droit belge de la transformation transfrontalière. Il y a enfin une complémentarité entre cette théorie et la procédure de transformation transfrontalière en ce qu'elles rendent le droit belge plus attractif au point de vue de la mobilité des sociétés.

C'est dans ce contexte que le Livre 14 du CSA reconnaît et consacre désormais explicitement la procédure de transformation transfrontalière.

⁴⁸⁶ C.J.C.E., 16 décembre 2008, aff. C-210/06, *Cartesio*, EU:C:2008:723, point 112 ; C.J.U.E., 12 juillet 2012, aff. C- 378/10, *Vale*, EU:C:2012:440, point 39 ; C.J.U.E., 25 octobre 2017, aff. C-106/16, *Polbud*, EU:C:2017:804, point 17.

⁴⁸⁷ Cass. (1^e ch.) 12 novembre 1965, *Pas.*, 1966, I, 336, *R.W.*, 1965-1966, 911, *R.P.S.*, 1966, p. 136 ; C.E., 29 juin 1987, *Pas.*, IV, 1990, p. 114

⁴⁸⁸ Voy. par exemple : C.J.C.E., 16 décembre 2008, aff. C-210/06, *Cartesio*, EU:C:2008:723, point 112 ; C.J.U.E., 12 juillet 2012, aff. C- 378/10, *Vale*, EU:C:2012:440, point 39 ; C.J.U.E., 25 octobre 2017, aff. C-106/16, *Polbud*, EU:C:2017:804, point 17.

⁴⁸⁹ J. TERFVE, et S. MAQUET, « La transformation transfrontalière après l'adoption du CSA : aspect de droit des sociétés et de droit fiscal », in *Le notariat à l'ère de la mondialisation* (sous la dir. de L. BARNICH), 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 176.

⁴⁹⁰ R. AYDOGDU, « Section 3 - Mobilité des sociétés », in *Incidences fiscales de la réforme du droit des sociétés* (sous la dir. de HERVE L. et RICHELLE I.), 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 50.

Sous-section 2. Notion :

Il n'existe pas de définition légale de la transformation transfrontalière contenue dans le CSA belge. Néanmoins, l'article 14:16 CSA reprend les caractéristiques de ce type de restructuration de sociétés, à savoir :

- Une société ;
- Un transfert transfrontalier de siège statutaire indépendamment de la localisation du siège réel de la société concernée ;
- Une transformation en une forme juridique que l'État d'accueil reconnaît dans son droit interne⁴⁹¹ ;
- La continuité de la personnalité juridique de la société concernée, sans dissolution ni liquidation de la société⁴⁹².

Il faut en outre veiller à ce que la décision soit prise par les organes compétents de la société concernée⁴⁹³. De plus, il est interdit d'entreprendre une procédure de transformation transfrontalière si la société concernée est soumise à une procédure d'insolvabilité⁴⁹⁴.

Sous-section 3. Procédure :

La procédure de transformation transfrontalière recouvre en réalité deux procédures, à savoir : celle de l'émigration (qui est la situation où une société belge déplace son siège statutaire à l'étranger) et celle de l'immigration de sociétés (qui est le cas où une société étrangère décide de déplacer son siège statutaire en Belgique). C'est pourquoi, pour des raisons méthodologiques, il a été choisi d'aborder, en deux paragraphes distincts, ces deux facettes de la procédure de transformation transfrontalière. Il est également cohérent de procéder ainsi puisque le chapitre 3 « Transformation transfrontalière » du Livre 4 du CSA aborde séparément ces deux procédures par l'établissement de leur régime dans des sections différentes.

§1. Procédure d'émigration :

En vue d'exposer les principaux traits de la procédure d'émigration (reconnue par l'article 14:15, al.1 CSA), il convient de distinguer les formalités du stade préliminaire à la

⁴⁹¹ P. MALHERBE et H. CULOT, « Chapitre 4 - Transformation transfrontalière », in *Droit des sociétés* (sous la coord. de J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, H. CULOT), 5^e édition, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 902.

⁴⁹² CSA, art. 14:16.

⁴⁹³ J. TERFVE, et S. MAQUET, « La transformation transfrontalière après l'adoption du CSA : aspect de droit des sociétés et de droit fiscal », *op.cit.*, p. 178.

⁴⁹⁴ CSA, art. 14:17.

décision et les exigences formelles liées à la décision de transformation transfrontalière en tant que telle.

Tout d'abord, cette procédure exige la réalisation de cinq formalités avant la décision de transformation transfrontalière.

En premier lieu, un projet de transformation transfrontalière doit être établi par l'organe d'administration⁴⁹⁵ sous une forme sous seing privé ou authentique. Celui-ci doit comprendre les mentions suivantes : « *la forme légale, la dénomination et le siège de la société après la transformation ainsi que le nom et la résidence du notaire devant lequel la transformation transfrontalière sera passée*⁴⁹⁶ ». L'ajout de la mention du nom et de la résidence du notaire se justifie, d'une part en raison du droit d'opposition que possèdent les créanciers sur la base de l'article 14:19 CSA et, d'autre part, sur la base de l'exigence que la transformation transfrontalière soit constatée par un acte authentique conformément à l'article 14:25 CSA. Ces mentions protègent donc globalement les *stakeholders* ayant un intérêt dans l'opération. Puis, une fois établi, le projet est déposé selon les formes et dans les délais prescrits par l'article 14:18, al.2 CSA qui renvoie aux articles 2:8 et 2:14, 1° CSA.

En deuxième lieu, durant un délai de deux mois à partir de la publication du projet les créanciers peuvent mettre en application leur droit d'exiger la constitution d'une sûreté ou de tout autre garantie concernant leur créance⁴⁹⁷. Pour pouvoir exercer ce mécanisme, il faut remplir une double condition : d'une part, les créances doivent être certaines, mais non encore exigibles au moment de la publication et, d'autre part, les créanciers doivent adresser une demande écrite à la fois à la société concernée, mais aussi – sous peine d'irrecevabilité - au notaire instrumentant cité dans le projet de transformation⁴⁹⁸. Ce droit des créanciers témoigne de la volonté de protéger les intérêts des créanciers de la société émigrante. De plus, cette intervention du notaire est d'autant plus importante que le certificat visé à l'article 14:26 CSA ne peut pas être délivré lorsque les demandes de sûretés dont le notaire a eu connaissance n'ont pas été rejetées par le juge du Tribunal de l'entreprise ou n'ont pas aboutie⁴⁹⁹.

En troisième lieu, l'article 14:20 CSA requiert que l'organe d'administration réalise un rapport aux fins d'exposer le projet de transformation, ses motifs et ses conséquences juridiques et économiques. Ce rapport sera ensuite inscrit à l'ordre du jour de l'assemblée générale qui va

⁴⁹⁵ CSA, art. 14:18, al.1.

⁴⁹⁶ *Ibid.*

⁴⁹⁷ CSA, art. 14:19.

⁴⁹⁸ J. TERFVE, et S. MAQUET, « La transformation transfrontalière après l'adoption du CSA : aspect de droit des sociétés et de droit fiscal », *op.cit.*, p. 180.

⁴⁹⁹ *Ibid.*

statuer sur la décision de transformation. L'intérêt protégé est ici celui des actionnaires et des associés en ce que ce rapport leur permet de prendre une décision en connaissance de cause⁵⁰⁰.

En quatrième lieu, un état comptable reprenant la situation active et passive doit être joint, au rapport visé ci-avant, par l'organe d'administration en vertu de l'article 14:21 CSA et selon les formes prescrites par cet article. Cette mesure a pour rôle de protéger à la fois l'intérêt des associés ou des actionnaires et des créanciers⁵⁰¹.

En cinquième lieu, une copie du rapport de l'organe d'administration, du rapport du professionnel du chiffre et de l'état comptable (visés ci-avant) doivent, en même temps que la convocation à l'assemblée générale visant à se prononcer sur l'opération, être communiqués aux actionnaires par l'organe d'administration⁵⁰². Les créanciers peuvent aussi, après en avoir fait la demande (conformément à l'article 14:22, al.4 CSA), avoir une copie de ces documents dans le cas où celle-ci présenterait « *un intérêt pour l'exercice de leur droit d'opposition*⁵⁰³ ».

Ensuite, trois formalités sont nécessaires pour considérer qu'une décision de transformation transfrontalière soit valable.

Premièrement, endéans un délai de deux mois à compter de la publication du projet de transformation au *Moniteur belge*, les articles 14:19 et 14:25 CSA prescrivent que l'assemblée générale doive décider de l'opération de transformation sous la forme d'un acte authentique notarié. Des règles de quorums de présence et de vote pour cette décision sont consacrées à l'article 14:24 CSA.

Deuxièmement, à la demande de la société, un certificat notarié de légalité, attestant que les actes et formalités préalables ont bien été exécutés, est délivré par le notaire⁵⁰⁴.

Troisièmement, conformément à l'article 14 :27, al.1 CSA, la société sera radiée du registre belge des personnes morales si elle présente le certificat notarié requis ainsi que la preuve de son immatriculation au registre de l'État d'immigration. Le certificat du notaire est donc le « *sésame indispensable*⁵⁰⁵ » pour pouvoir radier la société du registre belge des personnes morales. Dans un but d'information des tiers⁵⁰⁶ quant à la réalisation de l'opération,

⁵⁰⁰ *Doc.parl.*, Ch.repr., sess.ord. 2017-2018, n°54-3119:001, p.327.

