

ÉDITO

3

Union bancaire, ou l'art  
de se payer de mots

**Catherine Prieto**

# RTDEur.

Revue trimestrielle de droit européen

ARTICLES

7

Libre circulation des sociétés en Europe :  
concurrence ou convergence des modèles juridiques

**Gustavo Vieira da Costa Cerqueira**

39

Émergence d'une stratégie européenne  
en matière de formation judiciaire

**Guillaume Payan**

73

La responsabilité élargie du  
producteur et la concurrence

**Patrick Thieffry**

COMMENTAIRE

133

Quand la CJUE déforme le droit pour servir la réalité.  
CJUE, 14 septembre 2013, *Demirkan*, n° C-221/11

**Vassilis Hatzopoulos**

ref: 571401



**DAJLOZ**

*La promotion de la mobilité des sociétés au sein de l'Union européenne a un impact considérable sur la façon dont le droit des sociétés des États membres évolue. Parmi les nombreuses questions qui surgissent autour de cette évolution se trouve celle de savoir si la mobilité des sociétés conduit à une concurrence ou plutôt à une convergence des modèles juridiques nationaux. Y répondre n'est pas tâche aisée, a fortiori lorsque l'Europe des sociétés connaît une dualité d'approche réglementaire : alors qu'elle s'est fixée, dès le départ, l'ambition de générer une convergence de modèles, elle accepte, et parfois même stimule, la concurrence entre ces derniers. La question peut néanmoins être appréhendée par la combinaison de deux approches. La première, diachronique, permet de construire le cadre de l'évolution des modèles juridiques nationaux selon l'ordre dans lequel les différentes méthodologies réglementaires du législateur européen ont été prédominantes. La seconde, synchronique, permet d'évaluer à l'intérieur de ce cadre évolutif diachronique l'influx d'une méthode réglementaire sur l'autre. Si, pour le plus grand bonheur des comparatistes, le jeu de la concurrence sur la convergence et celui de la convergence sur la concurrence des modèles en droit des sociétés ne vont avoir de cesse de proposer de nouvelles tendances et de nouveaux dispositifs, on ne peut néanmoins affirmer qu'ils permettront de construire une véritable identité européenne du droit des sociétés.*

## Libre circulation des sociétés en Europe : concurrence ou convergence des modèles juridiques ?<sup>1</sup>

**Gustavo Vieira da Costa Cerqueira**

Chercheur au Laboratoire de droit des affaires de l'université de Strasbourg (UMR 7354-DRES)  
 Chef de Projet IdEx RSE-O (université de Strasbourg – CNRS)  
 Advogado

La libre circulation des sociétés en Europe est une modalité d'exercice de la liberté d'établissement garantie par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE »). La cir-

culacion des sociétés s'entend d'un déplacement géographique dans une perspective de continuité de la vie sociale ; ce déplacement peut concerner soit le siège de la société, soit certains de

(1) Communication présentée dans le cadre du 4<sup>e</sup> Colloque de la fédération de recherche *L'Europe en mutation* FR3241 - université de Strasbourg/CNRS, intitulé : « Identité européenne et circulation des personnes des savoirs et de modèles », réalisé à Strasbourg du 18 au 19 oct. 2012 sous la direction de Frédérique Berrod et de Jean-Christophe Romer. Le texte a été enrichi de références doctrinales et jurisprudentielles. Il est dédié au Pr. Michel Storck.

ses établissements secondaires dotés ou non de la personnalité morale <sup>2</sup>. La liberté de circulation des sociétés est cependant souvent confrontée aux modèles juridiques nationaux, qui ne sont pas toujours compatibles avec le droit européen d'établissement. Néanmoins, d'après une jurisprudence constante de la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après « CJUE ») interprétant les actuels articles 49 et 54 TFUE <sup>3</sup>, les sociétés régulièrement constituées dans l'État membre de leur choix peuvent exercer leur activité sociale dans l'autre État membre où se situe leur administration centrale, sans que ce dernier ne

puisse se prévaloir du siège réel pour refuser l'immatriculation de leurs succursales, contester leur capacité juridique ou leur appliquer, même partiellement, ses propres règles de droit des sociétés au titre des lois de police <sup>4</sup>.

La Cour de Luxembourg fait ainsi de l'Europe un espace de libre circulation pour les sociétés de droit national, amplement renforcé par l'avènement de la société anonyme européenne (ci-après « SE ») <sup>5</sup> en 2001 et, avec un succès bien moindre, de la société coopérative européenne (ci-après « SCE ») <sup>6</sup> en 2003 <sup>7</sup>. Il ne faut pas pour autant oublier l'apport antérieur du

- (2) Selon la définition empruntée à M. Menjuçq, La mobilité des entreprises, Rev. sociétés 2001. 210-223. Sur la mobilité des sociétés dans l'espace européen, v. en général, M. Menjuçq, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 3<sup>e</sup> éd., n° 126 s. ; T. Mastrullo, *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, PUAM, 2009 ; Ch. Gavaldà et G. Parléani, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 6<sup>e</sup> éd., 2010, n° 283 s.
- (3) V. CJCE, 10 juill. 1986, *D.H.M. Segers*, 79/85, Rec. 1986, p. 2375 ; CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, C-212/97, concl. A. La Pergola ; Bull. Joly 1999. 705, note J.-P. Dom ; D. 1999. 550, note M. Menjuçq ; JCP E 1999.1285, obs. Y. Reinhard ; JDI 2000. 484, obs. M. Luby ; Rev. sociétés 1999. 386, obs. G. Parléani ; RTD com. 2000. 224, obs. G. Jazottes, prolongé par les arrêts : CJCE, 5 nov. 2002, *Überseering*, C-208/00, JCP E 2003.448, note M. Menjuçq ; Rev. sociétés 2003. 315, note J.-P. Dom ; Bull. Joly 2003. 452, note M. Luby ; Europe 2003, comm. n° 19, par L. Idot ; P. Lagarde, Rev. crit. DIP 2003. 508 ; Gaz. Pal. 25 et 26 juin 2003.27, obs. M.-L. Niboyet ; CJCE, 30 sept. 2003, *Inspire Art*, C-167/01, D. 2004. 491, note E. Pataut ; JCP 2004.II.10002, note M. Luby ; JCP E 2004.251, note V. Magnier ; JDI 2004. 591, obs. M. Luby ; Rev. crit. DIP 2004. 151, note H. Muir Watt ; Rev. sociétés 2004. 135, note J.-P. Dom ; CJCE, 13 déc. 2005, *Sevic*, C-411/03, Rec. I-10805 ; R. Dammann, Le principe de la liberté d'établissement consacré par les art. 43 et 48 CE s'applique aux fusions transfrontalières intra-communautaires, JCP 2006, n° 19, II.10077.970-974 ; M. Luby, Liberté d'établissement des sociétés et fusion transfrontalière, D., 2006, n° 6, p. 451-456 ; RTD eur. 2006. 717-728, note T. Ballarino ; CJUE, 12 juill. 2012, *VALE Építési kft*, C-378/10, Rev. sociétés 2012. 645, note G. Parléani ; Rev. crit. DIP 2013. 236, note J. Heymann, RLDA sept. 2012, p. 15, note D. Mpindi (en matière de transformation). V. aussi l'arrêt, CJCE, 11 mars 2004, *Lasteyrie du Saillant*, C-9/02, Rec. I-2409.
- (4) V. J. Bauerreis, Transfert international de siège social au regard du droit communautaire, LPA, n° 164, 17 août 2006, p. 3-7. Pour une vision très critique de cette jurisprudence à l'égard des exigences de l'État de droit, et notamment des principes de sécurité juridique, d'égalité et d'équité dans l'interprétation du droit européen d'établissement, v. H. J. Sonnenberg, État de droit, construction européenne et droit des sociétés, Rev. crit. DIP 2013. 101.
- (5) Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil, du 8 oct. 2001, relatif au statut de la société européenne (SE) - JO L 294 du 10 nov. 2001, p. 1-21.
- (6) Règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil, du 22 juill. 2003, relatif au statut de la société coopérative européenne (SCE) - JO L 207 du 18 août 2003, p. 1-24. Seules 21 SCE ont été créées en Europe jusqu'en janv. 2012, ce qui est un nombre assez faible. À ce propos, B. Lecourt, Rapport sur l'application du règlement n° 1435/2003 du 22 juill. 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne : échec du statut I, Rev. sociétés 2012. 325.
- (7) D'autres structures juridiques européennes pourront enrichir cet arsenal dans l'avenir. En 2008, la Commission européenne a adopté une proposition de règlement relatif au statut de société privée européenne (SPE) - (COM (2008) 396 2008/xxxx (CNS), remaniée depuis par la présidence du Conseil de l'Union européenne, dont la dernière version date du 23 mai 2011 (Dossier interinstitutionnel : 2008/0130 (CNS). Bruxelles, 23 mai 2011. Doc 10611/11, DRS 84/SOC 432). Si le retrait de cette proposition a été annoncé de manière lapidaire par la Commission le 2 oct. 2013 (Annexe à la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions - Programme pour une réglementation affûtée et performante (REFIT) : résultats et prochaines étapes, COM (2013), 685 final, 2 oct. 2013, p. 10 ; sur ce retrait, v. B. Lecourt, La société privée européenne a-t-elle encore un avenir ? (à propos du retrait de la proposition de règlement), Rev. sociétés 2014. 133), le projet d'un statut pour une SPE ne semble pas pour autant abandonné : à cette même occasion, la Commission a prévenu qu'elle envisage de présenter à nouveau une proposition « dans ce domaine » (Annexe à la COM (2013), 685 final, préc., p. 10, note 40). En 2012, la Commission a également adopté une proposition de fondation européenne (*Fundatio Europaea* - Proposition de règlement du Conseil relatif au statut de la fondation européenne (FE), Com (2012), 35 final, 8 févr. 2012 ; v. B. Lecourt, Vers un statut européen pour les fondations, Rev. sociétés 2012. 326-328 ; F. Perrotin, Vers la fondation européenne, LPA, n° 224, p. 3-5), relançant une idée envisagée dans le plan d'action du printemps 2003 (V. Consultation lancée suite à l'étude de faisabilité sur la fondation européenne réalisée en 2008 par l'université de Heidelberg et au *Max Planck Institut d'Hambourg*, disponible à l'adresse : [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/eufoundation/feasibilitystudy\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/eufoundation/feasibilitystudy_en.pdf) ; v. B. Lecourt, Fondation européenne : consultation sur un éventuel statut (16 févr. 2009, IP/09/270), Rev. sociétés 2009. 204).

groupement européen d'intérêt économique de 1985 (ci-après « GEIE ») <sup>8</sup> et celui ultérieur de la directive 2005/56 sur les fusions transfrontières des sociétés de capitaux <sup>9</sup>.

Cette promotion de la mobilité des sociétés au sein de l'Union européenne (ci-après « UE ») par les autorités supranationales a un impact considérable sur la façon dont le droit des sociétés des États membres évolue. Parmi les nombreuses questions qui surgissent autour de cette évolution, se trouve celle de savoir si la mobilité des sociétés conduit à une concurrence ou plutôt à une convergence des modèles juridiques nationaux.

Y répondre n'est pas tâche aisée, *a fortiori* compte tenu du nombre important d'ordres juridiques nationaux à comparer. Dès lors, le point de départ pourrait être la « communauté d'objectifs » qui encourage les États à agir conformément aux signaux émis par les institutions européennes.

Toutefois, en matière de sociétés, les signaux s'avèrent parfois difficiles à interpréter. La dernière consultation sur l'avenir du droit européen des sociétés lancée par la Commission le 20 février 2012 <sup>10</sup> est à cet égard éloquente : la question n° 6 du questionnaire à choix multiples se posait, par exemple, en ces termes : « la priorité de l'UE devrait-elle être d'améliorer l'actuel cadre juridique harmonisé, ou d'étendre l'harmonisation à de nouveaux domaines ? » <sup>11</sup>.

En vérité, l'Europe des sociétés, composée de modèles juridiques distincts <sup>12</sup>, connaît une dualité d'approche réglementaire : alors qu'elle s'est fixée, dès le départ, l'ambition de générer une convergence des modèles, elle accepte, et parfois même stimule, la concurrence entre ces derniers. Cette dualité d'approche n'est pas spécifique au droit des sociétés dans la mesure où elle se manifeste dans tous les domaines de la libre circulation <sup>13</sup>. En droit des sociétés, cette dualité

- (8) Règlement 2137/85 du Conseil, du 25 juill. 1985, relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique, JO L 199 du 31 juill. 1985, p. 1-9.
- (9) Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 oct. 2005, sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux (JO L 310 du 25 nov. 2005, p. 1-9).
- (10) Disponible à l'adresse : [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2012/companylaw/questionnaire\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2012/companylaw/questionnaire_fr.pdf) Sur cette consultation : B. Lecourt, *Avenir du droit européen des sociétés : la Commission européenne lance une vaste consultation publique*, *Rev. sociétés* 2012. 323.
- (11) 40 % des réponses sont en faveur d'une combinaison de l'amélioration du cadre juridique harmonisé existant avec l'exploration de nouveaux domaines d'harmonisation (V. *Feedback Statement – Summary of responses to the public consultation on the future of European Company Law, July 2012* [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2012/companylaw/feedback\\_statement\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2012/companylaw/feedback_statement_en.pdf), consulté le 2 janv. 2014). Dans le domaine des sociétés, les initiatives proposées par la Commission dans le plan d'action issu de cette consultation visent notamment à assurer aux sociétés une plus grande sécurité juridique, en particulier pour les opérations transfrontières. Le choix de l'amélioration du cadre juridique harmonisé existant semble ainsi privilégié par rapport à l'exploration de nouveaux domaines d'harmonisation en la matière. La décision de la Commission de poursuivre les consultations sur une éventuelle harmonisation des règles européennes sur le transfert du siège statutaire au sein de l'UE alors que les réponses à la consultation de 2012 ont révélé un intérêt considérable pour la mise en place de règles européennes en la matière est révélatrice de cette hésitation à explorer de nouveaux domaines d'harmonisation, notamment quand ils touchent aux sensibilités étatiques (V. *Plan d'action : droit européen des sociétés et gouvernance d'entreprise – un cadre juridique moderne pour une plus grande implication des actionnaires et une meilleure viabilité des entreprises – Com(2012)740 final*, 12 déc. 2012, disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0740:FIN:FR:PDF>). À ce propos, v. le dossier *Réflexions collectives sur le nouveau plan d'action en droit européen des sociétés – COM(2012) 740/2*, déc. 2012, *Rev. sociétés* 2013. 391 s.
- (12) En matière sociétaria, les droits de pays européens s'organisent autour de deux grands modèles de sociétés souvent opposés : le modèle institutionnel allemand et le modèle contractuel anglo-américain, le droit français se situant dans l'orbite du premier (v. V. Magnier, *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, LGDJ, 1999, n° 363 s. ; J.-J. Daigre, *Du Fruit d'une expérience d'enseignement à Louvain : existe-t-il un droit commun des sociétés en Europe ?*, in *Liber Amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 271-283, spéc. p. 272-277).
- (13) En effet, cette dualité est classiquement datée de l'arrêt dit « Cassis de Dijon » (CJCE, 20 févr. 1979, *Rewe-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Rec. 649), qui a été une des premières consécration du principe de reconnaissance mutuelle qui, combiné au principe de subsidiarité, recoupe la notion de concurrence entre ordres juridiques. Dans le domaine de la circulation des marchandises, la reconnaissance mutuelle a ainsi historiquement permis une réorientation sensible de la politique d'harmonisation du législateur européen, qui a abandonné tout un pan de l'activité économique au jeu de la concurrence réglementaire et s'est focalisée sur des questions jugées plus stratégiques.

peut être appréhendée d'après la manière dont les mouvements de convergence et de concurrence des modèles se manifestent dans le temps. À cet égard deux lectures sont envisageables : l'une diachronique, l'autre synchronique.

