

JURISPRUDENCE

Sociétés en général

Responsabilité civile
du liquidateur amiable entre
droit commun et droit spécial
Com. 1^{er} juin 2023,
note Bruno Dondero p. 790

Société et durabilité

Loi sur le devoir de vigilance
rendue ineffective par le juge
Trib. jud. Paris, 6 juill. 2023,
note Anne Danis-Fatôme
et Nicolas Hoffschir p. 793

Sociétés civiles

Héritier de l'associé décédé
et tierce opposition au jugement
annulant son agrément
Com. 11 mai 2023,
note Bernard Saintourens p. 800

Sociétés par actions simplifiées

Obligation de loyauté
dans l'exercice du droit
de révocation et faute lourde
Com. 11 oct. 2023,
note Alain Viandier p. 803

Commissaires aux comptes

Nullité des délibérations
pour défaut de commissaire
aux comptes
Com. 21 juin 2023,
note Elsa Guégan p. 806

Lefebvre Dalloz

DALLOZ

REVUE DES SOCIÉTÉS

Décembre 2023 - n° 12

DOSSIER

Transposition de la directive
« Mobilité transfrontalière des sociétés »
Sous la direction de Benoit Lecourt
Avec Pierre-Henri Conac,
Marie-Laure Coquelet, Caroline Coupet,
Hervé Le Nabasque, Michel Menjucq,
Gilbert Parleani, Arnaud Reygrobelle et
Anastasia Sotiropoulou p. 719

CHRONIQUES

Chronique de droit des entreprises
en difficulté
Philippe Roussel Galle,
Laurence Caroline Henry
et Florence Reille p. 812



Version numérique incluse*



l'intention de nuire soit présumée du fait de la connaissance par le débiteur du préjudice subi par le créancier⁶⁴. On ajoutera que c'est de manière implicite que pourrait être relevée l'existence d'un concert frauduleux entre la société apporteuse et la société bénéficiaire. La sanction de l'action paulienne sera particulièrement efficace. Elle aura pour effet de remettre en cause le principe de transmission du patrimoine, ce qui permettra au créancier lésé de préserver ses droits sur les biens qui componaient le patrimoine du débiteur avant l'opération. Il pourra donc saisir les biens entre les mains de la société bénéficiaire, ces biens étant considérés – par une fiction juridique – comme n'ayant pas quitté le patrimoine du débiteur.

36. Enfin, le créancier pourrait recourir à l'exception générale de fraude⁶⁵. Une opération de restructuration

(63) Pour un apport partiel d'actifs qui a privé la société de la totalité de ses immobilisations incorporelles (dont le fonds de commerce), de la totalité de ses immobilisations corporelles et de la quasi-totalité de l'actif circulant, v. Paris, 7 janv. 2020, n° 17/09864, RTD civ. 2020. 385, obs. H. Barbier ; Dr. sociétés 2020, comm. n° 90, obs. R. Mortier, Gaz. Pal. 23 juin 2020, p. 57, obs. J.-M. Moulin.

(64) V. not. : Civ. 1^e, 13 mars 1973, n° 70-13.858, Bull. civ. I, n° 92, JCP 1974. II. 17782, obs. J. Ghestin ; Civ. 1^e, 17 oct. 1979, n° 78-10.564, Bull. civ. I, n° 249 ; RTD civ. 1980. 766, obs. F. Chabas ; JCP 1981. II. 19627, obs. J. Ghestin ; Deffrénos 1980. 906, obs. J.-L. Albert ; Civ. 1^e, 14 févr. 1995, n° 92-18.886, Bull. civ. I, n° 79 ; D. 1996. 391, note E. Agostini ; RTD civ. 1997. 940, obs. J. Mestre ; RTD com. 1995. 421, obs. C. Champaud et D. Danet. Dans l'arrêt précité de la Cour de Paris du 7 janvier 2020, cette dernière avait considéré que l'intention d'agir au détriment des créanciers résultait de la connaissance par la société apporteuse du versement probable de sommes importantes à deux anciens salariés.