⁵⁰¹ *Ibid.*

⁵⁰² CSA, art. 14:22.

⁵⁰³ *Doc.parl.*, Ch.repr., sess.ord. 2017-2018, n°54-3119:001, p.328.

⁵⁰⁴ CSA, art. 14:26.

⁵⁰⁵ J. TERFVE, et S. MAQUET, « La transformation transfrontalière après l'adoption du CSA : aspect de droit des sociétés et de droit fiscal », *op.cit.*, p. 183.

⁵⁰⁶ *Doc.parl.*, Ch.repr., sess.ord. 2017-2018, n°54-3119:001, p.329.

le CSA requiert la mention dans le registre des personnes morales belge de l'immatriculation de la société dans le registre de l'État étranger.

On constate donc, au travers de ces formalités procédurales, une volonté du législateur de protéger les *stakeholders* et plus spécifiquement les actionnaires et créanciers ; les premiers de par la transparence, l'information et l'approbation nécessaire de l'assemblée générale de la société. Par exemple, la publication du projet de transformation et l'établissement d'un rapport de l'organe de gestion permettent une transparence et une information des actionnaires. Quant aux créanciers, leur protection se constate notamment au travers du système de garanties expliqué ci-avant.

Pour finir, la transformation transfrontalière ainsi que la modification des statuts consécutive de cette opération prennent effet à partir de la radiation de la société du registre belge des personnes morales conformément à l'article 14:27 CSA et selon les conditions procédurales détaillées ci-avant.

§2. Procédure d'immigration :

Cette procédure est reconnue par l'article 14:15, al.2 CSA et les actes et formalités à accomplir sont décrits aux articles 14:28 à 14:30 CSA. On remarquera, et la doctrine juridique semble également de cet avis⁵⁰⁷, qu'il est regrettable que la section 2 du CSA établisse une description de la procédure d'immigration beaucoup plus lapidaire que pour celle d'émigration.

Au niveau des formalités, la transformation transfrontalière nécessite, en premier lieu, un acte notarié belge la constatant (article 14:28, al.1 CSA). Cependant, le CSA est silencieux sur l'organe de la société compétent pour adopter la décision de transformation⁵⁰⁸. En conséquence de ce manque de précision, par exemple, le notaire pourrait très bien acter, sans qu'il n'y ait de devoir de réunion de l'assemblée générale ou de l'organe d'administration, des déclarations d'un mandataire spécial de la société⁵⁰⁹. Par ailleurs, le notaire a en réalité trois aspects à vérifier pour acter la transformation, à savoir qu'il doit :

⁵⁰⁷ Voy. not. J. TERFVE, et S. MAQUET, « La transformation transfrontalière après l'adoption du CSA : aspect de droit des sociétés et de droit fiscal », *op.cit.*, p. 185. ; P. MALHERBE et H. CULOT, « Chapitre 4 – Transformation transfrontalière », *op.cit.*, p. 904.

⁵⁰⁸ P. MALHERBE et H. CULOT, « Chapitre 4 - Transformation transfrontalière », *op.cit.*, p. 905.

⁵⁰⁹ *Ibid.*

- Exécuter un contrôle *prima facie* en vue de vérifier, grâce aux pièces soumises par la société étrangère, le respect des formalités et actes qui lui incombent en vertu de son droit applicable⁵¹⁰ ;
- Faire la constatation que la société étrangère a bien décidé de déplacer son siège en Belgique⁵¹¹ ;
- Établir des nouveaux statuts conformes au droit belge⁵¹². Il est d'ailleurs logique que le notaire collabore avec la société à la rédaction des statuts puisqu'une vision du notaire en tant que « *garant de la légalité et de la sécurité juridique*⁵¹³ » de l'opération peut être dérogée de la lecture des travaux préparatoires.

Une fois réalisés, conformément à l'article 14:28 CSA, l'acte et les statuts sont publiés.

En second lieu, en vue de protéger les tiers par leur prise de connaissance de la santé financière de la société immigrante⁵¹⁴, l'article 14:30 CSA prescrit que l'organe d'administration de la société doit remettre un état comptable résumant la situation active et passive et ce, au plus tard dans les trente jours suivants l'acte notarié de transformation. Pour renforcer cet objectif de protection, l'article 14:30, al.3 CSA prévoit une présomption réfragable en défaveur de la société. Cette sanction est d'ailleurs à rapprocher de celle s'appliquant à une société belge n'ayant pas réalisé le dépôt de ses comptes annuels à la Banque nationale.

Pour finir, l'article 14:29 CSA prévoit une prise d'effet à dater de l'immatriculation de la société dans le registre des personnes morales belges. Néanmoins, contrairement à l'article 14:27, al.1 et 3 CSA, il n'est pas requis que la société soit radiée du registre étranger pertinent. Les travaux parlementaires expliquent que cette « *différence d'approche par rapport à l'émigration garantit le respect des règles belges*⁵¹⁵ ».

Sous-section 4. Droit applicable :

Tout d'abord, les travaux préparatoires précisent que le changement de loi applicable, à l'occasion d'une procédure de réorganisation transfrontalière, ne peut avoir lieu, sans interruption de la personnalité juridique, que si les deux États concernés (celui d'origine et d'accueil) autorisent une telle opération⁵¹⁶.

⁵¹⁰ *Doc.parl.*, Ch. repr., sess.ord. 2017-2018, n°54-3119:001, p.330.

⁵¹¹ *Ibid.*

⁵¹² *Ibid.*

⁵¹³ J. TERFVE, et S. MAQUET, « La transformation transfrontalière après l'adoption du CSA : aspect de droit des sociétés et de droit fiscal », *op.cit.*, p. 186.

⁵¹⁴ *Doc.parl.*, Ch.repr., sess.ord. 2017-2018, n°54-3119:001, p.330.

⁵¹⁵ *Ibid.*, p.330.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p.325.

Ensuite, l'article 110 Codip dispose que c'est le droit du siège statutaire qui est applicable pour la société.

Par ailleurs, l'article 112 Codip consacre le principe d'une « *application successive des droits des États concernés*⁵¹⁷ ». En cas de procédure d'émigration, le droit de l'État d'origine continue d'être d'application jusqu'à l'opération de transfert transfrontalier. En cas de procédure d'immigration, à partir de l'opération de transfert transfrontalier le droit de l'État d'accueil s'applique.

Chapitre 2. Appréciation de la cohérence entre les régimes des opérations de réorganisation transfrontalière établis par le CSA :

Ce chapitre a pour objectif d'examiner si les régimes des opérations de réorganisation transfrontalière, mis en place par le législateur belge dans le CSA, sont cohérents entre eux ou s'il est possible de soulever certaines divergences injustifiées. C'est pour cette raison que l'on a soulevé, dans les sections précédentes du présent mémoire, les intérêts protégés derrière les exigences du prescrit légal. De cette façon, dans le cas où une divergence apparaîtrait, l'on pourra se questionner si, au regard des intérêts protégés et des spécificités inhérentes aux différentes procédures, une divergence entre les régimes prévus par le CSA se justifie ou non.

Concrètement, l'on a relevé sept divergences considérées, de notre point de vue, comme étant injustifiées.

En premier lieu, une société étant en liquidation ne pourra pas faire l'objet d'une fusion transfrontalière⁵¹⁸ et une société étant en procédure d'insolvabilité ne pourra pas faire l'objet d'une procédure de transformation transfrontalière⁵¹⁹. Ces exclusions sont motivées par la volonté de contrer les tentatives de modifier, soudainement, la loi applicable au bénéfice de certains actionnaires ou d'une catégorie précise de créanciers⁵²⁰. Il est étonnant de constater que de telles exclusions n'ont pas été établies, dans le CSA, pour les scissions transfrontalières, alors que ces opérations pourraient être, potentiellement, tout aussi dommageables.

⁵¹⁷ R. AYDOGDU, « Section 3 - Mobilité des sociétés », in *Incidences fiscales de la réforme du droit des sociétés* (sous la dir. de L. HERVE et I. RICHELLE), 1^{re} édition, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 51.

⁵¹⁸ CSA, art. 12:106, al.2, 2^o.

⁵¹⁹ CSA, art. 14:17.

⁵²⁰ I. CORBISIER, "Cross-Border Mobility Within the EU and Specifically in Luxembourg and Belgium: Same Destination, Different Roads", *European Company Law Journal*, n°16, 2019/1, p. 21.

En second lieu, lorsque l'on se trouve au stade procédural du rapport par l'organe d'administration, on constate qu'il y a une divergence entre ce qui est requis en cas de fusion et de transformation transfrontalière, sans qu'il n'y ait pour autant de raison légitime pour ce faire. En effet, dans le cas d'une fusion transfrontalière, il est exigé la rédaction d'un rapport écrit, circonstancié et expliquant les conséquences de l'opération pour les associés, les créances et les travailleurs⁵²¹, tout en consacrant explicitement un droit de prise de connaissance de ce rapport ; alors que dans le cas d'une transformation transfrontalière, une obligation de rédaction d'un rapport par l'organe d'administration est aussi établie⁵²², sans pour autant consacrer de mise à disposition de ce rapport pour les travailleurs. Cette divergence paraît quelque peu illogique au regard de l'objectif de protection et d'information des travailleurs présent dans les deux types de procédure.