Une approche diachronique démontre que l'Europe des sociétés serait celle qui avait, dans un premier moment, recherché, par différents moyens<sup>14</sup>, une convergence des modèles. Le défi consistait alors à réduire les écarts entre les réglementations nationales afin de créer les conditions minimales ou optimales d'une concurrence homogène entre les opérateurs économiques. Pour y parvenir, l'harmonisation législative représentait l'un des outils privilégiés par les autorités européennes<sup>15</sup>. En cours de route, un mouvement à contresens semble néanmoins s'être imposé. En effet, depuis la fin des années 1980, une concurrence de modèles juridiques semble stimulée par

le jeu d'une concurrence législative. Complétant ce processus, une convergence « par contagion »<sup>16</sup>, résultante d'un environnement concurrentiel des modèles, devrait s'annoncer comme le point d'arrivée de la politique européenne en la matière. Cette dernière étape de convergence sous la pression concurrentielle serait néanmoins elle-même limitée dans sa portée.

À suivre cette approche diachronique, concurrence et convergence des modèles se présentent comme des phénomènes<sup>17</sup> qui tendraient à s'exclure, comme s'ils ne pouvaient exister que de manière « isolée » – l'un prévalant sur l'autre dans une période donnée de l'évolution du droit européen des sociétés. Le recours à la conjonction « ou » dans l'intitulé de cet exposé marquerait ainsi une opposition empêchant de concevoir leur manifestation simultanée tout au long de ce processus.

(14) V. *infra*, n° 1.

(15) J.-S. Bergé, Le droit d'une « communauté de lois » : le front européen, *Mélanges Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 113-136, p. 114-115. J.-J. Daigre, Du Fruit d'une expérience d'enseignement à Louvain : existe-t-il un droit commun des sociétés en Europe ?, *préc.*, 277-278.

(16) Expression empruntée à Cl. J. Berr, L'influence de la construction européenne sur l'évolution du droit privé français, *Mélanges Pierre-Henri Teitgen*, Pedone, 1964, p. 1-21.

(17) Les termes « phénomènes » et « contexte » sont délibérément utilisés, car comme l'a démontré O. Pfersmann, l'expression « concurrence des systèmes juridiques », en ce qu'elle vise l'extension des possibilités de choix de règles et leurs développements, le problème de l'évolution souhaitable de ces choix et celui de leur rationalité économique, n'est pas un concept juridique, mais un phénomène qui relève de la politique (V. O. Pfersmann, Propos introductifs – Existe-t-il véritablement une concurrence des systèmes juridiques ?, in J. du Bois Gaudusson et F. Ferrand (dir.), *La concurrence des systèmes juridiques*, PUAM, 2008, p. 23-33). Pour W. Schön (Play different games ? Regulatory competition in tax and company law compared, 42 CML Rev. (2005), p. 331-365, p. 333), il s'agit d'une *réalité* : « [i]nstitutional competition is neither an invention of economic literature nor originally a legal concept, which may be accept or not. Institutional competition is an old-fashioned reality, the existence of which cannot be ignored ». Pour E. Cashin-Ritaine, l'expression se réfère plutôt à une concurrence de langues et entre les méthodes qu'à une concurrence entre des systèmes juridiques, *La concurrence des systèmes juridiques*, *op. cit.*, Débats, p. 82-83. Pour A. Raynouard, la concurrence normative serait un « non-phénomène » (A. Raynouard, La concurrence normative, facteur d'échanges entre les droits ? La concurrence normative dans l'Union européenne, in S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire – une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruxelles : Bruylant, 2008, p. 87-105, p. 88-89.

(18) Ce sont les propos tenus par E. Cashin-Ritaine, qui prend l'exemple de l'ancienne initiative de la Commission de mettre un place un code civil européen, in *La concurrence des systèmes juridiques*, Débats, *préc.*, p. 82-83. Partage également l'idée selon laquelle, dans l'UE, une concurrence existerait pour l'élaboration des instruments normatifs européens : A. Raynouard, La concurrence normative, facteur d'échanges entre les droits ? La concurrence normative dans l'Union européenne, *préc.*, p. 101-103. Pour cet auteur, cette concurrence est toutefois plus une question de rencontre que de rivalité, qui s'explique par un aspect plus sociologique que de technique juridique ou économique (il tient à la formation, à l'origine des fonctionnaires européens, à celui qui élabore un projet de réglementation, etc.). À propos de la circulation des normes au stade de l'élaboration des textes européens, tout autant qu'au stade de leur application, v. S. Poillot-Peruzzetto, Vers une culture juridique européenne, le Pont de l'Europe, in *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire – une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, *op. cit.*, p. 173-196. V. également, parmi une vaste littérature sur ce sujet, S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *Vers une culture juridique européenne ?*, Montchrestien, 1998 ; L. Idot, Droit communautaire et droit comparé : brèves observations sur un rencontre indispensable, *Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, SLC 2005. 281 s.

En revanche, dans une approche synchrone, concurrence et convergence des modèles ne seraient pas des phénomènes consécutifs, mais simultanés. Dans cette perspective, le rapport entre ces phénomènes peut toutefois être différemment apprécié puisque d'aucuns affirmeront, par exemple, qu'harmonisation et compétition des modèles (des ordres juridiques) seraient « la même chose », tandis que d'autres soutiendront qu'harmonisation et concurrence des modèles n'ont jamais été conçues par les institutions européennes comme des procédés « opposés ». Autrement dit, pour les uns, l'harmonisation induit nécessairement l'ascendance d'un modèle sur un autre<sup>18</sup>, alors que pour les autres, l'harmonisation et la concurrence sont des procédés complémentaires permettant d'œuvrer au même objectif que représente l'avènement du marché intérieur. Cette dernière hypothèse se fonde sur l'idée que, les deux procédés ayant leurs propres limites, il est nécessaire de les combiner, tout au moins pour la liberté d'établissement des sociétés<sup>19</sup>. En outre, il convient de noter que la concurrence peut avoir lieu même dans les matières harmonisées, puisqu'elle s'exercera au niveau du degré de facilité accordé à l'activité des sociétés résultant du fonctionnement des

directives à l'intérieur de chaque ordre juridique<sup>20</sup>. Enfin, dans un contexte d'intrication des deux phénomènes, la concurrence des modèles peut donner lieu à une certaine harmonisation « par contagion » des législations nationales grâce à la circulation de modèles que la concurrence normative génère<sup>21</sup>.

Dans l'espace de libre circulation pour les sociétés que constitue l'Europe, la question de l'évolution des modèles juridiques nationaux peut, nous semble-t-il, être appréhendée par la combinaison de ces deux approches. La première, diachronique, permet de construire le cadre de cette évolution selon l'ordre dans lequel les différentes méthodologies réglementaires du législateur européen ont été prédominantes. La seconde, synchrone, permet d'évaluer à l'intérieur de ce cadre évolutif diachronique l'influx d'une méthode réglementaire sur l'autre. Ainsi, il sera constaté, tout d'abord, que la politique législative de l'UE visant à la convergence des modèles a montré ses limites là où, sous couvert d'harmonisation et de convergence, il s'agissait en de la mise en place d'une véritable domination d'un système juridique sur un autre (II). La mise en concurrence des ordres juridiques résultant d'une nouvelle posture des auto-

(19) Pour une lecture approfondie sur cette question : C. Barnard et S. Deakin, *Market access and regulatory competition*, in C. Barnard et J. Scott (dir.), *The Law of the Single European Market*, Oxford, Hart, 2002, p. 218-224 ; J. Snell, *Goods and Services in EC Law – A Study of the Relationship between the Freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 44.

(20) Ceci est d'autant plus vrai qu'on accuse un manque d'harmonisation réelle dans les domaines couverts par les normes du droit dérivé en raison de la marge de manœuvre souvent laissée aux États membres pour la transposition de directives de coordination du droit des sociétés dans les droits nationaux (T. Delvaux, *La politique jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes*, in N. Thirion (dir.), *Droit international et européen des sociétés*, Bruxelles : Larcier, 2009, 261-295, n° 478). Si l'on prend l'exemple de la règle qui donne à chaque action une voix, l'on constatera que des dérogations à ce principe sont admises par les législations nationales, de manière à rendre possible la séparation entre propriété et contrôle de l'entreprise. Dans un cadre concurrentiel, le droit français semble, à cet égard, être mieux placé que le droit allemand (sous certaines réserves marginales, les actions à droit de vote plural sont interdites en Allemagne depuis 1937 - V. R. Dammann et U. Volk, *Le patriotisme économique, une réalité des deux côtés du Rhin ? Une comparaison des défenses anti-OPA en France et en Allemagne à la suite de la transposition de la directive n° 2004/25/CE du 21 avr. 2004*, D. 2006. 1674) ou que les droits belge, italien ou luxembourgeois (l'Irlande, la Grèce, l'Espagne ou encore l'Autriche interdisent aussi purement et simplement ce type d'actions ; v. l'étude de l'OCDE, *Absence de proportionnalité entre propriété et contrôle : vue d'ensemble et questions à débattre*, déc. 2007, disponible à l'adresse <http://www.oecd.org/fr/daf/affairesentreprises/principesdegouvernemententreprise/40038501.pdf>), puisqu'il admet les actions à droit de vote double dans l'art. L. 225-123 C. Com., V. M. Storck et T. de Ravel d'Esclapon, *Faut-il supprimer les actions à droit de vote double en droit français ?*, Bull. July 2009 n° 1, p. 92 sq ; M. Storck, *L'exercice du droit de vote dans les sociétés par actions en droit français*, in M.-A. Frison-Roche, M. Fromont, T. Morais da Costa, G. Vieira da Costa Cerqueira, B. Graeff et T. Vilarino (dir.), *Droit français et droit brésilien : perspectives nationales et comparées*, Bruxelles : Bruylant, 2012, p. 879- 906, p. 901 s.

(21) En ce sens, V. Cl. J. Berr, *L'influence de la construction européenne sur l'évolution du droit privé français*, préc., p. 9 s.

rités européennes démontre, ensuite, qu'une certaine convergence des modèles nationaux se profile grâce à la circulation des modèles juridiques que le phénomène de concurrence normative génère (II). Enfin, quelques limites à la convergence

de modèles dans un cadre concurrentiel des droits attestent d'une évidence : la convergence sous l'impulsion de la concurrence normative n'équivaudra jamais au stade « ultime » qu'est l'uniformisation complète d'un pan du droit (III).

## I - Les actions européennes favorisant la convergence de modèles : la concurrence en toile de fond

**Harmonisation** <sup>22</sup>. Dès lors que le traité de Rome posait le principe de la libre concurrence et affirmait le droit d'établissement, il était indispensable d'harmoniser les différents droits des sociétés des États membres afin que chacun d'entre eux offre des garanties équivalentes aux associés comme aux tiers qui sont appelés à contracter avec les sociétés. C'est toujours l'ambition affichée à l'article 50-2 g TFUE.

L'objectif était de faciliter le libre établissement des sociétés constituées conformément à la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'UE, afin de parvenir à un véritable espace économique décloisonné <sup>23</sup>, tout en s'assurant qu'il n'y aurait pas un « effet Delaware » dans l'espace européen <sup>24</sup>. Certes, l'affirmation d'un droit d'établissement – article 50 TFUE – n'est pas synonyme de rapprochement de droits. Mais, comme le note un auteur, l'obliga-

tion d'harmoniser inscrite à l'article 50-2 g TFUE participe à la mise en œuvre de ce droit afin de garantir, dans un but protecteur, des équivalences entre les ordres juridiques susceptibles d'entamer une concurrence entre eux que la mobilité de sociétés dans un espace de liberté peut provoquer <sup>25</sup>.

Il fallait alors sécuriser les opérations au sein de l'UE. Dans cette perspective, l'harmonisation du droit des sociétés menée depuis 1968 s'est effectuée « par alignement sur les législations nationales les plus exigeantes, les plus détaillées, les plus formalistes » <sup>26</sup>. Elle ne s'est donc pas effectuée *a minima* et s'est, en maints aspects, inspirée du droit allemand des sociétés, à la fois dans la forme et au fond <sup>27</sup>. Ce travail d'harmonisation s'est néanmoins concentré sur les règles régissant la société anonyme (ci-après « SA »), alors que celles relatives aux autres formes sociales ont été pratiquement délaissées par le législateur européen <sup>28</sup>.

(22) Sur l'harmonisation du droit des sociétés en Europe, v. en général, V. Magnier, *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, LGDJ, 1999.

(23) Ch. Gavalda et G. Parléani, *Droit des affaires de l'Union européenne, op. cit.*, n° 22.