(65) V. J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, 1957, Dalloz, spéc. p. 2-3, qui précise que la maxime *Fraus omnia corrumpt* implique que « toutes les armes de l'arsenal juridique ont été essayées sans succès ». V. Com. 25 mai 2022, n° 19-24.470, publié au *Bulletin* ; Rev. sociétés 2023. 176, note Y. Laisné ; RTD com. 2022. 786, obs. A. Lecourt ; BJS oct. 2022, p. 37, note B. Dondero (selon la Cour de cassation, « un créancier ne peut se prévaloir du principe selon lequel la fraude corrompt tout pour remettre en cause la dissolution sans liquidation d'une société que si la société bénéficiaire de la transmission universelle du patrimoine de la société dissoute a mis en œuvre un processus lui ayant permis de priver d'efficacité la faculté d'opposition ouverte par l'article 1844-5, alinéa 3, du code civil »).

pourrait, entre autres, être dictée par la volonté d'un dirigeant caution de limiter son engagement. En effet, selon l'article 2318 du code civil⁶⁶, la caution est, sauf clause contraire, tenue des seules dettes nées avant la date d'opposabilité aux tiers de la fusion ou de la scission. Le caractère transfrontalier de l'opération pourrait permettre au dirigeant de camoufler davantage ses intentions réelles. Dans une telle hypothèse, le créancier lésé pourra invoquer l'exception générale de fraude⁶⁷.

37. En conséquence, les conseillers juridiques et les avocats devront bien garder à l'esprit que le droit commun est susceptible de renforcer la protection des créanciers sociaux, soit en amont, par l'insertion de clauses, soit au moment de la réalisation de l'opération de restructuration, lorsque cette dernière est frauduleuse.

(66) Résultant de l'ord. n° 2021-1192 du 15 sept. 2021 portant réforme du droit des sûretés.

(67) Com. 10 oct. 1995, n° 93-15.619, Bull. civ. IV, n° 224 ; Rev. sociétés 1995. 708, note R. Routier ; RTD civ. 1996. 201, obs. M. Bandrac ; *ibid.* 616, obs. J. Mestre ; Deffrénos 1996. 648, note S. Piedelièvre ; BJS 1995. 1058, note M.-L. Coquelet ; LPA, 13 déc. 1995, n° 149, note P. Le Cannu et A. Courret. V. également Com. 5 mars 1991, n° 88-19629, Bull. IV, n° 100, Rev. sociétés 1991. 545, note C. Bolze ; D. 1991. 441, note J. Honorat ; RTD civ. 1991. 531, obs. J. Mestre ; RTD com. 1991. 404, obs. Y. Reinhard ; *ibid.* 1992. 189, obs. C. Champaud et D. Danet ; *ibid.* 385, obs. C. Champaud et D. Danet ; Deffrénos 1991. 880, note P. Le Cannu (« sauf dérogation expresse prévue par les parties dans le traité de scission ou d'apport, communauté ou confusion d'intérêts ou fraude, dans le cas d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions, il s'opère de la société apporteuse à la société bénéficiaire, laquelle est substituée à la première, une transmission universelle de tous ses droits, biens et obligations pour la branche d'activité faisant l'objet de l'apport »). Dans cette affaire, la société bénéficiaire de l'apport pensait échapper à la responsabilité décennale du constructeur pesant sur la société apporteuse.

La transposition de la directive Mobilité transfrontalière en droit comparé

Pierre-Henri Conac

Professeur à l'Université du Luxembourg,
Max Planck Fellow, Kommissarische Leiter,
Max Planck Institute Luxembourg

1. La directive (UE) 2019/2121 du 27 novembre 2019 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières constitue une avancée considérable pour promouvoir la mobilité transfrontalière des sociétés au sein de l'Union européenne¹. En effet, il a fallu attendre plus de vingt ans pour que la Commission européenne ait le courage d'ouvrir ce dossier et le mène à bien avec succès².

Le rapport du groupe de réflexion sur l'avenir du droit européen des sociétés de 2011 avait relancé ce processus, bloqué depuis un avant-projet de 1997, en demandant à la Commission européenne d'introduire, pour faciliter la

liberté d'établissement prévue par les articles 49 et 54 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) une proposition de directive sur le transfert international du siège social, une mise à jour technique de la directive sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux et enfin une extension de ce régime aux scissions internationales³.

Bien que demandé par la pratique et la doctrine, et paradoxalement en apparence seulement par des syndicats avant et davantage encore après l'arrêt *Polbud*, la direc-

(2) P.-H Conac, Le retour du courage politique à Bruxelles : l'Odyssée du « Paquet droit des sociétés » de 2018, Rev. sociétés 2019. 7.

(3) Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law, 5 April 2011 disponible sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1851654 ; B. Lecourt, Quel avenir pour le droit européen des sociétés ? (à propos du « Rapport du groupe de réflexion sur le futur du droit européen des sociétés »), Rev. sociétés 2011. 649.