En troisième lieu, on peut retenir une divergence, à notre sens injustifiée, concernant le régime établi pour un des mécanismes de protection des créanciers. Dans le cadre d'une scission transfrontalière, le mécanisme de protection des créanciers est renforcé par le fait que le notaire ne peut pas délivrer de certificat tant que les créanciers qui ont exigé une sûreté, conformément à l'article 12:15 CSA, ne l'ont pas obtenue ou que la demande de sûreté ait été rejetée par une décision judiciaire exécutoire⁵²³. Cette procédure permet une grande protection des créanciers. Elle est aussi présente en cas de procédure de transformation transfrontalière, sous le volet de l'émigration⁵²⁴, mais elle est, par exemple, absente du régime des fusions transfrontalières⁵²⁵. L'on pourrait avancer que les opérations de scissions et de transformations transfrontalières (sous le volet émigration) sont plus dangereuses pour les créanciers⁵²⁶. Néanmoins, l'on considère, à titre personnel, que le questionnement de la légitimité de la non-application de cette protection des créanciers aux autres procédures de réorganisation transfrontalière prévues par le CSA mérite d'être soulevée.

En quatrième lieu, les apports et cessions de branche d'activité/d'universalité transfrontaliers ne bénéficient pas d'un régime spécifique dans le CSA. Cette absence de régime propre établit séparément des opérations internes est étonnante puisque la reconnaissance de la validité des apports/cessions de branche d'activité/d'universalité transfrontaliers a été faite, non

⁵²¹ CSA, art. 12:113.

⁵²² CSA, art. 14:20.

⁵²³ CSA, art. 12:73, §3 CSA et 12:90, §3.

⁵²⁴ CSA, art. 14:19 et 14:26.

⁵²⁵ CSA, art. 12:15.

⁵²⁶ I. CORBISIER, "Cross-Border Mobility Within the EU and Specifically in Luxembourg and Belgium: Same Destination, Different Roads", *op.cit.*, p. 27.

seulement dans les travaux parlementaires du CSA⁵²⁷, mais il a aussi été reconnu au sein de l'UE que ces opérations sont des modalités de la liberté d'établissement⁵²⁸. L'on s'étonne donc que le législateur belge n'ait pas consacré de régime spécifique pour ces opérations, alors qu'il l'a par exemple fait pour les transformations et les fusions transfrontalières.

En cinquième lieu, on observe une divergence en ce qui concerne le régime prévu, par l'article 12:97, al.2 CSA, pour les apports de branche d'activité et celui établi pour les apports de branche d'universalité. Lorsqu'un élément du passif n'est pas attribué et que l'interprétation du projet d'apport ne permette pas de dégager où doit être réparti cet élément, alors la solution trouvée varie en fonction de l'opération. En effet, en cas d'apport d'universalité, il y a une responsabilité solidaire de toutes les sociétés bénéficiaires de l'opération. Dans l'hypothèse maintenant d'un apport de branche d'activité, la responsabilité solidaire vaut entre la société apporteuse et la société bénéficiaire... Cette dernière règle apparaît comme illogique puisqu'on voit mal comment ces deux sociétés pourraient être solidairement responsables dans ce cas de figure, alors que si l'élément de passif concerné n'est ni attribué à la société bénéficiaire ni rattaché à la branche d'activité dans le projet, alors on peut en déduire qu'il est « *retenu par la société apporteuse*⁵²⁹ ». L'on perçoit mal où est la cohérence dans cette seconde règle.

En sixième lieu, les articles 12:73 CSA et 12:90 du CSA reconnaissent certes la possibilité de réaliser ces deux types de scissions de façon transfrontalières. Néanmoins, on soulèvera que le fait d'avoir inséré des dispositions relatives aux scissions transfrontalières, au sein des dispositions établissant le régime des scissions internes, peut être vu comme un défaut d'ordre légistique⁵³⁰. On aurait pu s'attendre à l'établissement d'un régime propre et distinct des opérations internes, comme il existe pour les fusions transfrontalières. Il y a donc une différence de traitement qui est à notre sens difficilement justifiable. Une explication potentielle dégagée par une partie de la doctrine juridique serait que le législateur attendrait, peut-être, pour modifier le CSA à ce niveau, qu'il y ait une prochaine proposition de directive européenne en matière de mobilité des sociétés⁵³¹. Mais puisque ce n'est qu'une supposition, il apparaissait

⁵²⁷ *Doc.parl.*, Ch.repr., sess.ord. 2017-2018, n°54-3119:001, p.317.

⁵²⁸ E.J. NAVEZ et H. CULOT, « Les réorganisations de personnes morales : Présentation des principales innovations du CSA », *op.cit.*, p. 427.

⁵²⁹ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE et H. CULOT, « Chapitre 2 - Apports d'universalité ou de branche d'activité », *op.cit.*, p. 890.

⁵³⁰ E-J. NAVEZ et H. CULOT, « Les réorganisations de personnes morales : présentation des principales innovations du CSA », *op.cit.*, p.432.

⁵³¹ *Ibid.*

pertinent de soulever cette divergence de consécration, au sein du CSA, entre différents régimes d'opérations transfrontalières.

En septième lieu, le régime établi par le CSA pour la transformation transfrontalière, sous son volet de l'immigration, soit plus laconique que la même procédure sous son volet de l'émigration⁵³². Par exemple, l'article 14:28 CSA ne précise par quel organe est compétent pour se prononcer sur l'opération de transformation transfrontalière lors de l'immigration d'une société, alors que dans le cas de l'émigration d'une société par l'utilisation de cette même procédure transfrontalière, il est établi que c'est l'assemblée générale qui est compétente⁵³³ pour décider de cette opération. L'on doute que ce manque de précision soit justifiable.

Partie 3. Évaluation de la conformité du régime belge des opérations de réorganisation transfrontalière avec le droit européen :

Cette troisième partie aura pour objet de se positionner quant à la conformité, ou non, du régime instauré par le CSA en ce qui concerne les procédures de réorganisation transfrontalière, par rapport au droit européen. Pour ce faire, un premier chapitre placera les balises utiles pour l'évaluation et un second chapitre procédera à l'évaluation en tant que telle.

Chapitre 1. Les balises utiles pour l'évaluation :

Section 1. L'objet de l'évaluation :

Dans le cadre du présent mémoire, l'évaluation portera sur la question de savoir si le régime mis en place par le législateur belge, dans le CSA, est conforme aux dispositions de droit européen en la matière. En ce qui concerne le droit primaire, il faudra, en l'occurrence vérifier, si les dispositions constituent, ou non, des entraves à la liberté d'établissement consacrée aux articles 49 et 54 TFUE. Pour ce qui est du droit secondaire, l'instrument le plus récent en droit européen, pour le sujet du présent mémoire est la Directive Mobilité. C'est donc par rapport à cette dernière que le régime du CSA sera évalué.

⁵³² P. MALHERBE et H. CULOT, « Chapitre 4 - Transformation transfrontalière », *op.cit.*, p. 905.

⁵³³ CSA, art. 14:24, §1, al. 1.

On précisera pour finir que, conformément à l'article 3 de la Directive Mobilité, la transposition de celle-ci devra être faite en droit belge au plus tard le 31 janvier 2023. Le législateur belge n'ayant pas encore exécuté ladite transposition, l'évaluation faite dans ce mémoire n'est pas définitive et serait donc à comparer avec l'évaluation pouvant être faite à l'issue de la transposition de cette directive.

Section 2. La notion d'entrave à la liberté d'établissement et le *Gebhard-test* :

Cette section a pour objectif de clarifier les notions d'entrave à la liberté d'établissement et de *Gebhard test* afin que leur emploi dans le second chapitre soit clair pour le lecteur.

Tout d'abord, les entraves à la liberté d'établissement correspondent à toutes les « *mesures qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de cette liberté*⁵³⁴ ». La question de l'existence, ou non, d'une entrave à la liberté d'établissement se pose parce que, d'un côté, il y a le principe selon lequel la liberté d'établissement ne peut pas être entravée, mais, d'un autre côté, il y a l'exception en vertu de laquelle cette même liberté peut être restreinte légitimement si, et seulement, l'entrave parvient à passer l'ultime⁵³⁵ *Gebhard-test*, c'est-à-dire le test de proportionnalité comprenant quatre critères dégagés par la CJUE à l'occasion de l'arrêt *Gebhard* (d'où le nom « *Gebhard-test* »).

Ensuite, en ce qui concerne ce *Gebhard-test*, il consiste en un test de proportionnalité comportant quatre étapes, lesquelles doivent être passées avec succès afin que l'entrave à la liberté d'établissement soit légitimée. L'entrave doit cumulativement :

- S'appliquer de façon non-discriminatoire ;
- Se justifier par des raisons impérieuses d'intérêt général ;
- Être propice à garantir l'objectif pour lequel elle a été établie ;
- Être nécessaire pour atteindre l'objectif qui lui a été assigné⁵³⁶.

⁵³⁴ C.J.U.E., 25 octobre 2017, aff. C -106/16, *Polbud*, EU :2017:804, point 46 ; C.J.C.E., 29 novembre 2011, aff. C-371/10, *National Grid Indus*, EU:C:2011:785, point 36 ; C.J.U.E., 8 mars 2017, aff. C-14/16, *Euro Park Service*, EU:C:2017:177, point 59.