(24) J. A. McCahery et E. P. M. Vermeulen, Does the European Company Prevent the "Delaware Effect" ?, *European Law Journal*, v. 11 n° 6, nov. 2005, p. 785-801, p. 791.

(25) V. Magnier, Les droits des sociétés dans l'Union européenne : entre concurrence et équivalence, in V. Magnier (dir.), *L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire*, PUF, 2007, p. 67-83, p. 67-68.

(26) J. Boucourechliev, Les voies de l'Europe des sociétés, *JCP N* 1996.1.560, n° 6.

(27) J.-J. Daigre, Du fruit d'une expérience d'enseignement à Louvain : existe-t-il un droit commun des sociétés en Europe ?, préc. 278.

(28) Ainsí, H. Le Nabasque, Un droit européen des sociétés ?, in P. de Vareilles-Sommières (dir.), *Le droit privé européen, Economica*, 1998, p. 78-107, p. 88 ; J.-J. Daigre, Du fruit d'une expérience d'enseignement à Louvain : existe-t-il un droit commun des sociétés en Europe ?, préc., p. 278. Il est dans le même temps vrai, comme le souligne V. Magnier, que si la réglementation européenne vise d'abord les grandes sociétés, à titre principal les sociétés anonymes et, le cas échéant, les sociétés à responsabilité limitée, l'UE hésite moins aujourd'hui à recourir à des critères plus larges pour intégrer les PME, comme le révèle la directive sur les fusions transfrontalières – directive 2005/56/CE du 26 oct. 2005 (V. Magnier, Les droits des sociétés dans l'Union européenne : entre concurrence et équivalence, *loc. cit.*, p. 70).

**Conventions de droit international privé.**

Parallèlement, les États membres devaient, par la voie intergouvernementale, engager des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants, la *reconnaissance mutuelle des sociétés*, le *maintien de la personnalité juridique en cas de transfert international du siège* et la *possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes*. Ces mesures unificatrices d'atténuation de la frontière normative entre États membres visant à favoriser la liberté d'établissement et les opérations transfrontières prévues par l'article 293 CE <sup>29</sup>, depuis abrogé par le traité de Lisbonne, se justifiaient en raison de la divergence des règles nationales de conflit de lois en ces matières.

**Société anonyme européenne – *Societas Europaea*.**

Enfin, c'est l'ambitieux projet de statut d'une SE voulu par la Commission à partir de 1970 qui devait permettre le transfert du siège et la fusion des sociétés à l'intérieur de l'UE par l'adoption d'un statut supranational et uniforme, largement soustrait à l'emprise des droits nationaux <sup>30</sup>. En outre, l'avènement de la SE devait, comme il pouvait l'espérer, donner une forte impulsion au vaste projet d'harmonisation du droit des sociétés que l'Europe d'alors souhaitait conduire. Aussi, conformément au processus d'harmonisation du droit des sociétés entamé par la

Commission, le modèle de SE proposé devait réduire, voire éliminer, l'éventuelle concurrence normative qui pourrait s'installer entre les États membres parallèlement à l'ouverture des frontières pour les sociétés. De plus, le statut d'une SE devait participer, au plan supranational, à la convergence des solutions vers un seul modèle : celui du droit allemand des SA.

De telles politiques réglementaires devaient permettre aux sociétés établies en Europe, de pleinement réaliser le droit d'établissement dans un environnement juridique marqué par la convergence des modèles, tant au plan national que supranational, et tant au plan du droit matériel qu'à celui du droit international privé.

Toutefois, si un certain nombre de directives d'harmonisation ont depuis lors vu le jour <sup>31</sup>, d'autres textes n'ont jamais pu être adoptés en raison des modèles qu'ils véhiculaient. L'échec de la proposition de cinquième directive sur les structures de la SA, nettement inspirée du système dualiste et de cogestion du droit allemand des SA, illustre la résistance des États à adopter un modèle étranger qui heurterait trop violemment leurs sensibilités et leurs traditions <sup>32</sup>.

De surcroît, les négociations prévues dans le cadre de l'ancien article 293 CE n'ont jamais abouti à des instruments

(29) Sur ces trois moyens d'atténuation de la frontière normative, v. essentiellement P. Bonassies, La frontière normative et le Marché commun, *Mélanges Alfred Jauffret*, Faculté de droit et sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974, p. 99-126, p. 105-109.

(30) V. l'avant-projet de convention transmise au Conseil en 1967 par le professeur Sanders : doc. Commission, série concurrence 1967, n° 6 ; la proposition de règlement portant sur le statut de la société anonyme européenne du 30 juin 1970 (JO C 124 du 10 oct. 1970), modifiée par la proposition du 30 avr. 1975 : Bull CE 1975/4 ; mémorandum de la Commission européenne du 15 juill. 1988 : COM (88) 30 final ; la proposition de règlement portant le statut de la société anonyme européenne du 29 août 1989 (JO C 263 du 16 oct. 1989) ; la proposition de directive du 29 août 1989 complétant le précédent statut pour ce qui concerne la place des travailleurs (JO C 263 du 16 oct. 1989).

(31) Le champ d'application du droit des sociétés harmonisé couvre la protection des intérêts des actionnaires et des tiers, la constitution et le maintien du capital des sociétés anonymes, la publicité des succursales, les fusions et les scissions, des règles minimales concernant les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé et les droits des actionnaires. Il convient de souligner, avec Y. Guyon, que lors de leur transposition en droit interne, les directives peuvent finir par se fondre si bien dans celui-ci que leur origine européenne s'oublie. C'est bien le cas en France, où le code de commerce présente les textes d'origine européenne sans aucune indication sur leur origine : ce sont des « textes sans passé, en quelque sorte aseptisés dont seuls quelques spécialistes se rappelleront l'origine communautaire, mais pour combien de temps encore ? », se demandait l'éminent juriste (Y. Guyon, L'entreprise sous les influences réciproques du droit européen et des droits nationaux, *Rev. sociétés* 2001. 314). Dans un tel contexte législatif, la convergence opérée par l'harmonisation finit par ne pas être connue par les principaux intéressés : les entreprises et les parties prenantes.



conventionnels permettant de résoudre les questions inhérentes à la mobilité des sociétés dans l'espace européen <sup>33</sup>. Leur adoption dépendait notamment du choix de rattachement entre le critère du siège réel et celui du siège statutaire. Cela a engendré une concurrence qui a abouti, pour ne citer qu'un exemple, à l'échec, par défaut de signature des Pays-Bas, de la convention relative à la reconnaissance mutuelle des sociétés du 29 février 1968. Ce texte, bien qu'ayant consacré le critère du siège statutaire comme solution de principe (art. 1<sup>er</sup>), faisait la part belle au critère du siège réel (art. 4), afin de satisfaire les exigences de la majorité des États contractants alors fortement attachés à la doctrine de la réalité du siège : l'Allemagne, la Belgique, la France, l'Italie et le Luxembourg <sup>34</sup>.

Quant au statut de la SE, la difficulté à ménager les susceptibilités nationales a retardé de trente ans son adoption <sup>35</sup>. Les propositions initiales se présentaient

« non comme un texte de conciliation entre les droits nationaux mais comme un code idéal des sociétés anonymes », très inspiré du modèle paternaliste allemand <sup>36</sup>. C'est donc en abandonnant aux droits nationaux le traitement des questions épineuses que le règlement SE a pu finalement être adopté en 2001.

Ces échecs illustrent bien le fait que l'Europe des sociétés est fondamentalement une Europe de modèles juridiques distincts <sup>37</sup>, pas toujours susceptibles d'être mis en convergence par les mécanismes institutionnels des traités. Jugée autoritaire et dogmatique <sup>38</sup>, la méthode d'harmonisation et d'adoption de textes européens uniformes a ainsi montré les limites d'une convergence « imposée » <sup>39</sup>. Aujourd'hui, toutes ces démarches se voient remplacées par une méthode réglementaire fondée sur la souplesse, sur des exigences minimales et sur le principe de la reconnaissance. Elle est également de plus en plus orientée vers l'adaptation de la gouvernance des

- (32) Rappelons que par cette proposition de directive, un véritable code de gouvernance des SA unifiée imposait d'une part l'adoption du système dualiste de direction et de contrôle de la gestion et, d'autre part, la représentation obligatoire des travailleurs dans l'organe de contrôle de la société dès lors qu'elle employait plus de 500 salariés. Cette proposition compte parmi les projets les plus contestés d'harmonisation du droit des sociétés (V. K. J. Hopt, *Quelques réflexions sur la réglementation européenne de l'activité et de l'organisation de l'entreprise*, Rev. sociétés 2001. 301).
- (33) Dans le domaine de la reconnaissance mutuelle de sociétés et personnes morales, une convention avait été signée à Bruxelles le 29 févr. 1968. Cette convention se trouve toujours en état (improbable) de ratification (v. B. Goldman, *Rapport concernant la convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales*, RTD eur. 1968. 405). Quant à la fusion internationale des SA, un avant-projet a été mis au point, sans aucune suite néanmoins (v. le texte du projet avec le rapport de B. Goldman, *Bull. de Com., Eur., supplément 1973/13*). Pour ce qui est du transfert international du siège, aucune initiative n'a été prise officiellement sur la base de l'ancien art. 293 CE.
- (34) Inspirée de la solution des lois belge, luxembourgeoise et italienne, la convention admettait qu'en cas de dissociation du siège statutaire et du siège réel, l'État où se trouvait ce dernier aurait la faculté d'appliquer les *dispositions impératives* de son propre droit (en droit français et allemand de l'époque, la divergence entre le siège réel et le siège statutaire conduisait, en revanche, à la non-reconnaissance de la société). Quant aux dispositions supplétives dudit État, celles-ci ne pouvaient s'appliquer que si les statuts n'y dérogeaient pas et que si, à défaut d'une telle dérogation, la société ne démontrait pas qu'elle avait exercé effectivement son activité pendant un temps raisonnable dans l'État contractant en conformité de la loi duquel elle s'est constituée. V. B. Goldman, *Rapport concernant la convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales*, préc. 412-414.
- (35) L'ampleur de la réglementation proposée en 1970, puis en 1975 serait à la base des résistances et de l'hésitation devant son adoption car elle avait l'ambition de régler plusieurs questions touchant aux susceptibilités nationales, notamment la question de la participation des travailleurs dans la gestion sociale, de la fusion et de la réglementation globale et organique des groupes de sociétés. À ce propos, v. Cl. Ducouloux-Favard, *Longue histoire pour la naissance de la société européenne*, RLDA, n° 48, avr. 2002, Supplément, p. 9-13.
- (36) J. Boucourechliev, *Les voies de l'Europe des sociétés*, préc., n° 1.
- (37) S. Harnay et J.-S. Bergé, *Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen*, RIDE 2011/2, t. XXV, p. 165-192, p. 180 : « l'Europe demeure très largement synonyme de diversité ».
- (38) J. Béguin, *L'évolution de l'environnement international et communautaire de la loi du 24 juill. 1966*, Rev. sociétés 1996. 512, p. 538 ; J. Boucourechliev, *Les voies de l'Europe des sociétés*, préc., n° 6 ; H. Le Nabasque, *Un droit européen des sociétés ?*, préc., 1998, p. 78-107, p. 90. Pour une lecture riche en images et en enseignements du processus d'harmonisation du droit des sociétés en Europe et de construction d'une culture européenne en la matière faite à la fois de dialogue et de tolérance entre les autorités européennes et les États et d'une attitude belliqueuse et impérialiste des premières à l'égard des derniers, v. M. Luby, *Droit communautaire et entreprises : droit des sociétés, financement, fiscalité*, in S. Poillot-Peruzzeto (dir.), *Vers une culture juridique européenne ?*, Montchrestien, 1998, p. 61-84.

sociétés aux exigences des marchés de capitaux libéralisés, plutôt qu'aux exigences typiques du droit des sociétés <sup>40</sup>, et au développement de structures sociétares supranationales <sup>41</sup> ancrées – en raison des résistances étatiques aux régimes optionnels pleinement autonomes – dans les droits nationaux. Ce changement méthodologique voulu par la Commission <sup>42</sup> serait dû à une forte influence anglaise et, plus largement, à la mondialisation <sup>43</sup>. Il donne lieu à une concurrence entre les ordres juridiques

des États membres, qui pourrait être regardée comme positive eu égard aux exigences d'efficacité du marché intérieur <sup>44</sup>. La concurrence normative produit des modèles juridiques qui vont être validés ou sanctionnés par l'environnement économique. Dans la mesure où les modèles juridiques circulent librement, la concurrence normative devrait favoriser l'importation, par les États, de modèles éprouvés. Dans un tel contexte concurrentiel, les modèles juridiques sont alors susceptibles de converger.

## II – La concurrence normative favorisant la convergence de modèles

Au terme d'une mise en concurrence des droits stimulée (A), l'Europe des sociétés se voit enrichie des modèles juridiques

qui circulent, favorisant ainsi l'alignement des normes étatiques (B).