(1) Plus de vingt ans après la première proposition, la directive sur la mobilité des sociétés est enfin adoptée ! Ainsi, la directive n° 2019/2121 du 27 novembre 2019 modifie la directive n° 2017/1132 du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés.

tive 2019/2121 (ci-après « directive mobilité transfrontalière ») n'a pas toujours été accueillie avec enthousiasme. Certains ont fait remarquer que la directive sur les fusions transfrontalières de 2005 permettait déjà de déplacer le siège social d'un État membre à l'autre⁴. C'est exact mais cela était coûteux et peu adapté aux petites et moyennes entreprises et pouvait conduire à des montages artificiels. Il a été aussi reproché à la proposition de directive d'être trop contraignante et de rendre plus difficile les transferts de siège que la directive sur les fusions transfrontalières. C'est encore exact mais l'époque avait changé et n'était plus au libéralisme qui régnait au moment de l'adoption de la directive sur les fusions transfrontalières. La proposition de directive devait donc tenir compte de cette nouvelle réalité politique très réservée sur la mobilité transfrontalière. En réalité, il est exceptionnel que la directive, grâce au courage de Věra Jourová qu'il convient encore de saluer, ait pu même être introduite et adoptée. Ce ne serait sans doute plus le cas aujourd'hui, quatre années à peine après son adoption.

2. Afin de surmonter des obstacles prévisibles, la Commission et le groupe d'expert qui l'a aidée, l'*Informal Company Law Expert Group* (ICLEG), se devaient de donner des garanties fortes à trois parties prenantes⁵. Tout d'abord, il convenait de rassurer certains États Membres, par exemple la France, sur les risques de fuite de leurs sociétés vers l'étranger⁶. C'est l'objet des dispositions relatives à l'abus. Ensuite, il convenait d'assurer une protection de haut niveau aux actionnaires des sociétés impactées étant donné les risques associés à un changement de juridiction. Ceci explique le luxe de détails sur ce point et l'introduction d'un droit de retrait, lorsque l'actionnaire a voté en faveur de celle-ci. Il a été critiqué pour son coût potentiel élevé. C'est rendre hommage à l'intention des rédacteurs d'en faire un instrument prophylactique afin de sanctionner et donc limiter ex-ante les opérations abusives.

Les créanciers sont aussi protégés, sur le modèle *ex ante* du droit français qui avait prouvé sa souplesse, car le paiement des créances peut être menacé. Pour renforcer cette protection, la question du droit applicable et de la juridiction compétente a été tranchée avec une garantie d'une durée de deux ans dans la directive, même si elle ne fait que confirmer les solutions du droit international privé, car le recouvrement de la créance est plus complexe et coûteux dans une autre juridiction, au droit procédural, potentiellement à la langue différente et à la localisation éloignée. De plus, les créanciers situés dans des pays disposant d'une protection forte du capital social (Allemagne, Autriche) peuvent voir cette garantie affaiblie dans d'autres États membres. Enfin, il convenait d'assurer la protection des salariés pour les États membres qui connaissent la codétermination, comme l'Allemagne, l'Autriche ou les Pays-Bas. Ces mesures étaient la condition du succès au Conseil et au Parlement européen. Ce régime de la protection des

travailleurs ne sera pas abordé dans cette étude car il ne concerne pas tous les États membres.

3. La proposition de directive contient des dispositions restrictives mais c'était le prix à payer pour obtenir l'accord des co-législateurs. Le texte aurait d'ailleurs pu être bien plus restrictif car il fallait attendre que la Cour de justice de l'UE rende son arrêt dans l'affaire *Polbud* de 2017 dont l'enjeu était de savoir si la liberté d'établissement n'impliquait pas l'existence d'un lien réel avec l'État membre de destination. Heureusement, elle a confirmé sa jurisprudence libérale⁷. L'arrêt *Polbud* a d'ailleurs constitué un puissant stimulant pour l'avancée des travaux préparatoires, à la fois parce que la CJUE indiquait la direction libérale à suivre et que les syndicats de travailleurs souhaitaient d'autant plus qu'une directive encadre cette liberté confirmée qui n'avait sinon aucun régime protecteur. De ce fait, la proposition de directive contenait des mesures restrictives sur l'abus interdisant les « montages artificiels » (terme issu de la jurisprudence de la CJUE en matière fiscale), tellement d'ailleurs que le Conseil les a assouplies et simplifiées, notamment sur la question de l'abus, ce qui a constitué une avancée positive. Par un excès de prudence et avec une remarquable habileté, la Commission s'était montrée plus royaliste que le roi invitant le Conseil à un retour à la raison. Ce dernier n'est pas surprenant car, contrairement à la France, de nombreux États membres sont libéraux. Malheureusement, le Brexit a privé ces derniers d'une voix qui aurait pu faire évoluer le texte de la Commission dans le sens plus libéral encore souhaité par l'ICLEG.