⁵³⁵ G. SOEGAARD, "Cross-border Transfer and Change of Lex Societatis After *Polbud*, C-106/16: Old Companies Do Not Die ... They Simply Fade Away to Another Country", *European Company Law Journal*, 2018/1, p. 24.

⁵³⁶ C.J.C.E., 30 novembre 1995, aff. C-55/94, *Gebhard*, EU:C:1995:41, point 37.

Section 3. Les autorités compétentes pour un contrôle de conformité :

Même si la Directive Mobilité n'a pas encore été transposée, il apparaît pertinent, afin d'aborder la question de recherche de façon complète, de passer en revue synthétiquement cette question. Deux acteurs entrent en jeu.

Il y a tout d'abord la CJUE qui peut contrôler la conformité d'une disposition de droit national et ce, de deux façons. Premièrement, la CJUE peut réaliser un contrôle explicite de la conformité d'une mesure de droit national, au droit européen, via le mécanisme de recours en manquement consacré à l'article 258 TFUE. Ce mécanisme a pour objectif de sanctionner des violations au droit de l'UE par les États-membres⁵³⁷. Quant à l'étendue de ce contrôle, il peut concrètement se traduire par une procédure en référé ou un litige au fond. Deuxièmement, la CJUE peut contrôler implicitement la conformité d'une mesure de droit national, au droit européen, par le biais de la procédure de renvoi préjudiciel en manquement établie à l'article 267 TFUE. Il s'agit d'un contrôle implicite parce que l'objet d'un renvoi préjudiciel est que la CJUE donne une interprétation du droit de l'UE, par rapport à un litige donné⁵³⁸, au juge national, ce qui permet à ce dernier d'apprécier correctement les faits qui lui ont été initialement soumis. En d'autres termes, le juge national applique le droit de l'UE et la CJUE l'interprète. Néanmoins, on admet, en pratique, que cette simple interprétation soit en réalité plutôt un contrôle implicite du droit national⁵³⁹.

Ensuite et pour finir, depuis l'arrêt *Simmenthal*⁵⁴⁰, le juge national est obligé de ne pas appliquer une disposition nationale pouvant être préjudiciable à l'application du droit européen et ce, dans un but que ce dernier soit efficace.

Chapitre 2. L'évaluation de la conformité du CSA au droit européen pour le régime des procédures de réorganisation transfrontalière :

Avant de rentrer dans le vif du sujet, on tient à relever deux remarques concernant le champ d'application des procédures de réorganisation transfrontalière en droit belge par rapport au droit européen.

⁵³⁷ P.-E., PIGNARRE, « Chapitre I - Le contrôle de la régularité des normes dans l'Union européenne », in *La cour de justice de l'Union européenne, juridiction constitutionnelle*, 1^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 441.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 455.

⁵³⁹ *Ibid.*, p.483.

⁵⁴⁰ C.J.C.E., 9 mars 1978, aff. C-106/77, *Simmenthal*. EU:C:1978:49.

Tout d'abord, en ce qui concerne le champ d'application personnel, le législateur européen a limité le bénéfice de la Directive Mobilité aux sociétés de capitaux à responsabilité limitée⁵⁴¹. Le CSA belge a prévu un champ d'application plus étendu puisque toutes les sociétés ayant une personnalité juridique en font partie⁵⁴², à l'exception toutefois : d'une part, des SE, des SCE et des sociétés soumises à une procédure d'insolvabilité⁵⁴³ en cas de transformation transfrontalière et, d'autre part, des sociétés en liquidation ainsi qu'en procédure d'insolvabilité dans le cas de fusions transfrontalières ou de scissions transfrontalières⁵⁴⁴. Malgré ces exclusions, le champ d'application personnel du droit belge demeure plus large.

Ensuite, en ce qui concerne le champ d'application territorial, celui de la Directive Mobilité est à nouveau plus restreint, mais cela s'explique cette fois-ci par la compétence limitée du législateur en ce qui concerne les sociétés issues d'État-tiers. C'est pourquoi, une double condition doit être remplie pour rentrer dans le champ d'application de la Directive Mobilité, à savoir que les sociétés de capitaux à responsabilité limitée doivent être constituées en vertu du droit d'un État-membre ainsi que avoir, soit leur siège statutaire, soit leur administration centrale, soit encore leur principal établissement sur le territoire de l'UE⁵⁴⁵. Quant au CSA, le législateur belge n'étant pas soumis à des limitations similaires, il n'a pas été introduit de distinction entre les entités communautaires et non communautaires⁵⁴⁶.

Le champ d'application très étendu témoigne d'une position libérale du législateur belge, laquelle requiert donc la mise en place de garanties adéquates pour les différentes parties prenantes.

Pour finir, on fera remarquer que l'évaluation ne porte pas sur les procédures d'apport/de cession d'universalité/de branche d'activité, établies dans le CSA, parce qu'elles n'étaient pas consacrées en droit européen, donc il apparaît difficile d'en déterminer la conformité à ce dernier.

⁵⁴¹ Directive Sociétés, art. 118 (fusion transfrontalière) ; Directive Mobilité, art. 86*bis* (transformation transfrontalière), §1 et art. 160*bis*, §1 (scission transfrontalière).

⁵⁴² CSA, art. 12:106 (fusion transfrontalière); art. 12:73, §1; art. 12:90, §1 (scissions transfrontalières) et art. 14:15 (transformation transfrontalière).

⁵⁴³ CSA, art. 14:15, al. 2 et 14:17.

⁵⁴⁴ CSA, art. 12:106, al. 2.

⁵⁴⁵ Directive Sociétés, art. 118 (fusion transfrontalière) ; Directive Mobilité, art. 86*bis* (transformation transfrontalière), §1 et art. 160*bis*, §1 (scission transfrontalière).

⁵⁴⁶ CSA, art. 12:106 (fusion transfrontalière); art. 12:73, §1; art. 12:90, §1 (scissions transfrontalières) et art. 14:15 (transformation transfrontalière).

Section 1. Quant à la procédure de fusion transfrontalière :

Premièrement, l'article 124, §1 de la Directive Sociétés, tel que modifié par la Directive Mobilité, comprend l'obligation de rapport selon les exigences prévues par cet article. Sur ce point, il y a une nouveauté selon laquelle le rapport de l'organe d'administration ou de direction devra comporter deux parties : l'une pour les travailleurs et l'autre pour les associés et ce, dans les formes et selon les exigences requises par le législateur européen. Cette exigence que le rapport comporte deux parties ne se retrouve pas dans l'article 12:113 CSA, lequel consacre, en droit belge, l'obligation d'établissement d'un rapport de l'organe d'administration ou de gestion ainsi que la façon avec laquelle elle doit être réalisée. Néanmoins, cette absence s'explique par le caractère nouveau de cette exigence du législateur européen. Il aurait d'ailleurs été curieux que le régime du CSA soit conforme à ce type d'exigences nouvellement établies par le législateur européen.

Deuxièmement, toujours en lien avec le rapport que l'organe d'administration ou de direction doit réaliser. On constate une divergence, au niveau d'un délai, entre le régime établi par le législateur européen et celui du législateur belge. En effet, l'article 124, §6 de la Directive Sociétés, tel que modifié par la Directive Mobilité, établit que la mise à disposition de ce rapport doit être faite au minimum six semaines avant la date à laquelle l'assemblée générale doit se prononcer sur l'opération. De son côté, le droit belge ne prévoit, à l'article 12:113 CSA qu'un délai d'un mois, soit quatre semaines. La Directive prévoyant des exigences minimales, ce point devrait être corrigé par le législateur belge.

Dernièrement, l'article 126*bis* de la Directive Sociétés, tel que modifié par la Directive Mobilité, consacre une double protection spécifique pour les associés. Cette protection leur permet, d'une part, de céder leurs actions, en échange d'une soulte en espèces adéquate, ainsi que, d'autre part, de contester le rapport d'échange des actions, ce qui donnerait, le cas échéant, lieu à l'octroi d'une soulte en espèces. Aucune protection comparable des associés n'est consacrée en droit belge. L'article 12:116, §1, al.1 CSA n'établit en effet qu'une exigence de majorité de $\frac{3}{4}$ des voix, sous réserve de certaines hypothèses donnant lieu à une exigence d'unanimité. Mais, à part cela, aucun droit de retrait ou de contestation n'est garanti par le CSA au bénéfice des associés.

Section 2. Quant à la procédure de scission transfrontalière :

A titre préliminaire, en termes de champ d'application matériel, le droit belge va au-delà de ce que la Directive Mobilité requiert puisqu'il consacre un régime pour la scission

transfrontalière par absorption⁵⁴⁷, alors que cette même opération est exclu du champ d'application de la Directive Mobilité. Les travaux parlementaires reconnaissent même l'application transfrontalière de la scission mixte⁵⁴⁸. Donc, le CSA a été au-delà du champ d'application de la Directive Mobilité sur ce point.