- (39) Pour reprendre l'expression de J.-J. Daigre, *Du fruit d'une expérience d'enseignement à Louvain : existe-t-il un droit commun des sociétés en Europe ?*, préc., 277-278.
- (40) L. Horn, *Corporate Governance in Crisis ? The Politics of EU Corporate Governance Regulation*, *European Law Journal*, vol. 18, n° 1, January 2012, p. 83-107, p. 84.
- (41) H. Fleischer, *Supranationale Gesellschaftsformen in der Europäischen Union – Prolegomena zu einer Theorie supranationaler Verbandsformen*, *ZHR* 174 (2010), p. 385-428, spéc. p. 404-407.
- (42) Dans son plan d'action de 2003, la Commission affirmait que : « [c]ertaines règles du droit des sociétés se prêtent probablement mieux à un traitement, et à une actualisation, au niveau national, et il n'est en outre pas exclu qu'un certain degré de compétition entre règles nationales contribue positivement à l'efficacité du marché intérieur ». Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen – Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne – Un plan pour avancer (COM(2003)284), 21 mai 2003. Disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003DC0284:FR:HTML>. Cette démarche a trouvé un écho considérable auprès des intéressés : à la question n° 5 de la dernière consultation sur l'avenir du droit européen des sociétés lancée par la Commission le 20 févr. 2012 (préc.), à savoir « quels devraient être les objectifs du droit européen des sociétés ? », 40 % des personnes consultées souhaite que la concurrence législative soit favorisée. Pour un certain nombre d'entreprises et de fédérations d'entreprises, l'harmonisation aurait par ailleurs atteint un niveau suffisant. Paradoxalement, une grande majorité des participants à cette consultation souhaite, pour ce qui est des priorités du droit européen des sociétés, que l'on continue à harmoniser les droits nationaux continue. Il convient à cet effet de souligner que cette consultation a rencontré un certain succès, réunissant près de 500 réponses (V. Feedback statement – Summary of responses to the public consultation on the future of European Company Law, July 2012, p. 4 et 5, disponible à l'adresse : [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2012/companylaw/feedback\\_statement\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2012/companylaw/feedback_statement_en.pdf). Sur les réponses à la consultation, v. B. Lecourt, *Chronique de droit européen des sociétés*, *Rev. sociétés* 2012, 656, spéc. p. 658 s. D'après son plan d'action du 12 déc. 2012 (COM(2012)740 final, préc.), cette approche ne semble pas avoir été remise en cause.
- (43) Ainsi, J.-J. Daigre, *Du Fruit d'une expérience d'enseignement à Louvain : existe-t-il un droit commun des sociétés en Europe ?*, préc., 278.
- (44) V. *supra*, note 35. Pour un auteur (B. Brada, in *Droit européen et international des sociétés*, op. cit., n° 238), la nouvelle approche aurait commencé dans le domaine des comptes consolidés avec la proposition de la Commission, suivie par le Conseil, de coordonner les législations des États membres par renvoi à des normes préexistantes adoptées au sein d'un organisme privé, l'*International Accounting Standards Board* (IASB), au lieu de modifier la septième directive sur les comptes consolidés. Cette liberté, encadrée certes, de choisir leurs règles applicables en la matière ouvre néanmoins aux États membres le recours à des standards internationaux plus souples afin de rendre leur système juridique plus compétitif. Ensuite, dans sa communication du 10 juill. 2007 relative à la simplification de l'environnement des sociétés en matière juridique, comptable et de contrôle des comptes (COM (2007) 0394 final - JO C 191 du 15 août 2007), la Commission amplifie le domaine d'une coordination des législations par voie d'intégration négative. Un nivellement des exigences contenues dans certaines directives par la fixation des seuils minimaux, voire par leur suppression, est d'effet à laisser jouer la concurrence législative. Il s'agit d'une concurrence plus particulièrement accentuée dans les domaines du capital et de ses restructurations et des comptes et de leur contrôle. Ainsi, il semblerait que pour la Commission, une mise en concurrence des ordres juridiques conduirait les États membres à harmoniser leur législation par une voie économiquement plus efficace.

## A - La concurrence normative dans le contexte européen

La concurrence entre systèmes juridiques <sup>45</sup> implique que les législateurs nationaux agissent afin de conserver et d'attirer les entreprises sur le territoire de leurs États. Quelques facteurs contribuent à l'émergence d'une telle concurrence <sup>46</sup>. En premier lieu, les droits nationaux sont soumis à l'arbitrage des acteurs privés (*regulatory arbitrage*) qui opèrent, *parce qu'ils y sont autorisés*, un choix de loi dans le but de minimiser les coûts de leurs opérations. Dans une structure fédérale composite comme l'UE ou les États-Unis d'Amérique, l'admission d'un *regulatory arbitrage* dans un domaine donné présuppose une équivalence de principe des différents droits

en présence. Cette mise en équivalence des droits serait assurée, en Europe, par le rapprochement législatif et par le principe de la reconnaissance mutuelle <sup>47</sup>, et, aux États-Unis d'Amérique, à travers l'« Interstate Commerce Clause » <sup>48</sup> et la « Full Faith and Credit Clause » <sup>49</sup>. En second lieu, les États, parce qu'ils ont quelque chose à gagner, ou à perdre, avec des entreprises développant (ou non) leurs activités sous l'empire de leur droit, s'investissent dans une politique législative de séduction des entreprises et d'investissements (*regulatory competition*). La doctrine précise encore que si la *regulatory competition* ne peut se développer sans la possibilité d'un *regulatory arbitrage*, ce dernier est au contraire possible même en l'absence de toute concurrence législative <sup>50</sup>. La concurrence normative concerne directe-

- (45) Selon H. Fleischer (*Supranationale Gesellschaftsformen in der Europäischen Union – Prolegomena zu einer Theorie supranationaler Verbandsformen*, préc., p. 413), l'expression « concurrence entre systèmes juridiques » a été forgée en 1938 par W. Hallstein dans son article intitulé : *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in den Auslandsrechten, verglichen mit dem deutschen Recht*, paru au n° 12 *RabelsZ* (1938/1939), p. 341, spéc. p. 367 : « Wettbewerb der Rechtsordnungen ». Sur les conceptions de la concurrence utilisées dans le domaine juridique, v. parmi une vaste littérature, S. Harnay et J.-S. Bergé, *Concurrence entre règles juridiques et construction européenne* : à propos de l'analyse économique du droit, *Études en l'honneur du professeur Michel Bazex*, Litec, 2009, p. 15-25 ; et *Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen*, préc., p. 165-192.
- (46) V. J. Armour, *Who Should Make Corporate Law ? EC Legislation versus Regulatory Competition*, *European Comparison Governance Institute (ECGI) – ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, Law Working Paper – n° 54/2005*, June 2005, p. 17-19 et bibliographie citée par l'auteur. Disponible au SSRN, à l'adresse : <http://ssrn.com/abstract=860444>, p. 8-9.
- (47) Selon C. Joerges, la reconnaissance mutuelle est toutefois perçue comme un frein à l'harmonisation dès lors que son exigence aurait rendu le rapprochement des droits superflu ; de ce fait, la reconnaissance mutuelle favorise la concurrence normative (V. C. Joerges, *Good Governance in the European Internal Market, Two Competing Legal Conceptualisations of European Integration and Their Synthesis*, in A. von Bogdandy, P. Mavridis et Y. Meny (dir.), *European Integration and International Coordination*, apud J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Droit européen*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, 2011, n° 259). J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier nuancent cependant le propos de cet auteur en rappelant que la reconnaissance réserve la possibilité d'appliquer le droit national de l'État d'accueil/d'exécution lorsque cette application est nécessaire à la réalisation d'objectifs d'intérêt général - pour autant que ces objectifs ne soient pas déjà remplis en application du droit d'un autre État, selon la jurisprudence de la CJUE, (*ibid.*, n° 259).
- (48) V. l'art. I, Section 8, al. 3 de la Constitution américaine : « Le Congrès aura le pouvoir : [...] de réglementer le commerce avec les nations étrangères, entre les divers États, et avec les tribus indiennes ; [...] » (version française disponible à l'adresse : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/us1787.htm>). L'un des corollaires de cette clause est l'interdiction pour les États fédérés, dans l'exercice de leurs compétences propres, d'imposer au commerce interétatique des restrictions indues. À ce titre, l'« Interstate Commerce Clause » impose des limites au pouvoir des États fédérés d'appliquer, dans certains cas, la loi locale aux affaires internes (*internal affairs*) des sociétés constituées dans un autre État fédéré. V. P. Leleux, *Le droit des sociétés aux États-Unis et dans la C.E.E – Perspective de leur évolution*, RTD eur. 1968, 50.
- (49) V. l'art. IV, Section 2, de la Constitution américaine : « Pleine foi et crédit seront accordés, dans chaque État, aux actes publics, minutes et procès-verbaux judiciaires de tous les autres États. Et le Congrès pourra, par des lois générales, prescrire la manière dont la validité de ces actes, minutes et procès-verbaux sera établie, ainsi que leurs effets » (version française disponible à l'adresse : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/us1787.htm>). Cette clause de reconnaissance explique, sinon totalement au moins à titre principal, la règle de conflit de lois qui, en matière de sociétés, a consacré l'application par les tribunaux de tous les États américains de la loi de l'État fédéré d'incorporation, quel que soit le lieu de l'activité économique, lorsque les sociétés se livrent à des activités interétatiques. Ainsi, P. Leleux, *Le droit des sociétés aux États-Unis et dans la C.E.E – Perspective de leur évolution*, préc., p. 53-55 (pour la mise en œuvre de ce principe et de ses rares exceptions : *ibid.* p. 57-64).
- (50) S. Woolcock, *Competition among rules in the single European market*, in W. Bratton, J. McCahery, S. Picciotto et C. Scott (dir.), *International Regulatory Competition and Coordination, Perspectives on Economic Regulation in Europe and the United States*, Clarendon Press, 1996, p. 289 sq, p. 292.

ment la *lex societatis*, lorsque les sociétés sont aptes à choisir librement celle-ci parmi les lois nationales en présence (*law shopping*)<sup>51</sup>.

Dans une Europe des sociétés composée de modèles juridiques différents, ces facteurs sont présents. Il est possible, d'une part, d'observer que la liberté de choix de la *lex societatis* – *regulatory arbitrage* – est aujourd'hui amplement reconnue aux sociétés relevant du droit d'un État membre, sous réserve du cas de figure envisagé par les arrêts *Daily Mail*<sup>52</sup> et *Cartesio*<sup>53</sup> – déplacement du principal établissement sans changement de *lex societatis*. Ce choix implique l'adoption de la forme sociale d'un pays A pour réaliser ses activités entièrement dans un pays B sans qu'à cela les règles de conflit des lois et les règles matérielles de droit des sociétés de ce dernier ne puissent lui être inconditionnellement opposées<sup>54</sup>. De surcroît, la liberté de choix de la *lex societatis* constitue une prérogative majeure des sociétés commerciales supranationales<sup>55</sup>. Il est en outre possible, d'autre part, de constater que les États membres s'épanouissent aujourd'hui dans leur politique de séduction des entreprises et des investissements (*regulatory competition*) – crise oblige...

En effet, les règles juridiques sont l'une des modalités de concurrence dite hori-

zontale entre États européens, voire entre régions et entre municipalités, engendrée à la fois par la décentralisation des politiques économiques et par les libertés de circulation garanties par les traités<sup>56</sup>. Dans ce contexte d'attractivité des sociétés, la fiscalité est le domaine de prédilection du législateur séducteur, notamment en matière de groupes de sociétés. Comme l'a affirmé A. Lecourt<sup>57</sup>, « [...] dans la course infernale à l'attraction d'investisseurs, la fiscalité est une arme souvent décisive ». La situation peut même apparaître paradoxale, poursuit-il : « alors que la France ne s'est pas dotée d'un droit des groupes, elle a néanmoins prévu une fiscalité adaptée, spécifique aux sociétés mères, et permis l'intégration fiscale des filiales relevant de l'impôt sur les sociétés (IS) lorsqu'elles sont détenues au moins à 95 % »<sup>58</sup>.

En droit des sociétés, les effets d'une telle concurrence se traduisent également par un mouvement de réformes menées sur un rythme soutenu. Les réformes nationales en ce domaine concernent le plus souvent le capital social, la liberté statutaire, les structures de gouvernance, le gouvernement d'entreprise, les groupes de sociétés et le droit international privé. Bien évidemment, les enjeux pour les PME ne correspondent pas à ceux des sociétés

- (51) J. Armour, Who Should Make Corporate Law ? EC Legislation versus Regulatory Competition, préc., p. 9.  
 (52) CJCE, 27 sept. 1988, *The Queen of H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex-parte Daily Mail and General Trust PLC*, Rec. 5483 ; RTD eur. 1990. 357.  
 (53) CJCE, 16 déc. 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, C-210/06, Rec. 9919 ; D. 2009. 465, note R. Kovar ; Rev. sociétés 2009. 147-162, note G. Parléani ; RLDA, n° 36, 2009, p. 10-16, note V. Korom ; RIDE 2010. 351-372, note G. Santoro.  
 (54) Alors que pour une doctrine assez répandue en Europe, la jurisprudence de la CJUE, en matière de liberté d'établissement introduit une possibilité de concurrence normative dans l'espace européen en permettant à une société de s'enregistrer indépendamment du lieu de son siège réel (v., par exemple, S. Mock, Harmonisation, Regulation and Legislative Competition in European Corporate Law, *German Law Journal*, déc. 2002, n° 12, disponible à l'adresse <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=216>), pour un auteur, une telle lecture semblerait excessive puisque les décisions *Centros-Überseering-Inspire Art* indiquent que l'exercice de la liberté d'établissement ne peut être un moyen de fraude et que la coopération entre les États membres est souhaitable à cet égard. L'Union européenne est alors un mécanisme de neutralisation de toute concurrence normative dès lors que le droit européen « écarte, chaque fois qu'il se trouve à s'appliquer, les différences des législations nationales, non pas nécessairement pour y substituer une norme unique (ce qui sera le cas en présence d'un règlement), mais pour neutraliser les différences jugées incompatibles avec l'espace communautaire » (A. Raynaud, La concurrence normative, facteur d'échanges entre les droits ? La concurrence normative dans l'Union européenne, préc., p. 100-101).  
 (55) V. *infra*, n° III.  
 (56) Pour une ample analyse de ce processus de compétition étatique intra-européenne, v. W. Kerber, Interjuridictional Competition Within the European Union, *Fordham International Law Journal*, vol. 23, 6-1999, p. 217-249.  
 (57) *Répertoire Dalloz Sociétés*, V° Groupe de sociétés par A. Lecourt, n° 12.  
 (58) *Ibid.*

cotées : alors que pour les premières, il s'agit de mettre en place un cadre législatif et administratif plus souple, pour les secondes l'essentiel des initiatives porte sur la façon dont l'entreprise est dirigée, administrée et contrôlée. Ainsi, pour les PME, les droits nationaux des sociétés suivent l'agenda européen dans les domaines suivants : exonération de contraintes dans le domaine de l'audit, de l'information et de la communication ; assouplissement de la structure de gestion ; introduction de formes « alternatives » de réunions annuelles (téléconférences, numérique ou autre moyen de communication en ligne) ; introduction d'adresses uniques d'information (« guichets uniques ») ; atténuation des condi-

tions d'enregistrement ; et abaissement de seuils, par exemple liés au capital <sup>59</sup>. Dans le cadre des réformes portant sur les sociétés cotées, il est possible de constater un net renforcement de la démocratie actionnariale et de la protection des tiers (notamment à travers une « *disclosure philosophy* »), ainsi qu'une constante préoccupation sur la rémunération et la responsabilité des dirigeants, sur la parité hommes-femmes parmi les administrateurs non exécutifs des sociétés cotées et sur l'indépendance des administrateurs <sup>60</sup>.