4. Malgré ces obstacles, qui sont parfois plus apparents que réels, et ces lourdeurs qui sont inévitables, la directive constitue un succès considérable pour la Commission, les États membres libéraux et surtout pour la compétitivité de l'économie européenne.

La directive tranche le nœud gordien de l'opposition entre États membres peu libéraux et États membres libéraux. Pour les premiers, parmi lesquels l'Autriche ou la France, l'ouverture est spectaculaire. La directive 2019/2121 rend enfin aux sociétés françaises leur liberté de circuler librement au sein de l'Union européenne sans recourir à l'artifice complexe et coûteux des fusions transfrontalières. Certes, en ce qui concerne les États membres libéraux, comme les pays du Benelux, le Danemark mais aussi l'Italie ou l'Espagne, la directive rend toutes les opérations transfrontalières intra-UE plus complexes. Ainsi les régimes déjà existants dans ces États, ou résultant de leur jurisprudence, se trouvent considérablement alourdis. Néanmoins, cet inconvénient est plus que largement compensé par l'introduction d'un régime européen uniforme qui permet d'assurer une plus grande sécurité juridique de ces opérations, au lieu d'une mosaïque de régimes nationaux à combiner au cas par cas. Surtout, la directive ouvre la liberté de circulation à chaque société d'un État membre vers les 26 autres États membres et non pas seulement à ceux qui avaient une approche libérale.

(4) Dir. 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 oct. 2005 sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, JOUE L 310/1, 25 nov. 2005.

(5) L'auteur a été membre de l'ICLEG.

(6) B. Lecourt, Faut-il craindre une fuite des sociétés françaises vers l'étranger ?, Rev. Soc. 2023. 721.

(7) CJUE 25 oct. 2017, aff. C-106/16, *Polbud*, Rev. sociétés 2018. 47, note G. Parleani ; D. 2017. 2512, note L. d'Avout ; *ibid.* 2018. 1934, obs. L. d'Avout et S. Bolleé ; Rev. crit. DIP 2019. 511, note J. Heymann ; BJS 2018. 19, note T. Mastrullo ; JCP E 2018. 1014, note M. Menjucq ; I.M. Barsan, Que reste-t-il du critère du siège réel après l'arrêt *Polbud* ?, Europe, mars 2018, p. 6.

5. La directive ouvre donc la totalité du marché intérieur. Il s'agit d'une avancée considérable et historique surtout dans les États membres non libéraux. Ainsi elle a été décrite par un auteur en Allemagne comme « un grand progrès »⁸ et en Autriche comme une « impulsion pour la croissance »⁹. Quant aux États libéraux, inquiets de l'abus, ils transposeront et appliqueront ce contrôle avec discernement si bien que la situation restera chez eux la même. De plus, la directive laisse une très grande marge de manœuvre aux États membres pour déterminer les procédures et les délais applicables. Enfin, la notion d'abus et de fraude doivent être interprétées très restrictivement dans le respect du principe de liberté d'établissement prévue par les articles 49 et 54 du TFUE et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. La liste donnée au Considérant 36, d'ailleurs sans aucune valeur juridique, doit être ignorée lorsqu'elle entre en contradiction avec ces principes¹⁰. Ce qui explique d'ailleurs son emplacement.

6. Les avantages de la directive ne s'arrêtent pas à cette ouverture. D'une part, elle introduit les scissions transfrontalières limitées néanmoins, pour des raisons techniques, aux scissions par création d'une société nouvelle. La proposition de réglementer les scissions transfrontalières avait été faite dès 2011 par le groupe de réflexion sur l'avenir du droit européen des sociétés. Cette idée avait été reprise par la Commission. Ainsi, tous les États membres pourront faire bénéficier leurs sociétés d'une nouvelle liberté qu'ils peuvent étendre à d'autres types de scission. En effet, les États membres peuvent légitimer dans les domaines non couverts par la directive sans même recourir à l'argument de l'harmonisation minimale. Plusieurs d'ailleurs l'ont fait, comme la France ou l'Italie. C'était le but de la Commission de montrer le chemin.

D'autre part, la directive règle de nombreux problèmes techniques, juridiques ou comptables qui étaient apparus à l'expérience de l'application de la directive sur les fusions transfrontalières. Par exemple, l'absence d'harmonisation de la date de prise d'effet comptable de l'opération et l'absence d'harmonisation des règles d'évaluation posaient des problèmes très concrets. De même, les rédacteurs du texte étaient instruits des problèmes créés par les registres du commerce et des sociétés nationaux, notamment des problèmes de communication entre registres entraînant des retards et des coûts pour les sociétés concernées. De ce fait, la directive s'assure qu'ils ne pourront pas retarder ces opérations en détaillant, même à l'excès, les procédures à appliquer.