En premier lieu, le contenu du projet de scission transfrontalière, prévu à l'article 12:75 CSA, est moins exigeant que celui prévu par l'article 160*quinquies* de la Directive Mobilité. Cela s'explique par le fait que le législateur belge se soit basé sur le contenu requis en cas de scission nationale et non pas sur celui prescrit en cas de fusion transfrontalière⁵⁴⁹, ce qui pourtant aurait été une base plus adéquate en raison du caractère transfrontalier de cette dernière opération. Un exemple de mention importante présente dans la Directive Mobilité, mais absente dans le CSA, est celle des effets probables de l'opération sur l'emploi⁵⁵⁰.

En deuxième lieu, le contenu du rapport de l'organe d'administration ou de direction, établi par les articles 12:61 et 12:90 CSA, est moins pointilleux que le contenu de ce même rapport prescrit par l'article 160*sexies* de la Directive Mobilité. Par exemple, il n'y a pas d'exigence explicite que le rapport comprenne les implications de l'opération pour les créanciers et les travailleurs. Un autre exemple est le fait que le régime du CSA ne contienne pas non plus de droit, pour les travailleurs et associés, de bénéficier de la mise à disposition de ce rapport, contrairement à l'article 160*sexies*, §§6 et 7 de la Directive Mobilité qui requiert qu'un tel droit soit établi.

En troisième lieu, la date de prise d'effet de l'opération de scission transfrontalière est étrangement déterminée par la *lex societatis* des sociétés bénéficiaires⁵⁵¹, alors que la Directive Mobilité établit, en son article 160*octodecies*, que cette date soit définie par le droit de la société scindée. Il faudrait certainement corriger cette disposition lors de la future transposition de la Directive Mobilité en droit belge. En plus d'être nécessaire, cela serait plus adéquat de choisir, comme l'a établi le législateur européen, que ce soit le droit national de la société scindée qui précise la date de prise d'effet de l'opération transfrontalière. En effet, cela permet d'avoir une date unique de prise d'effet de l'opération, alors que, lorsque l'on applique le régime prévu par le CSA, on peut se retrouver avec plusieurs droits nationaux prévoyant des dates de prise d'effet contradictoires et donc, potentiellement, difficilement conciliables.

⁵⁴⁷ CSA, art. 12:73.

⁵⁴⁸ *Doc.parl.*, Ch.repr., sess.ord. 2017-2018, n°54-3119:001, p.314.

⁵⁴⁹ I. CORBISIER, "Cross-Border Mobility Within the EU and Specifically in Luxembourg and Belgium: Same Destination, Different Roads", *op.cit.*, p. 23.

⁵⁵⁰ Directive Mobilité, art. 160*quinquies*, e).

⁵⁵¹ CSA, art. 12:73, §5 (scission par absorption) et art. 12:90, §5 (scission par constitution de nouvelles sociétés).

En dernier lieu, le mécanisme de protection des créanciers prévu aux articles 12:73, §3 CSA et 12:90, §3 CSA pourrait ne pas passer le *Gebhard test*. Le mécanisme de protection des créanciers⁵⁵² les protègent, par exemple, vis-à-vis du risque de non-recouvrement de leur créance. Cet objectif pourrait en soi, et à notre sens, constituer une raison impérieuse d'intérêt général. D'autant plus que la mesure établie par les articles 12:73, §3 et 12:90, §3 CSA serait totalement apte à remplir l'objectif allégué. Cependant, c'est plutôt au niveau de la proportionnalité, au sens strict, et donc de la nécessité, que l'on pourrait douter que cette mesure passe le test de proportionnalité⁵⁵³. Les créanciers ont en effet un délai de deux mois, après la publication de l'acte portant approbation de la scission transfrontalière, pour demander une sûreté et, pendant ce délai, le notaire ne peut pas délivrer de certificat si les créanciers ayant effectivement demandé une sûreté, conformément à l'article 12:15 CSA, n'ont pas encore obtenu satisfaction ou que leur demande n'a pas encore été rejetée par une décision judiciaire exécutoire. Il a donc une possibilité que l'opération soit bloquée pendant ces deux mois, ce qui pose la question de si cette potentielle entrave, à la liberté d'établissement de la société voulant réaliser une scission transfrontalière, est proportionnelle ou non à l'objectif qu'elle poursuit.

Section 3. Quant à la procédure de transformation transfrontalière :

A titre préliminaire, le régime de l'opération de transformation transfrontalière consacré par le CSA est inspiré des régimes suivants : celui des transformations internes, celui des réductions de capital ainsi que celui des fusions de sociétés⁵⁵⁴. L'avantage est que la source de ce régime provient d'opérations bien connues et organisées en droit belge, ce qui offre une certaine sécurité juridique. Néanmoins, cela peut poser question au regard du principe de non-discrimination des opérations transfrontalières, par rapport aux opérations internes similaires, s'appliquant aux États-membres mettant en place un régime légal pour ces premières opérations. Le choix de s'être inspiré du régime d'opérations internes peut aussi expliquer certaines lacunes du régime des opérations transfrontalières du CSA, comme on tentera de le mettre en lumière ci-après.

En premier lieu, le contenu du projet de transformation transfrontalière prévu à l'article 14:18 CSA est très minimaliste. En effet, par rapport à l'article 86*quinquies* de la Directive

⁵⁵² *Doc.parl.*, Ch.repr., sess.ord. 2017-2018, n°54-3119:001, p.311.

⁵⁵³ I. CORBISIER, "Cross-Border Mobility Within the EU and Specifically in Luxembourg and Belgium: Same Destination, Different Roads", *op.cit.*, p. 27.

⁵⁵⁴ I. CORBISIER, "Cross-Border Mobility Within the EU and Specifically in Luxembourg and Belgium: Same Destination, Different Roads", *op.cit.*, p. 22.

Mobilité, qui consacre une liste de onze éléments devant se retrouver au minimum dans le projet de transformation transfrontalière, le CSA établit un contenu insuffisant, lequel devrait donc être modifié à l'avenir.

En deuxième lieu, en cas d'émigration d'une société via une transformation transfrontalière, l'article 14:20 CSA exige qu'un rapport, comprenant les conséquences pour les associés, les créanciers et les travailleurs, soit établi, mais cette même disposition légale ne prévoit pas d'obligation de mise à disposition de ce rapport vis-à-vis des travailleurs⁵⁵⁵. Or que, d'une part, une obligation similaire de mise à disposition est prévue pour les fusions transfrontalières⁵⁵⁶ et, d'autre part, l'article 86*sexies*, §6 de la Directive Mobilité prévoit effectivement une mise à disposition pour les travailleurs. Actuellement, l'article 14:20 CSA n'apparaîtrait donc pas conforme au prescrit de l'article 86*sexies* de la Directive Mobilité.

En troisième lieu, le mécanisme de protection des créanciers établi, en cas d'émigration d'une société via une transformation transfrontalière, aux articles 14:19 et 14:26 CSA, amène aux mêmes commentaires que ceux ayant été fait pour la procédure de scission transfrontalière, l'on renvoie donc à ceux-ci (voir *supra*).

En quatrième lieu, l'on fera remarquer que le mécanisme de protection des travailleurs à propos de leurs droits de participation, consacré à l'article 86*terdecies* de la Directive Mobilité, est tout simplement absent des dispositions du CSA.

En dernier lieu, l'exigence d'unanimité en cas d'émigration d'une société de moins de deux ans⁵⁵⁷ pourrait constituer une entrave disproportionnée à la liberté d'établissement parce que l'interprétation de cette mesure laisse à penser qu'une « *jeune société*⁵⁵⁸ » entraînerait davantage de risque qu'une autre. Parmi les quatre étapes du test de proportionnalité, l'on doute que cette mesure parvienne à passer l'exigence de non-discrimination.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 24.

⁵⁵⁶ CSA, art 12:113.

⁵⁵⁷ CSA, art. 14:24, §4, 3°.

⁵⁵⁸ E-J NAVEZ et A. NAVEZ, « Chapitre 12 - Les réorganisations de personnes morales », in *Le Code des sociétés et des associations*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 381.

Conclusion :

On commencera par une synthèse du cheminement intellectuel ayant abouti à une prise de position quant à l'objet du présent mémoire, pour ensuite poursuivre par une réponse, à la fois personnelle et concise, quant à la question de recherche posée par ledit mémoire. Enfin, on finira par quelques réflexions critiques orientées vers l'avenir de la réglementation en la matière.

Ce mémoire a débuté par la rédaction d'une première partie relative à l'examen des procédures de réorganisation transfrontalière en droit européen. L'on retiendra de cette partie trois choses. Premièrement, elle a mis en évidence une évolution jurisprudentielle allant vers un positionnement libéral, de la part de la CJUE, quant aux procédures de réorganisation transfrontalière, ces dernières étant reconnues comme des modalités d'exercice de la liberté d'établissement consacrée par les articles 49 et 54 TFUE. Deuxièmement, au travers de cette première partie, on a pu mettre en avant les exigences du législateur européen pour chacune des procédures de réorganisation transfrontalière envisagées par celui-ci (à savoir la fusion transfrontalière, la scission transfrontalière et la transformation transfrontalière). Troisièmement, cette partie a permis la production d'une évaluation critique, non seulement en ce qui concerne l'apport du droit secondaire en tant que réglementation de ce type de matière, mais aussi au sujet du régime à proprement parler de la Directive Mobilité. A propos de cette dernière, les avancées qu'elle a réalisées sont plutôt timides en comparaison à ce que l'on pouvait espérer à la suite de l'évolution très libérale de la jurisprudence de la CJUE. Par ailleurs, comme on a tenté de le démontrer au travers de ce mémoire, la Directive Mobilité ne boucle pas la boucle, de la réglementation du régime des réorganisations transfrontalières, en droit européen. Il faudra donc s'attendre à de futurs instruments de droit européen secondaire qui viendront compléter les lacunes de la Directive Mobilité et s'adapter aux évolutions qui seront encore à venir.