En définitive, la voie de l'« intégration positive » est mise en cause <sup>61</sup>, alors même que la Commission affiche un

- (59) Comme l'ont relevé J. Cremers et E. Wolters, il est assez évident que plusieurs de ces mesures de simplification sont en conflit avec la poursuite d'une réglementation transparente et efficace. Certaines obligations administratives ne sont pas seulement utiles, mais peuvent aussi être indispensables pour surveiller la légalité ; elles servent à d'autres fins que des avantages commerciaux directs. L'assouplissement des conditions d'enregistrement diminue la publicité de l'information et ouvre la porte à des pratiques de faux et à l'usage abusif de la personnalité morale. La transparence n'est pas améliorée par des exonérations de normes de vérification. En termes généraux, un ensemble hybride et partiellement contradictoire des règles est élaboré. Les changements au niveau national vont de la réglementation nécessaire pour la communication et le contrôle de la gestion des entreprises à la déréglementation en vue d'améliorer « l'environnement des entreprises ». Ainsi, un plaidoyer pour le renforcement des principes d'audit après la crise financière peut aller de pair avec la création d'exemptions substantielles pour les PME. Les règles de publicité sont essentielles pour la transparence et pour lutter contre les sociétés fictives, mais peuvent gêner le bon fonctionnement de l'entreprise. L'abaissement du seuil du capital est considéré comme un stimulant pour les entrepreneurs innovants, mais crée en même temps des opportunités pour la création d'entreprises fictives. V. J. Cremers et E. Wolters, *EU and national company law – fixation on attractiveness*, European Trade Union Institut, Report 120, Brussels : ETUI aisbl, 2011, p. 26-27.
- (60) Sur les actuelles défaillances de la gouvernance et sur l'insuffisance de ses outils en temps de crise, V. V. Magnier (dir.), *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise – Pour une meilleure protection de l'intérêt social*, LGDJ, collection droit des affaires, 2010. V. aussi les initiatives envisagées par la Commission dans son plan d'action de déc. 2012 en vue de moderniser le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'UE : Com(2012)740 final, préc.
- (61) B. Brada, in *Droit européen et international des sociétés*, op. cit., n° 238.
- (62) [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/index_fr.htm), dernière mise à jour : 20 sept. 2012.
- (63) B. Brada, in *Droit européen et international des sociétés*, op. cit., n° 238.
- (64) Dans le contexte de concurrence juridique en Europe s'affronteraient les traditions de droit civil et de *common law*. Cet affrontement peut être illustré, d'une part, par les rapports *Doing Business* sur les réglementations nationales que la Banque mondiale édicte annuellement et qui défendent l'idée selon laquelle la *common law* serait plus efficace dans le domaine économique et donc plus attractive que les droits de tradition civiliste, et, d'autre part, la réaction de la doctrine française, hostile et à l'intérêt d'un tel rapport et à la méthode employée. (V. notamment, la réplique de l'Association Henri Capitant à ces rapports : *Les droits de tradition civiliste en question*, 2 vol. SLC, 2006). Sans mettre en cause cette critique, certains auteurs français proposent d'aller plus loin en mettant également en évidence les atouts du droit français ayant été ignorés par la Banque mondiale : V. R. Blazy, J. Lasserre Capdeville et M. Storck, *Pratique des affaires – Les atouts du droit français*, Lamy, 2010). Par ailleurs, comme l'a démontré M.-Cl. Ponthoreau, si compétition il y a, l'avantage pourrait être donné à la tradition civiliste, au moins dans le cadre européen, en ce qui concerne les éléments structurels qui sont les concepts et institutions (à l'instar de la diffusion des déclarations des droits, de l'emprise de la notion de « service public », et du choix de s'écarter du constitutionnalisme à l'anglaise), alors que l'avantage revient à la tradition de *common law*, et ceci dans un cadre dépassant l'horizon européen, pour ce qui est de la manière de concevoir et de raisonner le droit (culture fondée sur le juge, méthode pragmatique, fonctionnaliste et inductive d'aborder et de raisonner le droit) - V. M.-Cl. Ponthoreau, *La concurrence entre common law et civil law – Existe-t-il véritablement une concurrence entre common law et tradition civiliste ? Le point de vue du comparatiste de droit public*, in J. du Bois Gaudusson et F. Ferrand (dir.), *La concurrence des systèmes juridiques*, PUAM, 2008, p. 35-47. Par rapport à la manière de concevoir et de raisonner le droit, il y aurait, selon le professeur P. Legrand, une irréductible rupture épistémologique entre les deux traditions (P. Legrand, *European Legal Systems are not converging*, 45 ICLQ 1996. 52-81, p. 79 et bibliographie citée par l'auteur). Pour s'en convaincre, v. la belle analyse de J. Lambert, *Le rôle de l'enseignement dans la différenciation du système juridique de common law et du système juridique de droit civil*, *Mélanges Roubier*, Dalloz-Sirey, 1961, p. 295 s.

objectif d'harmonisation des règles relatives au droit des sociétés et au gouvernement d'entreprise dans la page qu'elle dédie au droit des sociétés sur son site internet <sup>62</sup>. Il semble qu'elle privilégie désormais plutôt la voie dite « négative » d'intégration <sup>63</sup>, marquée par l'alignement des normes étatiques au terme d'une mise en concurrence des droits.

## B - Vers la convergence de modèles sous l'impulsion de la concurrence normative

Alors que les réformes nationales en droit des sociétés sont actuellement menées sur fond de concurrence normative, quelque peu attisée par les Rapports *Doing Business* de la Banque mondiale <sup>64</sup> il faut l'avouer <sup>65</sup>, les modèles qui en résultent, y compris ceux issus de la pratique <sup>66</sup>, circulent de sorte à promouvoir une plus grande convergence des droits nationaux ; bien plus efficacement, selon certains, que n'aurait pu le faire une politique législative dirigiste menée par les instances bruxelloises <sup>67</sup>. En effet, pour une partie de la doctrine, comme il l'a déjà été affirmé, il serait dans l'absolu

faux de considérer le processus de compétition comme l'antithèse de celui du rapprochement : le marché pouvant contribuer à introduire des règles plus efficaces dans tous les systèmes juridiques avec un effet final d'uniformité des modèles d'organisation de l'entreprise <sup>68</sup>.

Corrobores cette idée le fait que les réformes des droits nationaux des sociétés, dont les portées sont convergentes, sont depuis toujours abordées sous l'angle du droit comparé pour garantir leur compétitivité juridique <sup>69</sup>. La première grande réforme du droit allemand des sociétés par actions de 1870 ne fut-elle pas inspirée du droit français ? La société à responsabilité limitée française ne fut-elle pas calquée sur le modèle allemand de la *GmbH* <sup>70</sup>, lui-même pensé en 1888 comme une alternative au nombre excessif de *Limited Companies* en Angleterre <sup>71</sup> ? La libéralisation de l'acquisition de la personnalité juridique, qui cessa d'être subordonnée à une décision d'octroi prise par le pouvoir exécutif dans plusieurs États européens à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, ne fut-elle pas le résultat d'influences croisées, provoquées par la

- (65) Une réforme d'ampleur du droit des sociétés a été introduite en droit hongrois en 2006 et 2007 en réponse au recul de la position de la Hongrie prononcée par la Banque mondiale dans son rapport *Doing Business*. V. V. Korom, La liberté d'établissement des personnes morales et l'affaire *Cartesio* : un pas en arrière ?, RLDA, n° 36, 2009, p. 10-16, spéc. p. 15-16.
- (66) N. Molfessis, Les pratiques juridiques, source du droit des affaires - Introduction, LPA, 27 nov. 2003 n° 237, p. 4 s., p. 4 : B. Goldman, Rapport général, in *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXXIV, 1983, *Economica*, 1985, p. 163 s. V. également *Le rôle créateur de la pratique*, Colloque du 27 nov. 2012 organisé par le cabinet Clifford Chance à la Maison du Barreau (Paris), *Gaz. Pal.* n° 107-108, 2013.
- (67) En ce sens, F. Pernazza, Les sociétés non cotées en Europe : harmonisation et modèles nationaux en concurrence, LPA, 2001, n° 17, p. 25-28.
- (68) E. Wymeersch, *Company Law in Europe and European Company Law*, *First European Jurists Forum*, Nürnberg, Nomos Verlag, 2001, p. 85. Pour certains auteurs, cette approche libérale néo-classique ne serait pas adaptée au contexte européen : S. Harnay et J.-S. Bergé, Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen, *préc.*, p. 165-192.
- (69) Ce phénomène avait déjà été mis en relief par C. Lescoeur dans son *Essai historique et critique sur la législation des sociétés commerciales en France et à l'étranger*, Paris, 1877, p. 328, comme nous l'apprend F. Pernazza, Les sociétés non cotées en Europe : harmonisation et modèles nationaux en concurrence, *préc.*, p. 27. En ce sens également, W. Schön, Play different games ? Regulatory competition in tax and company law compared, *préc.*, p. 331-365.
- (70) Cl. Berr, L'influence de la construction européenne sur l'évolution du droit privé français, *préc.*, p. 9. Pour d'autres exemples en diverses branches du droit, v. aussi E. Agostin, La circulation des modèles juridiques, RIDC, 1990-2, p. 461-467.
- (71) Ainsi, H. Fleischer, *Supranationale Gesellschaftsformen in der Europäischen Union – Prolegomena zu einer Theorie supranationaler Verbandsformen*, loc. cit., p. 411, citant, *ad notam* 172, le memorandum adressé en 1888 par W. von Oechelhäuser – le *spiritus rector* de la *GmbH-Gesetz* allemande du 6 mars 1906 – à la Chambre de commerce prussienne (v. W. von Oechelhäuser, *Denkschrift an die preussischen Handelskammern und kaufmännischen Kooperationen* v. 28. April 1888, in *Schriften des Vereins zur Wahrung der Wirtschaftlichen Interessen in Handel und Gewerbe, Die Erweiterung des Handelsrechts durch Einführung neuer Gesellschaftsformen*, Heft Nr. 25, 1891, p. 50 s., p. 58).

comparaison et la confrontation des réformes menées par des pays voisins <sup>72</sup> ? Plus récemment, que dire des lois nationales introduisant la société unipersonnelle bien avant que n'ait vu le jour la 12<sup>e</sup> directive européenne ? <sup>73</sup> Enfin, l'introduction, en droit français, d'un devoir de loyauté des dirigeants sociaux envers les associés <sup>74</sup> et la société <sup>75</sup> ne procède-t-elle pas d'une jurisprudence inspirée de la *duty of loyalty* anglo-américaine ? <sup>76</sup>

Le mouvement actuel de convergence de modèles sous l'impulsion de la concurrence normative en Europe peut être illustré par trois questions de première importance en droit des sociétés : la fin du capital social, l'affaiblissement de la théorie du siège réel dans le conflit de lois et la convergence des solutions en matière de *corporate governance*.

**La fin du capital social minimum.** Le capital social est l'un des attributs fondamentaux des sociétés qui a subi une mutation spectaculaire dans les systèmes de droit des sociétés continentaux <sup>77</sup>. Le renouveau de la contractualisation du droit des sociétés dans un

contexte de concurrence législative conduit les législateurs nationaux à tempérer les conceptions institutionnelles de la société, tout au moins au regard des sociétés non cotées <sup>78</sup>.

C'est ainsi qu'en 2008, le législateur allemand a décidé de renforcer la position de l'Allemagne dans la compétition européenne des ordres juridiques en adoptant la « Loi de modernisation du droit de la GmbH et sur la lutte contre les abus » <sup>79</sup>. L'une des innovations apportées par cette loi pour rendre la GmbH plus attractive par rapport à la Limited anglaise a été la création d'une société d'entrepreneur sans capital social (*Unternehmergesellschaft*) – une sorte de GmbH simplifiée (§5a GmbHG). Par cette réforme, le législateur allemand a suivi les pas du législateur français qui, également influencé par la logique de la concurrence législative <sup>80</sup>, avait, par la Loi pour l'initiative économique du 1<sup>er</sup> août 2003, supprimé l'exigence du capital minimum pour la SARL, jusqu'alors fixé à 7 500 euros <sup>81</sup>. De toute évidence, la réforme allemande a été conduite, suite à l'arrêt *Überseering* du 5 novembre 2002, afin d'éviter la fuite des

(72) À propos de l'influence du droit anglais sur le droit français à ce sujet, v. E. Richard (dir.), *Droit des affaires – Questions actuelles et perspectives historiques*, p. 361-366.

(73) En ce sens, F. Pernazza, *Les sociétés non cotées en Europe : harmonisation et modèles nationaux en concurrence*, préc., p. 27.

(74) Com., 27 févr. 1996, *Vilgrain*, Defrénois 1996. 1205, note Y. Dagorne-Labbe ; JCP N 1996.II.1050, note J. Ghestin ; JCP E 1996.II.838, note D. Schmidt et N. Dion ; LPA, 1997, n° 21, p. 7, note D. R. Martin ; JCP E 1998.1486, note B. Baille-Duclos.

(75) Com., 24 févr. 1998, JCP E 1998.1486, note B. Baille-Duclos.

(76) V. J.-J. Daigre, *Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants*, *Mélanges P. Bezaud*, Montchrestien, 2001, p. 79. V. également I. Tchotourian, *La sanction des conflits d'intérêts à travers la déloyauté : approche française et nord-américaine du devoir de loyauté des dirigeants*, *Études offertes à B. Mercadal*, éditions Francis Lefebvre, 2002, p. 303 s.

(77) Sur le débat en France à propos de l'avenir du capital social, v., parmi d'autres, A. Couret et H. Le Nabasque, *Quel avenir pour le capital social ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004.

(78) Pour une approche critique de la contractualisation du droit des sociétés en droit français, v., parmi d'autres, J. Paillusseau, *La liberté contractuelle dans la SAS et le droit de vote*, D. 2008. Chron. n° 23, p. 1563 et J.-F. Barbiéri, *La SAS revisitée par la LME*, Bull. Joly 2008. 560.