7. Dans ce cadre, la directive condamne fermement et met fin au phénomène pathologique de sociétés se prévalant d'une double nationalité à la suite d'un transfert du seul siège social au sein de l'UE ou de l'EEE. C'était le

cas par exemple en Italie où les bureaux du registre du commerce et des sociétés, arguant de l'absence de réglementation précise, autorisaient une société de droit italien à transférer son siège social à l'étranger tout en restant soumise au droit italien et conservant son inscription au registre du commerce et des sociétés de son dernier siège social en Italie. Cette solution prendra fin pour l'avenir, le législateur italien ayant pris soin de préserver les sociétés se trouvant dans cette situation avant l'entrée en vigueur de la transposition de la directive. Néanmoins, la directive ne met pas totalement fin à la possibilité d'avoir des sociétés ayant une double nationalité au sein de l'UE¹¹. En effet, la transformation transfrontalière ne s'applique qu'aux transferts de sièges statutaires. De ce fait, les États membres conservent leur autonomie en cas de transfert à l'étranger du seul siège réel. Une double nationalité pourrait donc continuer à exister en cas de transfert d'un siège réel, mais non du siège statutaire, d'un État de siège statutaire (ex. : Pays-Bas, Allemagne) vers un État de siège réel (ex. : Luxembourg, Italie). Ces opérations s'expliquent surtout par le souhait de bénéficier de traités contre la double imposition existant dans les deux juridictions. L'État du Delaware aux États-Unis connaît aussi la possibilité d'une double nationalité au titre, depuis 2005, d'un transfert d'une société de droit étranger vers le Delaware ou, depuis 1997, d'un transfert d'une société du Delaware vers une juridiction étrangère¹².

8. Enfin, en ce qui concerne la protection des créanciers, le régime de la directive fusion transfrontalière avait donné lieu à des interprétations divergentes au sein des États membres en raison d'une rédaction maladroite de l'article 4(2) qui visait l'application subsidiaire du droit national « compte tenu de la nature transfrontalière de l'opération, la protection des créanciers des sociétés qui fusionnent ». Certains États membres, comme l'Allemagne et l'Autriche, avaient adopté des mesures de protection renforcées par rapport aux fusions nationales en cas de fusion-émigration. La cour de justice avait semblé leur donner tort dans un arrêt KA Finanz AG de 2016.¹³ La nouvelle directive tranche ce débat en faveur d'une harmonisation minimale en ce domaine.

9. Cette opposition entre États libéraux et non libéraux se retrouve dans les choix opérés lors de la transposition. Celle-ci, prévue au 31 janvier 2023, a été tardive dans de nombreux États Membres.¹⁴ Depuis, la transposition a été effectuée en Allemagne, pour les aspects de droit des sociétés, par une loi du 22 février 2023 (*Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie ou Um-RUG*)¹⁵, en Italie par un décret-loi du 2 mars 2023¹⁶, en Espagne par un décret-loi omnibus du 28 juin 2023 (*Real Decreto-ley (...)* de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia

(8) V. Wolfgang Schön, *Missbrauchskontrolle I Europäischen Umwandlungsrecht*, Festschrift Für Gerd Krieger Zum 70. Geburtstag, Herausgegeben Von Prof. Dr. Michael Hoffmann-Becking Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Peter Hommelhoff, Beck Verlag, 2020, p. 880-909.

(9) V. Chris Thomale, *Die EU-Mobilitätsrichtlinie – ein Wachstumsimpuls für das österreichische Umgründungsrecht (Teil II)*, RdW 2020, 338.

(10) V. Wolfgang Schön, *Missbrauchskontrolle I Europäischen Umwandlungsrecht*, Festschrift Für Gerd Krieger Zum 70. Geburtstag, Herausgegeben Von Prof. Dr. Michael Hoffmann-Becking Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Peter Hommelhoff, Beck Verlag, 2020, p. 880-909.

(11) Dir. (UE) 2017/1132 du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, art. 86 ter.

(12) Del. General Corp. Law. Section 390 Transfer, Domestication or Continuance of Domestic Corporations.

(13) CJUE 7 avr. 2016, aff. C-483/14, KA Finanz AG c. Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group, EU:C:2016:205, pts. 60-62.

(14) Au 27 mars 2023, date limite de transposition, la Commission notait que 20 États membres étaient en retard : Belgique, Bulgarie, Danemark, Irlande, Grèce, Espagne, France, Croatie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Pays-Bas, Autriche, Pologne, Portugal, Roumanie, Slovénie, Slovaquie, République Tchèque, Chypre.