Puis, une seconde partie a fait état du régime établi par le législateur belge, dans le CSA, pour quatre procédures de réorganisation transfrontalière, à savoir les procédures de fusion transfrontalière, de scission transfrontalière, de transformation transfrontalière et d'apport/cession de branche d'activité/d'universalité transfrontalier. Le développement de cette partie a permis de décrire les procédures, tout en les contextualisant et en essayant de mettre en avant, non seulement les intérêts protégés, mais aussi les effets et les règles de conflit de lois applicables. Puis, une appréciation de la cohérence entre ces différents régimes, établis par le

CSA, a clôturé cette partie. De là, sept divergences ont pu être mises en lumière et sont, selon nous, injustifiées.

L'élaboration des deux premières parties a ensuite permis logiquement de réaliser la troisième partie consistant en l'évaluation de conformité, laquelle est l'objet du présent mémoire.

En ce qui concerne maintenant la réponse à la question de recherche, on affirmera que, de notre point de vue, le régime instauré par le CSA (pour les opérations de fusion transfrontalière, de scission transfrontalière, de transformation transfrontalière et de apports/cessions de branche d'activité/d'universalité transfrontaliers), n'est actuellement pas totalement conforme aux exigences que le législateur européen a établi dans la Directive Mobilité et ce, en raison, à tout le moins de douze éléments de non-conformité⁵⁵⁹. C'est pourquoi, il est impératif, et nous espérons que cela sera le cas, que le législateur belge corrigera ces éléments en vue de rendre le régime du CSA conforme au prescrit de la Directive Mobilité.

Pour finir, on tient à exprimer certaines considérations. En premier lieu, la reconnaissance de la liberté d'établissement et de la mobilité des sociétés ne fait plus aucun doute, tant en droit européen qu'en droit belge. Désormais, le processus, tendant vers la consécration d'un régime, à la fois cohérent et empreint de sécurité juridique, est en marche. Néanmoins, il est loin d'être achevé et nous nous rallions à l'opinion doctrinale selon laquelle une nouvelle directive, en la matière, sera certainement adoptée dans le futur. L'avenir réserve assurément encore beaucoup de surprises. En second lieu, pour ce qui concerne le niveau européen, adopter une directive ne dépend pas uniquement de considérations juridiques, mais également de l'aboutissement de compromis politiques, comme l'adoption de la Directive Mobilité l'a d'ailleurs démontré⁵⁶⁰. De plus, puisque l'instrument d'une directive prévoit une exigence d'harmonisation minimale, une marge de manœuvre est toujours laissée aux États-membres quant à la transposition du contenu de la directive en question. Ainsi, l'on ne peut pas, sur base des évolutions juridiques, prévoir dans quelle mesure les avancées opérées seront concrétisées en droit européen, puis dans les différents droits nationaux.

En conséquence de tout ce qui précède, l'on ne peut pas tirer de conclusion sans équivoque puisque la Directive Mobilité n'est pas encore transposée, mais l'on peut en tout état de cause affirmer que, de notre point de vue, à tout le moins douze éléments sont à corriger, par

⁵⁵⁹ Afin de ne pas effectuer de redite, l'on renvoie le lecteur à la partie 3 du mémoire pour les développements relatifs à ces douze éléments.

⁵⁶⁰ F. BERNARD, « Les métamorphoses du droit européen de la mobilité transfrontalière des sociétés », *op.cit.*, p. 303.

le législateur belge, pour que le régime du CSA, en ce qui concerne les procédures de réorganisation transfrontalière, soit conforme au droit européen.

Bibliographie :

1. Jurisprudence :

1.1. Jurisprudence européenne :

C.J.C.E., 21 juin 1974, C/74, ECLI:EU :C :1974, *Reyners c. État belge*.

C.J.C.E., 9 mars 1978, aff. C-106/77, *Simmenthal*. EU:C:1978:49.

C.J.C.E., 27 septembre 1988, aff. C-81/87, *Daily Mail*, EU:C:1988:456, points 7 et 23.

C.J.C.E., 30 novembre 1995, aff. C-55/94, *Gebhard*, EU:C:1995:41, point 37.

C.J.C.E., 9 mars 1999, aff. C-212-97, *Centros*, EU:C:1999:126, point 34.

C.J.C.E., 5 novembre 2002, aff. C-208/00, *Überseering*, EU:C:2002:632, points 8-10, 59, 70, 83, 92.

C.J.C.E., 30 septembre 2003, aff. C-167/01, *Inspire Art Ltd*, EU:C:2003:512, points 22, 23, 104, 133.

C.J.C.E., 13 décembre 2005, C-411/03, *SEVIC Systems AG*, EU:C:2005:762, points 2, 15, 19, 21, 23, 30, 31.

CJCE, 12 septembre 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes, Rec.*, I-7995, pt 68.

C.J.C.E., 16 décembre 2008, aff. C-210/06, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató*, EU:C:2008:723, points 40, 104, 107, 109-113.

C.J.C.E., 29 novembre 2011, aff. C-371/10, *National Grid Indus*, EU:C:2011:785, point 36.

C.J.U.E., 12 juillet 2012, aff. C-378/10, *VALE Építési kft*, EU:C:2012:440, points 23, 24, 30-34, 38, 39, 43-57.

C.J.U.E., 8 mars 2017, aff. C-14/16, *Euro Park Service*, EU:C:2017:177, point 59.

C.J.U.E., 25 octobre 2017, aff. C-106/16, *Polbud*, EU:C:2017:804, points 17, 44, 46, 52.

1.2. Conclusions :

Conclusions de l'avocat général A. LA PERGOLA sous l'arrêt *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, C-212/97, EU:C:1998:380, §§15 et s.

Conclusions de l'avocat général POIARES MADURO sous l'arrêt *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, C-210/06, EU:C:2008:294, point 31.

Conclusions de l'avocat général N. JÄÄSKINEN sous l'arrêt VALE, C-378/10, point 68.

1.3. Jurisprudence belge :

Cass., 4 janvier 2008, *T.R.V.*, 2009, p. 281, obs. D. VAN GERVEN.

Cass. (1^e ch.) 12 novembre 1965, *Pas.*, 1966, I, 336, *R.W.*, 1965-1966, 911, *R.P.S.*, 1966, p. 136.

C.E., 29 juin 1987, *Pas.*, IV, 1990, p. 114.

Comm. Turnhout, 27 septembre 2002, *T.R.V.*, 2004, p. 251, obs. M. WAUTERS.

2. Législation :

2.1. Législation belge :

Doc.parl., Ch.repr., sess.ord. 2017-2018, n°54-3119:001, pp.70-71, 310-330.

Code des sociétés et des associations : art. 12:59 ; 12:73 ; 12:74 ; 12:90 ; 12:94 ; 12:96 ; 12:98 ; 12:113 ; 12:117 ; 12:119 ; 14:16 ; 14:19 ; 14:22 ; 14:26.

2.3. Législation européenne :

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

Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, *J.O.U.E.*, 30 juin 2017, L. 167.

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

Règlement (CE) n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne, *J.O.C.E.*, L. 294, du 10 novembre 2001.

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

Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la Directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières du 25 avril 2018, COM(2018), 241 final, <http://eur-lex.europa.eu>.

3. Doctrine juridique :

3.1. Doctrines en français :

AUTENNE A. et NAVEZ E-J., « Cartesio - Les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisités », *C.D.E.*, 2009, p.122.

ATHLAN L. et STORCK S., « Les scissions transfrontalières », *Cah. Dr. Entr.*, n°6, 2011, dossier 36, p.3

AYDOGDU R., « Section 3 - Mobilité des sociétés », in *Incidences fiscales de la réforme du droit des sociétés* (sous la dir. de HERVE L. et RICHELLE I.), 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 50, 51.

BEITZKE G., « Les conflits de lois en matière de fusions de sociétés (droit communautaire et droit international privé) », *R.C.D.I.P.*, 1967, I, p.5.

BERNARD F., « Les fusions transfrontalières au sein de l'Union européenne », *D.A.O.R.*, 2011/1, n°97, p. 14, 18.

BERNARD F., *Les enjeux des scissions transfrontalières au sein de l'Union européenne*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 92, 299, 300 377, 386 390, 450-526, 549, 550.

BERNARD F., « Les métamorphoses du droit européen de la mobilité transfrontalière des sociétés », in *L'influence du droit européen en droit économique / Cabinet de curiosités pour un juriste passionné – Liber Amicorum Denis Philippe* (sous la dir. de A. STROWEL et G. MINNE), 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 282-296, 300-303.

BLOCKERYE T., *Acquisitions, fusions et réorganisations de sociétés*, Anthémis, Limal, 2018, p.371, 373, 416.

BOSSARD P., *CSA - Examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, p.725, 740, 741.

COMBET M., « Chapitre 2. - Le droit d'établissement des sociétés ou l'hypothèse d'une concurrence normative », in *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne* (sous la dir. de E. CARPANO), 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 121.