(79) Loi de modernisation du droit de la GmbH et sur la lutte contre l'abus du 23 oct. 2008 (*BGBI. I 2008, 2026*) ; entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> nov. 2008. Sur les grands traits de cette réforme, de son origine, de sa motivation concurrentielle et de sa portée pratique et théorique, v. K. J. Hopt, *Droit comparé des sociétés. Quelques réflexions sur l'actualité et les évolutions comparées du droit allemand et du droit français des sociétés*, *Rev. sociétés* 2009. 309-321, esp. p. 312-314 ; H. Hirte et A. Schall, *La société d'entrepreneur en droit allemand (« Unternehmergesellschaft »)*, *Rev. sociétés* 2013. 198 ; et A. Schall, *La MoMiG. La loi sur la modernisation du droit de la GmbH*, in M. Menjuq et B. Fages (éds.), *Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés*, Paris, 2010, p. 5 s.

(80) Cette réforme n'avait pas pour objectif d'attirer des entrepreneurs étrangers en France, mais de pousser les entrepreneurs français à prendre une forme sociale de droit français plutôt que de droit anglais. En ce sens, W.-G. Ringe, *Corporate Mobility in the European Union – A Flash in the Pan ? An Empirical Study on the Success of Lawmaking and Regulatory Competition*, *Oxford Legal Studies Research Paper N° 34/2013*, 9 avr. 2013, p. 9, disponible sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=2247323>.

PME vers l'Angleterre <sup>82</sup> qui, en 2007, comptait plus de 41 000 sociétés constituées par des Allemands <sup>83</sup>. Cette logique défensive fut aussi celle d'autres pays qui ont encore réformé leur droit pour introduire des sociétés plus flexibles à 1 euro, comme l'Espagne en 2003 <sup>84</sup>, l'Irlande et la Hongrie en 2006 et, après des années de discussion, les Pays-Bas <sup>85</sup> ainsi que l'Italie en 2012 <sup>86</sup>. En revanche, d'autres législateurs ont décidé, sans logique offensive, de moderniser leur droit des

sociétés pour le rendre encore plus attractif et de faire de leur pays une place privilégiée pour initier et développer des affaires. Ce fut notamment le cas du législateur anglais qui a renouvelé le *Companies Act* en 2006 <sup>87</sup>.

Il est néanmoins regrettable que ces réformes du capital – sauf en Allemagne <sup>88</sup> – ne soient pas assorties d'un régime alternatif de protection appropriée des actionnaires et des créanciers,

- (81) Selon un auteur, au début, l'Allemagne n'était pas certaine quant à la voie à emprunter : prendre la route de l'Espagne et adopter une nouvelle forme juridique aux côtés de celles existant déjà (v. *infra*, note 84), ou suivre l'exemple plutôt français/néerlandais en réformant les formes juridiques existantes. Finalement, un compromis a été trouvé : la *GmbH* a été réformée et en même temps, une variante de cette forme de société a été introduite. W.-G. Ringe, *Corporate Mobility in the European Union – A Flash in the Pan ? An Empirical Study on the Success of Lawmaking and Regulatory Competition*, préc., p. 10.
- (82) Cette fuite fut organisée par des grands cabinets d'avocats et experts-comptables suite à la publication de l'arrêt *Überseering* du 5 nov. 2002. V. H. J. Sonnenberg, *État de droit, construction européenne et droit des sociétés*, préc., p. 101 s.
- (83) Les chiffres montrent par ailleurs que le nombre des *Unternehmergesellschaften* enregistrées au début de 2011 (70 000) est largement supérieur à ceux représentant des *Limited* anglaises constituées par des ressortissants allemands en 2011 (environ 48 022), ce qui démontrerait une certaine réussite des objectifs affichés par le législateur allemand. Ces chiffres et leurs sources sont mentionnés par W.-G. Ringe, (*Corporate Mobility in the European Union – A Flash in the Pan ? An Empirical Study on the Success of Lawmaking and Regulatory Competition*, préc. p. 16 s., qui, à l'appui de données statistiques fort impressionnantes, démontre que le « déclin » de l'attractivité du droit anglais pour les entrepreneurs précède la réforme de 2008 puisque depuis mars 2006, le nombre de *Limited* anglaises constituées et dirigées par des ressortissants allemands ne cesse de baisser de sorte que l'avènement de l'*Unternehmergesellschaft* n'a pas eu l'effet déterminant qu'on lui attribue habituellement sur l'affaiblissement du recours à la *Limited* anglaise. Dans son étude, l'auteur compare la situation allemande avec celle de l'Autriche, dont le droit des sociétés est aussi contraignant que le droit allemand et qui a également connu le même mouvement d'évasion accrue des entrepreneurs autrichiens vers les *Limited* anglaises. À cette différence que n'ayant pas entamé une réforme de flexibilisation de son droit des SARL, l'Autriche a connu également un mouvement d'infléchissement de ce phénomène à partir de mai 2006. Pour cet auteur, même si la réforme de 2008 a pu contribuer à la perte d'intérêt de la formule du droit anglais, ce sont d'autres raisons qui justifient le déclin de la demande, à savoir : « the closing down of loopholes that had made the English limited company so attractive to some German entrepreneurs. Further, German start-ups underestimated the costs involved with running a foreign company and complying with disclosure obligations that are strictly enforced. They also encountered high acceptance and reputation costs at home. All of these problems in their combination can be framed in terms of diffusion theory, highlighting the sociological aspects of subscribing to innovations or new organisational concepts » (*Ibid.*, p. 30).
- (84) Le droit des sociétés espagnol a connu pareille réforme, avec l'adoption en avr. 2003 de la *Sociedad Limitada Nueva Empresa (SLNE)*, qui est une nouvelle forme simplifiée de la traditionnelle *Sociedad de Responsabilidad Limitada (SRL)* (Ley 7/2003 of 1 April 2003, de la *Sociedad Limitada Nueva Empresa* por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de *Sociedades de Responsabilidad Limitada*, BOE núm 79, de 2 de abril, Sec 1, 12679). Comme en France, cette réforme visait à offrir une forme sociale aux entrepreneurs espagnols et pas nécessairement attirer des entrepreneurs étrangers. La logique était celle de retenir les « fuites » d'entrepreneurs espagnols vers le droit anglais. Il s'agit alors d'une concurrence législative défensive, selon la nomenclature utilisée par W.-G. Ringe, *Corporate Mobility in the European Union – A Flash in the Pan ? An Empirical Study on the Success of Lawmaking and Regulatory Competition*, préc. p. 12.
- (85) Un projet de loi relative à la simplification du droit sur les sociétés à responsabilité limitée fut soumis à la deuxième chambre le 31 mai 2007. La *Wet vereenvoudiging en flexibilisering Nederlands bv-recht* ('Wet Flex BV') est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> oct. 2012.
- (86) Legge 24.03.2012 n° 27, G.U. 24.03.2012 – art. 3, qui a institué la *Società a responsabilità limitata semplificata*, en introduisant un nouvel art. 2463-bis au Codice civile de 1942.
- (87) V. Department of Trade and Industry, *Company Law Reform—White Paper*, London, The Stationery Office 2005, Cm 6456, 9. Au départ, il semblerait que le Gouvernement britannique n'entendait pas inscrire la réforme de son droit des sociétés dans une logique d'attractivité des formes sociales de droit anglais pour les entreprises et les investisseurs étrangers. V. W. Schön, *Play different games ? Regulatory competition in tax and company law compared*, préc., p. 344 et documentation citée par l'auteur *ad notam* 50.
- (88) Sur le compromis réalisé entre l'abolition de l'exigence du capital minimum et l'impératif de la protection des tiers par la *MoMIG*, notamment par le renforcement de la responsabilité des dirigeants et par l'introduction d'un « solvency test » dans le régime de l'*Unternehmergesellschaft*, v. H. Hirte et A. Schall, *La société d'entrepreneur en droit allemand* (« *Unternehmergesellschaft* »), préc., n° 6 s.



tel que celui fondé sur l'obligation de réaliser un test de solvabilité préalablement à tout versement de dividendes ou à toute autre forme de distribution, comme le préconisa le Groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés dans son rapport de 2002<sup>89</sup> et le consacra la Commission dans sa proposition de règlement SPE (à 1 euro) du 25 juin 2008<sup>90</sup>. Il faut préciser que si le montant du capital social minimum a été revu à la baisse dans certains États, les réformes n'ont pas concerné les sociétés anonymes – sauf en France, *mutatis mutandis*, pour ce qui concerne société anonyme simplifiée (ci-après « SAS »)<sup>91</sup>, dont le droit applicable avait été harmonisé par la deuxième directive (art. 6)<sup>92</sup>, puis refondu par une autre du 25 octobre 2012<sup>93</sup>. On soulignera également que la concurrence législative

entre les États a souvent abouti à une concurrence des formes au plan national, la SAS supplantant progressivement la SA et la SARL classiques en France<sup>94</sup>, comme la *GmbH* simplifiée commence à supplanter la *GmbH* « normale » en Allemagne<sup>95</sup>.

**L'affaiblissement de la théorie du siège réel dans le conflit de lois<sup>96</sup>.** Bien que la liberté des États membres d'avoir leur propre droit international privé des sociétés n'ait pas été directement remise en cause par la jurisprudence de la CJUE en matière de liberté d'établissement<sup>97</sup>, des pays ayant consacré le critère du siège réel se sont tournés vers le rattachement par le lieu de constitution (siège statutaire). Le dernier en date fut l'Allemagne, pays fortement attaché à la théorie du siège réel : suite

(89) Disponible à l'adresse : [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/report\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_fr.pdf).

(90) V. l'art. 21 de ladite proposition (préc., *supra*, note 6).

(91) Depuis la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, le montant du capital social est fixé librement par les statuts puisque l'art. L. 227-1 du code de commerce écarte l'application de l'art. L. 224-2 du même code.

(92) Directive 77/91/CEE du Conseil en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital (JO L 26, 31 janv. 1977), modifié par la directive n° 2006/68/CE du 6 sept. 2006 (JO L 264 du 25 sept. 2006, p. 32–36).

(93) Directive n° 2012/30/UE du 25 oct. 2012, JOUE L 315, 14.11.2012, p. 74-97.

(94) Bureau, L'altération des types sociétaires, *Mélanges offerts à P. Didier*, Economica, 2008, p. 57-79.

(95) H. Hirte et A. Schall, La société d'entrepreneur en droit allemand (« Unternehmergesellschaft »), préc., n° 11.

(96) V. M. Menjuçq, La notion de siège social : une unité introuvable en droit international et en droit communautaire, *Droit et actualité – Étude offerte à Jacques Béguin*, Litec 2005, p. 499-506, p. 500-504.

(97) En ce sens, v. P. Lagarde, Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures, *RebelsZ Bd 68* (2004), p. 225-243, p. 228 ; M. Menjuçq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 136, p. 140. *Contra* : F. Viangalli, *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, PUAM, 2004, n° 221. Le dernier arrêt en date de la Cour de justice réaffirme le principe consacré par une jurisprudence constante selon lequel 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 fonctionnement ; par conséquent, un État membre dispose incontestablement de la faculté de définir tant le lien de rattachement qui est exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon son droit national et susceptible, à ce titre de bénéficier du droit d'établissement, que celui requis pour maintenir cette qualité ultérieurement (CJUE, 12 juill. 2012, C-378/10, *VALE Épitési kft*, préc., pts 27 et 29).

(98) Nouvel *GmbHG* § 4a : « Sitz der Gesellschaft : Sitz der Gesellschaft ist der Ort im Inland, den der Gesellschaftsvertrag bestimmt ». Nouvel *AktG* § 5 : « Sitz : Sitz der Gesellschaft ist der Ort im Inland, den die Satzung bestimmt ». Avant cette réforme et suite aux arrêts *Centros* et *Überseering*, le *Bundesgerichtshof* concluait qu'il ne serait plus possible de continuer à appliquer la théorie du siège réel aux entreprises établies dans l'UE, acceptant ainsi les incorporations étrangères en appliquant sans réserve le droit du siège statutaire (BGH, 13 mars 2003 (VII ZR 370/98), BGHZ 154, p. 185 ; 2 juin 2003 (II ZR 134/02), NJW 2003, 2609 ; 14 mars 2005 (II ZR 5/03), ZIP 2005, 806).

(99) Selon M. Menjuçq (*Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 92, 96-100), à l'appui de la thèse de H. Synvet (*L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, thèse Rennes, 1979), au contraire de ce qui est généralement admis, le droit français se place plutôt dans une position intermédiaire entre les deux critères de rattachement : le rattachement de principe étant le siège statutaire, le siège réel ne prévaut que lorsqu'il s'agit de sanctionner la fictivité du siège statutaire et la fraude. Pour F. Jault-Seseke et M. Menjuçq (*Droit international privé et droit communautaire dans le code de commerce*, in P. Le Cannu (coord.), *D'un code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Tome 17, LGDJ, 2008, p. 393-406, p. 402-403), une unification européenne en la matière serait la solution la plus satisfaisante, même s'ils y voient une certaine fragilité du fondement juridique de l'action de l'UE en ce domaine, eu égard à l'absence de compétence générale pour légiférer en la matière. V. également, R. Dammann et M. Menjuçq, L'Union européenne devrait ranger parmi ses priorités l'unification des règles de droit international privé concernant les sociétés commerciales, contribution au Rapport Lenoir sur la *Societas Europaea* : *La SE ou Societas Europaea : pour une citoyenneté européenne de l'entreprise*, La documentation française, 2007, p. 292 s.

à l'adoption de la loi de modernisation du droit de la *GmbH* en 2008, la *GmbH* et l'*Aktiengesellschaft* peuvent dissocier leur siège réel de leur siège statutaire et le localiser en dehors des frontières allemandes tout en conservant la personnalité juridique <sup>98</sup>.

En France, le même changement, bien que moins radical, est proposé par une partie de la doctrine <sup>99</sup>. Il s'agirait d'adapter la règle de conflit française à la jurisprudence de la CJUE par une interprétation restrictive de l'exception à l'application de la loi de l'État du siège statutaire admise par les articles 1837 du code civil et L. 210-3 du code commerce dans leurs alinéas 2 respectifs <sup>100</sup>. Ces dispositions autorisent les tiers à se prévaloir du siège réel sans que ne leur soit opposable le siège statutaire, lorsqu'il existe une dissociation entre les deux sièges <sup>101</sup>. Fors le cas de fraude, une partie de la doctrine française estime qu'une telle exception ne saurait être conforme à la jurisprudence européenne en matière de libre circulation des sociétés <sup>102</sup>.

Le constat d'une convergence des droits nationaux européens vers le rattachement formel du siège statutaire va au-delà de l'exemple franco-allemand. En 2004, la Slovaquie s'est également alignée sur ces systèmes de conflit de lois ayant consacré le critère du siège statutaire. Puis, ce fut au tour de la Hongrie d'harmoniser les textes contradictoires existant en droit interne <sup>103</sup>, en les alignant sur la jurisprudence *Centros-Überseering-Inspire Art* de la Cour <sup>104</sup>. En effet, depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2007, les sociétés constituées selon le droit hongrois sont autorisées à transférer librement leur siège réel en dehors du territoire national <sup>105</sup>. Il convient de souligner que l'évolution actuelle des règles nationales de conflit de lois vers le système du siège statutaire <sup>106</sup> converge avec les solutions de principe adoptées par la Commission tant dans les premières propositions de règlement SE <sup>107</sup> que dans la proposition de règlement SPE du 25 juin 2008 <sup>108</sup> ; cette évolution recèlerait néanmoins un paradoxe au regard du sens donné aux réformes nationales, tournées dans une large mesure vers

(100) M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 138, p. 141-142.

(101) L'approche classique voit cependant dans les art. 1837 du code civil et L. 210-3 du code de commerce une règle bilatérale de conflit de lois qui rattache les sociétés à la loi de l'État où est situé leur siège social réel. V. parmi d'autres, D. Holleaux, J. Foyer et G. de Geoffre de La Pradelle, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 231 ; H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome I, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1993, n° 196 ; Y. Loussoarn, Analyses des dispositions de la loi du 24 juill. 1966 relatives au droit international du commerce, RTD com. 1967. 327 ; V. Magnier, La société européenne en question, Rev. crit. DIP 1993. 555-587, n° 36.

(102) Ainsi, pour ce qui est des sociétés constituées selon le droit d'un État membre mais ayant leur siège réel en France, l'invocation du siège réel par le tiers ne devrait être admise que dans la mesure où elle « correspondrait à l'exception d'abus prévue de manière fort théorique par l'arrêt *Inspire Art* et à celle de fraude aux tiers expressément relevée par l'arrêt *Centros* comme limite potentielle à la liberté d'établissement des sociétés ». V. M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 138, p. 141-142.

(103) Sur l'essentiel de cette contradiction, v. les explications données par V. Korom, La liberté d'établissement des personnes morales et l'affaire *Cartesio* : un pas en arrière ?, préc., p. 11-12.

(104) Arrêts préc., *supra*, note 3.

(105) La loi LXI de 2007 est intervenue alors même que la CJUE, ne s'était pas encore prononcée contre la demande de la société *Cartesio* de transférer son siège réel vers l'Italie tout en demeurant régie par le droit hongrois – ce que ce droit refusait en toute logique puisqu'il reposait, jusqu'alors sur la théorie du siège réel.

(106) Parmi les pays européens ayant actuellement recours à ce critère, se trouvent traditionnellement ceux de la *common law*, comme l'Angleterre, où la théorie a pris naissance au XVIII<sup>e</sup> siècle afin de protéger les intérêts économiques britanniques à l'étranger (G. Reinhart, Das Internationale Gesellschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, *Bericht über das Zweiundzwanzigste Gemeinsame Seminar der Juristischen Fakultäten von Montpellier und Heidelberg*, 12-27, Juni 1990, p. 109-124, p. 115), ainsi que certains droits de tradition romaniste ou romano-germaniste, comme les Pays-Bas, le Danemark, la République Tchèque, la Finlande, la Hongrie, Malte, la Suède, l'Irlande, la Slovaquie, Chypre, la Suisse, l'Italie (qui par la loi du 31 mai 1995, a consacré le critère du siège statutaire comme critère de rattachement de principe, tout en réservant à la loi italienne la compétence pour régir les sociétés dont le siège réel ou l'objet principal de leur activité se trouvent en Italie - art. 25) et, plus récemment, l'Allemagne. La France quant à elle se trouvant, comme nous l'avons vu, plutôt dans une position intermédiaire où le critère du siège statutaire semble s'imposer comme critère de rattachement de principe. V. l'énumération faite par la Commission européenne des pays européens ayant actuellement recours à ce critère dans *Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office*, 12 déc. 2007, SEC (2007), 1707, préc. p. 9

(107) V. l'art. 5 de la proposition de 1970 (préc., *supra*, note 30).

(108) V. l'art. 7 de ladite proposition (préc., *supra*, note 7).

l'amélioration du cadre juridique pour les entreprises nationales et pour attirer des investissements directs <sup>109</sup>.

**Corporate governance – terrain de convergences liées à la méthodologie et aux solutions de fond.** Pour ce qui est de la méthodologie, l'exemple allemand en matière de gouvernance d'entreprise est saisissant. En 2002, l'Allemagne s'est dotée d'un code de gouvernance d'entreprise fondé sur le système anglo-saxon du « *comply or explain* » (obligation pour les sociétés d'avoir à se conformer à un code de gouvernement d'entreprise ou d'expliquer les raisons qui la conduisent à s'en écarter) <sup>110</sup>. Entièrement nouveau en droit allemand des sociétés, ce code a été adopté comme du « droit mou » (*soft law*). Alors que les débats nationaux et européens ont déclenché, à la même époque, des réformes législatives majeures dans ce pays <sup>111</sup>, l'adoption d'un code de *corporate governance* comme *soft law* ne peut qu'étonner dans un pays

où le droit peut apparaître dirigiste et tutélaire. Il s'agit bien d'une influence « par contagion » de la politique législative suggérée par la Commission – qui depuis 2001 joue un rôle moteur dans la réflexion sur le gouvernement d'entreprise –, et adoptée dans d'autres pays européens en la matière.

Par ailleurs, l'approche anglo-saxonne du « *comply or explain* » (« se conformer ou s'expliquer ») s'est imposée non seulement en Allemagne, mais aussi en France depuis la loi du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit européen <sup>112</sup> (V. les art. L. 225-37, al. 7 et C. com., L. 225-68, al. 8) <sup>113</sup>. Il faut dire que dans un temps où le marché des capitaux domine le débat international sur la *corporate governance*, les partisans de cette approche libérale et flexible font valoir à l'encontre des règles rigides que ce marché sanctionnerait de lui-même <sup>114</sup>.

- (109) Selon W. Schön (Play different games ? Regulatory competition in tax and company law compared, préc., p. 344) : « Looking at the real world we have to admit that the most of corporate law reform which is taking place presently in Europe is not primarily aimed at the attraction of foreign enterprises to incorporate or to reincorporate in other jurisdiction. It is predominantly carried out in order to improve the legal environment for domestic enterprises and to attract real direct investment. [...] Among the strange outcomes resulting from this political analysis is the fact that the 'real seat' theory seems to be more in line with this behaviour of the political forces than the 'incorporation theory'. If legislation is primarily aimed at supporting the needs of domestic business within the domestic legal environment, any company having its effective place of management within the jurisdiction is right on target, while foreign enterprises which register without any substantial economic contact to the jurisdiction simply 'free-ride' on regulatory advantages without paying for it. »
- (110) Pour une version en langue française de ce code en date du 14 juill. 2007, consulter : [http://www.ecgi.org/codes/documents/cg\\_code\\_germany\\_june2007\\_fr.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_code_germany_june2007_fr.pdf)
- (111) À l'instar de celle portant sur le renforcement des fonctions de conseil et de contrôle du conseil de surveillance, réalisée par la loi sur le contrôle et la transparence des entreprises - *KonTraG*, adoptée en 1998, et de celle portant sur le renforcement des fonctions d'information du conseil de surveillance et des droits de ses membres, réalisée par la *TransPuG* (transparence et la divulgation publique), adoptée en 2002.
- (112) Notamment la directive 2006/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 modifiant les directives du Conseil 78/660/CEE concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, 83/349/CEE concernant les comptes consolidés, 86/635/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers, et 91/674/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance (JO n° L 224 du 16/ août 2006 p. 1-7). V. Livre vert : Le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'UE (COM(2011) 164 final, Bruxelles, le 5 avr. 2011), disponible à l'adresse : [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/com2011-164\\_fr.pdf#page=2](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/com2011-164_fr.pdf#page=2). V. la réponse du réseau *Trans Europe Experts* à ce Livre vert, adressée à la Commission le 26 juill. 2011 et publiée sous la direction de V. Magnier, dans la collection *Trans Europe Experts*, vol. 4, SLC, 2012. V. aussi : Étude sur les systèmes de contrôle et la mise en place des règles de gouvernement d'entreprise au sein des États membres de l'Union européenne, disponible à l'adresse : [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/ecgforum/studies\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/ecgforum/studies_fr.htm).
- (113) V. Y. Paclot, La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés, *Rev. sociétés* 2011. 395. Il convient cependant de signaler qu'en France, la réflexion sur le gouvernement d'entreprise a également suscité des interventions législatives de plus en plus nombreuses pour introduire dans le code de commerce et dans le C. mon. fin. des dispositions modernisatrices en la matière, souvent empruntées aux divers rapports d'experts, au droit comparé, ainsi qu'au législateur européen. À ce propos, v. A. Gaudemet, L'exercice du pouvoir dans les sociétés (la gouvernance d'entreprise) – Rapport français, *Travaux de l'Association Henri Capitant – Journées Chiliennes - Santiago et Valparaiso, 28 mai – 1<sup>er</sup> juin 2012 – Le pouvoir dans les sociétés*, p. 9-13, disponible à l'adresse : [http://www.henricapitant.org/sites/default/files/France%20\(A%20%20Gaudemet\).pdf](http://www.henricapitant.org/sites/default/files/France%20(A%20%20Gaudemet).pdf).

Quoi qu'il en soit, la méthode de *soft law* semblerait bien adaptée à la problématique de la *corporate governance* du fait qu'elle permet, comme l'a souligné Jean-Claude Marin, « un 'changement de culture' en douceur tout en facilitant une grande adaptabilité des normes » <sup>115</sup>. Bien plus, elle entraîne la convergence des cultures juridiques dans les domaines couverts par les textes. Plus ceux-ci sont « universellement » accueillis, plus la convergence est accentuée. Et quand bien même la plupart des pays romanistes se montrent peu enclins aux normes souples et dépourvues de sanctions, la méthode semble aujourd'hui incontournable, y compris au sein des organisations internationales dotées d'une fonction normative, comme la Conférence de La Haye de droit international privé ou la CNUDCI.

*Quid des convergences liées au fond ?* En Europe, il existe actuellement plus de quarante codes de gouvernance. Ils témoignent d'un remarquable degré de convergence selon l'étude réalisée pour le compte de la Commission européenne par Weil, Gotshal & Manges LLP en mars 2002 <sup>116</sup>. Pour cette raison, la Commission a estimé que l'élaboration d'un code européen de gouvernement d'entreprise n'était pas nécessaire <sup>117</sup>. Cela se comprend. En effet, dans ce domaine, la concurrence a vocation à provoquer la convergence des bonnes pratiques. Par exemple, selon le 9<sup>e</sup> *Panorama de la gouvernance des sociétés cotées françaises*

publié par le Cabinet Ernst & Young (ci-après « E&Y ») en 2011, les conseils des sociétés du CAC 40 comprenaient 55 % d'administrateurs indépendants ; 54 % de ces sociétés disposaient d'un « administrateur référent », dont la mission était de coordonner l'action des administrateurs indépendants, notamment de prévenir les situations de conflit d'intérêt. Ce nouvel acteur n'est cependant pas prévu par la loi <sup>118</sup>. En l'espèce, les sociétés cotées françaises prennent modèle sur le « *lead director* » ou « *senior independent director* » britannique, prévu dans le *UK Corporate Governance Code* (sect. 4.1 et 4.2) <sup>119</sup>.

Plus récemment, c'est la formule anglaise « *say and pay* » concernant les rémunérations des dirigeants d'entreprise qui a fait son apparition en France et ce de manière tout à fait spontanée. En effet, alors que le gouvernement français venait de renoncer à légiférer pour limiter les salaires des patrons, les actionnaires de la société Publicis ont voté, le 29 mai 2013, l'indexation de la rémunération du président du directoire de ce groupe de communication, qui fut entièrement indexée sur les résultats du groupe. La rémunération de la présidente du conseil de surveillance a, elle aussi, été votée par l'actionnariat. Alors que la rémunération de ces deux dirigeants est fixée par le conseil de surveillance, conformément aux articles L. 225-63 et L. 225-81 du code de commerce, le recours, pour la première fois en France, à ce principe déjà assez

(114) J. Cremers et E. Wolters, *EU and national company law – fixation on attractiveness*, préc., p. 14.

(115) J.-Cl. Marin, Rapport introductif, *Les conflits d'intérêts, fonction et maîtrise*, F. Pasqualini (coord.), SLC 2013. 13-22, p. 19.

(116) Étude comparative sur les codes de gouvernement d'entreprise intéressant l'Union européenne et ses États membres. Disponible à l'adresse : [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/company/company/news/corp-govcodes-rpt\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/news/corp-govcodes-rpt_en.htm).

(117) COM(2003)284, 21.05.2003, préc. ; approche conservée par la Commission dans son plan d'action de déc. 2012 COM(2012)740 final, 12.12.2012, préc., spéc. p. 17.

(118) Selon A. Gaudemet, la recommandation de la Commission européenne du 15 févr. 2005 concernant le rôle des administrateurs non exécutifs et des comités du conseil d'administration, qui encourageait la présence d'un nombre suffisant d'administrateurs indépendants, de manière à garantir un traitement approprié des conflits d'intérêt impliquant un ou plusieurs administrateurs, n'a pas fait l'objet d'une consécration légale en France, eu égard notamment à la difficulté qu'il peut y avoir à définir la notion d'administrateur indépendant. V. A. Gaudemet, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés (la gouvernance d'entreprise)*, préc., p. 12.