COMBET M., *L'établissement des sociétés en droit de l'Union européenne - contribution à l'étude d'un droit subjectif*, Paris, Editions Mare&Martin, Paris, 2017, pp. 51, 121.

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

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

COTIGA A., « Section 2. - Le libre choix de la *lex societatis* dans l'Union européenne », in *Le droit européen des sociétés*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2013, pp.181-182.

COTIGA. A. « L'apport de la directive UE 2019/2021 du 27 novembre 2019 vis-à-vis du transfert transfrontalier intra-européen de siège des sociétés de capitaux », *Rev. Aff. Eur.*, 2021/3, p. 631-638.

D'AVOULT L., « Vers l'itinérance inconditionnelle (ou nomadisme) des sociétés en Europe ? », *Rec. Dalloz*, 2017, p. 2512 et s.

DELCORDE J-A. et TILQUIN T., « La fusion transfrontalière de sociétés de capitaux en droit belge après la transposition de la directive 2005/56/CE - (n° 6990) », *Rev. prat. Soc.*, 2009/1, p. 46.

DELVAUX T., III – « La politique jurisprudentielle de la cour de justice des communautés européennes », in *Droit international et européen des sociétés* (sous la dir. de N. THIRION) 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 271.

DUBOUT E., « le libéralisme politique de la Cour de justice – Le cas de la liberté d'entreprise », in *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne* (sous la dir. de L.CLÉMENT-WILTZ), Bruxelles, Bruylant, 2018, p.148.

FONTAINE M., « L'apport d'une branche d'activités et la cession des contrats », note sous Cass., 4 mars 1982, *R.C.J.B.*, 1984, p. 183

FUSTER G., « Chapitre 6. - L'ambivalence de la liberté d'établissement : régime de circulation ou droit à l'optimisation ? » in *Le sens des libertés économiques de circulation* (sous la dir. de J-S BERGÉ et G. GIORGINI), 1^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 297.

GEORGE F., « Section 2 - La cession des contrats dans les transmissions d'universalité en droit belge » in *La transmission des obligations en droit français et en droit belge* (sous la dir. de P. JOURDAIN et P. WÉRY, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 1188, 1189, 1219.

HO-DAC M., « L'affirmation d'un droit au transfert intra européen du siège statutaire avec changement de loi applicable une nouvelle donne pour la reconnaissance mutuelle des sociétés dans l'Union », *R.A.E.-L.E.A.*, 2017/4, pp. 727-734.

JONET J-M., « Sociétés commerciales : la théorie du siège réel à l'épreuve de la liberté d'établissement », *J.T.D.E.*, 2003, p. 35

LAMON H., *Acquisitions, financement et cessions d'entreprises*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 723.

LAZZAROTTO P., « Chapitre 7. - La liberté d'établissement : une différence originelle pour des finalités multiples ? la finalité de la liberté d'établissement au prisme de l'interpénétration normative » in *Le sens des libertés économiques de circulation* (sous la dir. de J-S BERGÉ et G.C. GIORGINI),. 1^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 314, 326.

LAZZAROTTO P, BERGÉ J-S et GIORGINI G.C., *Le sens des libertés économiques de circulation*, 1^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 318-324.

LUBY M., « Libre établissement des sociétés : le mot de la fin pour la CJCE », *Sem. jur.*, Edition Générale, 2003, II, 10002.

LEFEBVRE O., « Les sociétés belges bénéficient de la création de NYSE Euronext », *R.B.F.-B.F.W.*, 2007/5, p. 264.

LE NABASQUE H., « Les fusions et scissions transfrontalières », *Rev. Soc.*, 2013, p. 416.

MAGNIER V., « Une société régulièrement immatriculée selon le droit d'un État membre ne peut se voir imposer les exigences requises par la loi de l'État membre où s'exerce l'essentiel de son activité », *JCP E*, 2004, p. 251 et 279.

MALHERBE P. et CULOT H. , « Chapitre 4 - Transformation transfrontalière » in *Droit des sociétés* (sous la coord. de J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, H. CULOT), 5^e édition, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 902-905.

MALHERBE J., DE CORDT Y., LAMBRECHT P., MALHERBE P. et CULOT H., « Chapitre 2 - Apports d'universalité ou de branche d'activité », in *Droit des sociétés* (sous la coord. de J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, H. CULOT), 5^e édition, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 888, 889.

MAQUET S. et WILLERMAIN D., « Les restructurations des sociétés de la théorie à la pratique », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations* (sous la dir. E-J NAVEZ), 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 469-478.

MARESCEAU K. et FINK A., « Mobilité transfrontalière des sociétés et concurrence réglementaire au niveau du droit des sociétés - Prix Pierre Coppens 2014 », *Rev. prat. Soc.*, 2014/2, p. 193, 196.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1. XX, ch.1.

MOURLON BEERNAERT F., « L'apport du droit de l'Union européenne au droit (belge) des sociétés », in *L'influence du droit européen en droit économique / Cabinet de curiosités pour un juriste passionné – Liber Amicorum DENIS PHILIPPE* (sous la dir. de A. STROWEL et G. MINNE), 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2022, p.342, 344.

NAVEZ E-J, « La transformation transfrontalière des sociétés est définitivement consacrée en droit de l'UE. Qu'attend encore le législateur belge pour mettre en œuvre cette prérogative ? », *Rev. prat. Soc.*, 2013/2, pp. 246, 267.

NAVEZ E-J et CULOT H., « Les réorganisations de personnes morales : présentation des principales innovations du CSA », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations* (sous la coord. D'O. CAPRASSE, H.CULOT et X. DIEUX), Limal, Anthémis, 2019, pp.425-434.

NAVEZ E-J. et NAVEZ A., « Chapitre 12 - Les réorganisations de personnes morales », in *Le Code des sociétés et des associations*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 381.

NAVEZ E. et NAVEZ A., « Le droit des sociétés après l'entrée en vigueur du CSA. Quelles innovations dans la pratique notariale ? », *Rev. not.*, 2020/2, n° 3147, p.108.

PASTEGER D., « Arrêt Cartesio : nouvelles précisions sur les modalités de transfert du siège social au regard de la liberté d'établissement », *J.T.*, 2009/41, n°6375, p.795.

PIGNARRE P-E., « Chapitre I - Le contrôle de la régularité des normes dans l'Union européenne », in *La cour de justice de l'Union européenne, juridiction constitutionnelle*, 1^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 441-483.

POILLOT-PERUZZETTO S., « L'arrêt Cartesio : de l'analyse sur le fondement du marché intérieur à celle sur le fondement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », *Rev. Aff. Eur.*, 2011/1, p.89.

TERFVE J., et MAQUET S., « La transformation transfrontalière après l'adoption du CSA : aspect de droit des sociétés et de droit fiscal » in *Le notariat à l'ère de la mondialisation* (sous la dir. de L. BARNICH), 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 176-195.

TERFVE J. et VAN GRAMBEZEN A., « Aspects de droit des sociétés et de droit comptable » in *Les scissions de sociétés à l'aune du CSA* (sous la dir. de P-Y ERNEUX, F. GROGNARD et P. BAUDOUIN), *Jurim Pratique*, 2021/1-2, p.104.

TERFVE J. et VAN GRAMBEZEN A., « Typologie des scissions », in *Les scissions de sociétés à l'aune du CSA* (sous la dir. de P-Y ERNEUX, F. GROGNARD et P. BAUDOUIN), *Jurim Pratique*, 2021/1-2, p. 17, 104.

TILQUIN T., « L'arrêt KA Finanz AG : la fusion transfrontalière et la protection des créanciers », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/1, pp. 64-70.

T'KINT P., « Fusion, scission, cession d'une universalité ou d'une branche d'activité », in *Les restructurations et transformations des associations sans but lucratif* (sous la coord. de J-P VINCKE), *Dossiers d'ASBL Actualités, Edi.pro*, 2021, p. 22.

VANDERVAEREN E., « Les fusions transfrontalières : un pas de plus vers une Europe harmonisée », *D.A.O.R.* 2007/81, p. 103.

VERMEYLEN J., « Arrêt VALE Épitési : la mobilité transfrontalière du siège statutaire est-elle un droit ? », *J.D.E.*, 2012/9, n°193, p.276.

VINCKE J-P., « Chapitre 1 - Fusions et scissions », in *Comptabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier Business, 2021, p. 652

VOGEL L., « Chapitre V - Directives d'harmonisation », in *Les fondamentaux du droit du marché intérieur*, 1^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 111.

WITHOFS V., « La transmission des obligations : la cession de créance, la cession de dette et la cession de contrats », in *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux* (sous la coord. P. WÉRY), coll. CUP, vol. 168, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 222.

3.2. Doctrines en anglais :

AKSAMOVIC D., SIMUNOVIC L. and KUNA I., “Cross-Border Movement of Companies: The New EU Rules on Cross-Border Conversion”, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, vol. 3, 2019, p. 950.

ARMOUR J., HANSMANN H. and KRAAKMAN R., “Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement”, *E.C.G.I. – Law Working Paper*, 135/2009, pp. 22-23.

BANG N., MÜLLER CORNELIUS J., KLAPER S., GÜNGÖR M. and FEDERPIEL G., « Cross-border mergers, divisions and conversions », in *Modernisation of European Company Law* (under the dir. Of A. ALEXANDROPOULOU), 1e édition, Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 31-33.

BARTMAN S.M., “The Adopted Proposal for an EU Directive on Cross-Border Operations: A Realistic Compromise”, *European Company Law Journal* 16, n°05/2019, pp. 140-142.

BRZEZINSKI M., “Cross-border mergers: a missed opportunity and ways to improve the procedure”, *European Competition and Regulatory Law Review*, Vol. 3., 2019, p. 284.

CORBISIER I., “Cross-Border Mobility Within the EU and Specifically in Luxembourg and Belgium: Same Destination, Different Roads”, *European Company Law Journal*, n°16, 2019/1, pp. 19-30.

GARCIMARTÍN F. et GANDÍA E., « Cross-border conversions in the EU : the EU Commission Proposal », *E.C.F.R.*, 1-2/2019, p.19, 22-25.

HALBHURER H., « National doctrinal structures and European Company Law », *Common Market Law Review*, 2001, p. 1389.

HORSLEY T., “Reflections on the role of the Court of justice as the motor of European integration: legal limits to judicial lawmaking”, *C.M.L.R.*, n°50, 2013, p.954.

KELEMEN R.D., ” The political foundations of judicial independence in the European Union”, *Journal of European Public Policy*, 2012, p.51.

PAPADOPOULOS T., “Reviewing the Implementation for the Cross-Border Mergers Directive”, in *Cross-Border Mergers – Eu perspectives and national experiences* (under the coord. of TH. PAPADOPOULOS), Springer Cham, 2019 p.31.

PIEPER J., "EUROPEAN cross-border mergers after SEVIC", *Comp.Law*, 2009, 30 (6), pp. 172 et 173.

RICKFORD J., "The proposed tenth company law directive on cross-border mergers and its impact in the UK", *E.B.L.R.*, 2005, n°16, p. 1408.

SCHARPF F., « Perpetual momentum: directed and unconstrained? », *Journal of European Policy*, 2012, p.128.

SCHMIDT J., "Cross-border Mergers, Divisions and Conversions: Accomplishments and Deficits of the Company Law Package", *E.C.F.R.*, 1-2/2019, p. 223, 229.

SCHMIDT J., "The Mobility Aspects of the EU Commission's Company Law Package: Or – "The Good, the Bad and the Ugly"", *European Company Law Journal* 16, 2019/1, p.17.

SOEGAARD G., "Cross-border Transfer and Change of Lex Societatis After Polbud, C-106/16: Old Companies Do Not Die ... They Simply Fade Away to Another Country", *European Company Law Journal*, 2018/1, p. 24.

3.3. Doctrines en néerlandais :

BEYAERT S., « overdracht van contracten », note sous Liège, 22 mars 2000, *R.G.D.C.*, 2003, p. 659, note 15.

DOBBELAERE F., « Herstructureren van vennootschappen, verenigingen en stichtingen onder het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen. Een bespreking van de nieuwe regels voorzien bij Boek 12 en Boek 13 », in *Le Code des sociétés et associations : (r)évolution ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 453-455.

ENE C., "The cross-border conversion – A possible solution for the mobility of companies in European Union", *Perspectives of Law and Public Administration*, vol. 9, 1-2020, p. 57.

GOEMINNE A. et VERBIST N., « De overdracht van een algemeenheid of van een bedrijfstak », *T.R.V.*, 1998, p. 355.

MEEUSEN J., « Het *Polbud*-arrest van het Hof van Justitie : Europese vennootschapsmobiliteit op nieuwe wegen », *R.W.*, 2017-2018, p. 602.

VAN GERVEN D., « Afdeling 3 - Splitsingen » in *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, 2^e editie, Bruxelles, Intersentia, 2020, p. 1459.

WINTER J., “ De paradox van de Europese vennootschap”, in *Europees ondernemingsrecht: 50 jaar na Sanders' Europese NV: Piet Sanders over Europees ondernemingsrecht, zijn uittreerede over arbitragerecht en een verslag van het symposium gehouden op 30 september 2009 te Rotterdam* (ed. P.SANDERS), Kluwer, 2010, pp. 95-96

WOUTERS J., “Grensoverschrijdende fusie en vrijheid van vestiging van vennootschappen in de Europese Unie”, *R.D.C.-T.B.H.*, 2006/4, p. 407.

3.4. Doctrines en allemand :

BEUTEL D., Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU – Einflüsse des Gemeinschaftsrechts auf die Schaffung nationaler Rechtsgrundlagen grenzüberschreitender Verschmelzungen unter Beteiligung deutscher Kapitalgesellschaften, München, *Herbert Utz Verlag*, 2008, p. 202.

BRANDI T.O., « Grenzüberschreitender (Heraus-)Formwechsel – praktische Erfahrungen und Vergleich mit Reformvorschlägen im EU Company Law Package », *B.B.*, 2018, p.2632.

DRYGALA T. et VON BRESSENSDORF T., « Gegenwart und Zukunft grenzüberschreitender Verschmelzungen und Spaltungen », *N.Z.G.*, 2016, p. 1161

GROHMANN U. et GRUSCHINSKE N, « Grenzüberschreitende Mobilität von Kapitalgesellschaften in Europa – Die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften », *GmbHHR*, 2006, p. 192.

KALLMEYER H. et KAPPES S., « Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen nach sevic systems und der Eu-verschmelzungsrichtlinie », *A.G.*, 2006, pp. 226-234.

KRAUSE N. et KULPA N., « Grenzüberschreitende Verschmelzungen – Vor dem Hintergrund der SEVIC-Entscheidung und der Reform des deutschen Umwandlungsrecht », *ZHR 171*, 2007, p. 38

MITTERECKER J., *Grenzüberschreitende Verschmelzungen*, Wien, Verlag Österreich, 2014, pp. 275-276, 280-281.

MÜLLER H-F., « Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem neuen Richtlinienentwurf der EU-Kommission », *ZIP*, 2004, p. 1790.

SCHMIDT J. , « EU Company Law Package 2018 – Mehr Digitalisierung und Mobilität von Gesellschaften (Teil 1) », *Der Konzern*, n°6/2018, p. 241.

SCHMIDT J., “Grenzüberschreitender Formwechsel in der EU – Eckpunkte des Rechtsrahmens und Herausforderungen bei der Umsetzung”, *ZEuP*, 1 Auflage, 2020, p. 568.

SCHMIDT J., « Grenzüberschreitende Unternehmensmobilität 2.0. : Die MobiR eröffnet ab 2023 neue Wege », *B.B.*, 3/2020, p.1.

STELMASZCYK P., “Grenzüberschreitender Formwechsel durch isolierte Verlegung des Satzungssitzes EuGH präzisiert den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit”, *EuZW*, 2017, pp. 890-894.

TEICHMANN CH., “Der Fall “Polbud” : Formwechsel in die Briefkastengesellschaft”, *GmbHRR*, 2017, pp. 356-358.

4. Sites internet :

https://www.abcbourse.com/apprendre/1_euronext.html , consulté le 20 avril 2022.

<https://eur-lex.europa.eu/FR/legal-content/summary/certain-aspects-of-company-law-concerning-limited-liability-companies.html> , consulté le 29 juillet 2022.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/LSU/?uri=celex%3A32001R2157> , consulté le 1^{er} août 2022.

https://www.abcbourse.com/apprendre/1_euronext.html , consulté le 20 avril 2022.

5. Autres :

5.1. Études :

Bech-Bruun et Lexidale, Study on the Application of the Cross-Border Mergers Directive, septembre 2013 (<https://op.europa.eu>), pp. 5, 52-58, 61-64.

Impact assessment accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross- border conversions,

mergers and divisions of 25 Apr. 2018, SWD(2018) 141 final, <http://www.europarl.europa.eu>, pp. 6, 19, 20-23.

J. SCHMIDT, Cross-border Mergers and Divisions, Transfers of Seat: Is There a Need to Legislate? PE 556.960, <http://www.europarl.europa.eu> (consulté le 10 août 2022), pp. 16 et s., 3.

ST. REYNOLDS, A. SCHERRER & E. TRULI, Ex-post Assessment of the EU Framework in the Area of Cross-border Mergers and Divisions, PE 593.796, <http://www.europarl.europa.eu>.

5.2. Divers :

D. BURG et T. VILARS, « Philips engage une scission historique de ses activités », *Les Echos*, 23 septembre 2014, disponible sur www.lesechos.fr (consulté le 13 août 2022).

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 28 octobre 2015, Améliorer le marché unique : de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises, COM (2015), 550 final, <http://eur-lex.europa.eu> , p.6.

Avis NCN 2011/10 du 16 mars 2011, « Le traitement comptable de scissions transfrontalières ». Avis du Comité économique et social européen sur a) une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés [COM(2018) 239 final – 2018/0113 (COD)] et sur b) une proposition de directive modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières [COM (2018) 241 final – 2018/0114 (COD)] (Rapporteur Dimitris Dimitriadis), EESC 2018/01917, 17 octobre 2018, <https://eur-lex.europa.eu>, points 3, 6 et 9.

Art. 1.2 et art. 2.6 de la norme de l'IRE relative au contrôle des opérations de fusion et de scission des sociétés du 16 mai 2014, <https://www.ibr-ire.be>.