(119) B. François, *Panorama de la gouvernance des sociétés cotées*, Rev. sociétés 2012. 63. Il n'empêche que la nomination d'administrateurs indépendants et la création des comités spécialisés étaient déjà prévues par le *Rapport Viénot I* sur « le conseil d'administration des sociétés cotées » de juill. 1995. V. A. Gaudemet, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés (la gouvernance d'entreprise)*, préc., p. 9. Par ailleurs, les principes 6.4 et 8.3 du code AFEP-MEDEF y font mention.

répandu dans les sociétés anglo-saxonnes tient à la concurrence que celles-ci font aux entreprises françaises dans la course aux investisseurs <sup>120</sup>.

Faut-il pour autant en conclure que, en sa signification la plus profonde, la doctrine anglo-américaine de la *corporate governance* fondée sur la culture de la « valeur actionnariale » [*shareholder value*] s'est ancrée dans les pays de l'Europe continentale ? Sur ce point, rien n'est moins sûr. En France, depuis l'arrêt rendu par la Cour d'appel en 1965 dans l'affaire *Fruehauf* <sup>121</sup>, la notion d'intérêt social comprend, malgré certaines voix discordantes <sup>122</sup>, non seulement l'intérêt commun des associés mais également celui de l'ensemble des partenariats de l'entreprise, salariés compris <sup>123</sup>. Dans les pays germaniques, scandinaves et de l'Europe centrale où prévalent le système de la

codétermination au sein des sociétés privées <sup>124</sup> et une conception socio-économique de l'entreprise, l'intérêt social est aussi une notion qui, nonobstant les assauts de la globalisation des marchés et les critiques auxquelles s'expose le régime qui l'incarne <sup>125</sup>, dépasse naturellement le seul intérêt des associés.

Ces quelques exemples – auxquels on pourrait également associer le projet d'une loi-modèle européenne en droit des sociétés des capitaux, initié par la doctrine et non encore finalisé <sup>126</sup> – illustrent parfaitement que dans un environnement parfaitement marqué par la concurrence législative, les modèles finissent par circuler et par influencer les législateurs au point de générer des convergences substantielles. Demeure cependant l'incertitude quant au niveau d'harmonisation à laquelle une telle convergence condui-

- (120) Pour la 1<sup>re</sup> fois, le salaire d'un patron voté par les actionnaires, Le Monde.fr avec AFP et Reuters, 29 mai 2013, disponible à l'adresse : [http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/05/29/pour-la-premiere-fois-le-salaire-d-un-patron-vote-par-les-actionnaires\\_3419535\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/05/29/pour-la-premiere-fois-le-salaire-d-un-patron-vote-par-les-actionnaires_3419535_3234.html).
- (121) Paris, 22 mai 1965, *Fruehauf*, JCP 1965., II, n°14274 bis ; D. 1968. 147, note Contin.
- (122) V., par ex., D. Schmidt, De l'intérêt social, JCP E 1995, n° 38, p. 361 s.
- (123) Ainsi J. Paillusseau, Les fondements du droit moderne des sociétés, JCP E 1995.I.488 ; le Rapport Viénot I de juill. 1995 sur les principes du gouvernement d'entreprise, Édition ETP, p. 9 réalisé conjointement avec le CNPF (actuel Medef) et l'AFEP ; et J.-J. Daigre, Du Fruit d'une expérience d'enseignement à Louvain : existe-t-il un droit commun des sociétés en Europe ?, préc., 280-281.
- (124) Pour un aperçu, v. le tableau préparé par N. Kluge et M. Stollt (eds.), *The European Company – Prospects for board-level participation in the enlarged EU*, Brussels 2006, mis à jour le 31 mars 2010 par A. Conchon, disponible à l'adresse [http://www.boeckler.de/pdf/bb\\_2010\\_06\\_mbe\\_unternehmensmitbestimmung.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/bb_2010_06_mbe_unternehmensmitbestimmung.pdf)
- (125) À propos, v. R Lasserre, La cogestion allemande à l'épreuve de la globalisation, *Regards sur l'économie allemande – Bulletin Economique du CIRAC*, n° 72, juillet 2005, p. 7-16.
- (126) Parallèlement au mouvement doctrinal et législatif visant à mettre en place un droit européen de contrats, mais sans avoir encore suscité autant de débats, on retrouve un projet mené à l'initiative des professeurs T. Baums et P. Krüger Andersen par des universitaires à travers l'Europe, qui vise à développer une *European Model Company Law Act* (EMCLA), à caractère facultatif, amplement inspirée, dans la forme, de l'expérience américaine de l'*U.S. Model Business Corporation Act*) et largement ancrée, dans le fond, dans l'expérience de tous les différents ordres juridiques nationaux composant l'Union européenne. La rédaction de plusieurs chapitres est déjà achevée et montre la forte influence de l'autonomie statutaire et de l'autorégulation. Il ne s'agit pas de créer une nouvelle forme juridique européenne. L'objectif est d'offrir une loi modèle sur les sociétés de capitaux qui s'intègre facilement et de manière facultative dans les droits nationaux. La perspective méthodologique adoptée par les experts attire l'attention, car tout en visant à proposer des normes spécifiques aux thèmes abordés par la Commission qui s'intègrent dans les droits nationaux, le projet entend limiter au maximum des renvois à ces mêmes droits. Selon la plupart des participants à la consultation sur l'avenir du droit européen des sociétés lancée par la Commission en février 2012, cette loi modèle pourrait uniquement servir de complément à l'harmonisation européenne (Feedback statement – Summary of responses to the public consultation on the future of European Company Law, July 2012, préc., spéc. p. 8 ; v. également, B. Lecourt, Chronique de droit européen des sociétés, *Rev. sociétés* 2012.556, spéc. p. 660). À propos, v. T. Baums, *Lois modèles européennes en droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 2008.81-88 ; T. Baums et P. Krüger Andersen, *The European Model Company Act Project*, in Michel Tison, Hans De Wulf, Christoph Van der Elst, Reinhard Steennot (eds.), *Perspectives in Company Law and Financial Regulation*, Cambridge : Cambridge University Press, 2009, p. 5-17 ; P. Krüger Andersen, *The European Model Company Act* (EMCA): A new way forward », in U. Bernitz et W.-G. Ringe (eds.), *Company Law and Economic Protectionism – New Challenges to European Integration*, Oxford : Oxford University Press, 2010, p. 303-325 ; E. B. Cleff, *The European Model Company Act : How to choose an efficient regulatory approach ?*, *International Journal of Private Law*, vol. 4, n° 1, 2011, p. 156 – 170 ; J. Sánchez-Calero et M. Fuentes, « La armonización del Derecho europeo de sociedades y los trabajos preparatorios de la *European Model Company Act* (EMCA), *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. X (2010), p. 745-758.

rait : vers le haut (*race to the top*) ou vers le bas (*race to the bottom*) ?

C'est bien le sens vers lequel la séduction se tourne qui préoccupe l'esprit des auteurs. Pour d'aucuns, le corollaire d'une mise en compétition des systèmes juridiques serait que, face à la désertion des sociétés vers les États dont le droit des sociétés est plus libéral, un pays ayant adopté un droit des sociétés plus contraignant devrait, pour prévenir la fuite des sociétés, abaisser son niveau d'exigence et s'aligner sur le droit étranger le plus « laxiste »<sup>127</sup>. Il en résulterait ainsi un risque de vide de substance des ordres en concurrence<sup>128</sup>. D'autres, en revanche, voient dans la concurrence normative une chance pour le législateur national de rendre attractif son droit<sup>129</sup> et de le moderniser<sup>130</sup> en développant des

règles appropriées aux sociétés, y compris en matière d'insolvabilité<sup>131</sup>. Toutefois, il semble que cette question ne saurait recevoir une réponse globale et qu'il faille distinguer les types de société concernés par chaque mouvement de réforme. Sur cette base, un auteur estime que la concurrence normative s'orienterait vers un droit des sociétés non cotées plus souple, tandis que pour les sociétés cotées, ce serait vers une augmentation des contraintes que tendrait le droit<sup>132</sup>.

Quel que soit le sens vers lequel cette concurrence devait s'orienter, des limites à la convergence de modèles sous l'impulsion de la concurrence pourront court-circuiter une éventuelle harmonisation par cette voie, sans pour autant éviter la création d'un « marché du droit » en Europe.

### III - Limites à la convergence de modèles dans un cadre concurrentiel

D'après Klaus J. Hopt, la concurrence exige plus qu'un alignement : « il ne faut pas seulement suivre frileusement le mouvement, il faut le devancer, avec des idées neuves »<sup>133</sup>. Voilà une première limite à la convergence de modèles dans un cadre concurrentiel : l'innovation non concertée entre les États. Ceci conduit à ce constat : en tant que distinct des techniques institutionnelles d'harmonisation

ou d'uniformisation du droit (conventions, directives, règlements, etc.), le phénomène de convergence des modèles sous l'impulsion de la concurrence normative est nécessairement limité. De plus, subsistera toujours des éléments distincts entre des règles ainsi « harmonisées », qui seront autant de « limites » à la convergence. Dans l'environnement concurrentiel européen, tant qu'une

(127) Ph. Malherbe, J. Malherbe et M. Jonet, Concurrence entre juridictions en droit européen des sociétés – un regard européen sur le syndrome de Delaware, *Revue de droit international et de droit comparé*, 2003, p. 141- 232.

(128) D. Pasteger, in *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 12, p. 17-18.

(129) Ainsi M. Lutter et P. Hommelhoff, *SE-Kommentar*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2008, p. 60 ; N. Rontchevski, Country report France, in T. Baums et A. Cahn (Hrsg.), *Die Europäische Aktiengesellschaft – Umsetzungsfragen und Perspektiven*, Berlin : De Gruyter Recht, 2004, p. 51-61, p. 53.

(130) K. Rodriguez, L'attractivité, nouvelle perspective du droit national des sociétés, *Bulletin Joly Sociétés*, 01 février 2004 n° 2, p. 330 sq. Cet auteur estime néanmoins que des limites d'ordre déontologique s'imposent. Ainsi, dès lors qu'une quête irraisonnée de séduction peut conduire à des dérives, la déontologie devrait, dans un contexte de moralisation du droit des affaires, imposer un seuil de réglementation commune en-dessous duquel le législateur ne saurait aller. En outre, la libéralisation du droit des sociétés doit cantonner les réformes à la « vie privée » de la société, sans subvertir la matière en faisant fi des dispositions protectrices de l'intérêt général et des intérêt catégoriels – à l'instar de l'égalité entre associés ou de la souveraineté de l'assemblée générale – ou encore des impératifs d'une bonne gouvernance d'entreprise.

(131) J. Armour, Who Should Make Corporate Law ? EC Legislation versus Regulatory Competition, préc., p. 38-52.

(132) V. Magnier, Les droits des sociétés dans l'Union européenne : entre concurrence et équivalence, préc., p. 70-73.

(133) K. J. Hopt, Droit comparé des sociétés. Quelques réflexions sur l'actualité et les évolutions comparées du droit allemand et du droit français des sociétés, préc., p. 314.

divergence entre modèles et une liberté de choix de loi persisteront, la configuration d'un « marché du droit » sera permise, même s'il ne coule pas de source de repérer ce qui s'échange sur ce « marché » (les lois, les contrats, les idées, les catégories, les langages, les solutions, les méthodes, les juges ?) <sup>134</sup>.

Dans le cadre de notre démonstration, deux limites à la convergence de modèles juridiques retiendront l'attention : les difficultés métajuridiques (A) et l'avènement des sociétés de droit européen à rattachement pluriel et, plus particulièrement de la *Societas Europaea* (B).

### A - Difficultés métajuridiques restreignant la convergence de modèles juridiques sous l'impulsion de la concurrence normative

Dans un cadre concurrentiel regroupant des traditions juridiques aussi différentes que l'anglaise et la l'allemande ou encore la française, il convient de reconnaître, avec A. Raynouard, que, quand bien même la concurrence entre les normes et la concurrence des mécanismes et des

solutions juridiques est concevable, la concurrence entre *systèmes de droit* ne peut pas exister puisque ces derniers ne sont pas substituables en raison de leurs liens avec l'histoire d'un pays et de leurs caractéristiques nécessairement diffuses et complexes. Le système intègre une « pratique » au sens où Bourdieu identifiait l'*habitus* <sup>135</sup>. D'où l'importance, selon P. Legrand, d'entreprendre, en vue d'une intégration des droits en Europe, une démarche méthodologique respectueuse de la différence des histoires et des épistémologies propres aux systèmes juridiques en présence, de façon à éviter la réduction des contradictions à un consensus fade <sup>136</sup>.

Dès lors que les systèmes ne sont pas substituables, il y aurait des barrières métajuridiques à la convergence de modèles que la concurrence juridique produit. Parmi celles-ci, se trouvent les traits culturels et les expériences pratiques de chaque pays puisqu'ils conditionnent l'action du législateur.

De ce point de vue, il existe une tendance assez nette à conserver la *spécialisation* des systèmes juridiques. Ainsi, au modèle anglais de *self-regulatory system*, sur lequel le législateur anglais mise pour

(134) S. Robin-Olivier et D. Fasquelle, Sur l'idée d'échange, dans et hors du droit, in *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire – Une expérience de régionalisation et de mondialisation du droit*, op. cit., p. 3-8, p. 5.

(135) A. Raynouard, La concurrence normative, facteur d'échanges entre les droits ? La concurrence normative dans l'Union européenne, préc., p. 92-93. Cette approche semblerait couvrir aussi bien les actions institutionnelles favorisant la convergence des modèles, mais qui recouvre en réalité une concurrence juridique, que la convergence des modèles sous l'impulsion d'une telle concurrence.

(136) P. Legrand, Le primat de la culture, in P. de Vareilles-Sommières (dir.), *Le droit privé européen*, op. cit., p. 1-19. À la différence de l'approche précédente, celle-ci semblerait couvrir les seules actions institutionnelles favorisant la convergence des modèles mais qui recouvre en réalité une concurrence juridique.

(137) Selon la doctrine allemande, en créant la « petite SA » par une réforme de l'*Aktiengesetz* du 6 sept. 1965 (ci-après « AktG »), la « loi pour les petites sociétés anonymes et pour la déréglementation des sociétés par actions » du 2 août 1994 (BGBl I.1961) avait pour but de rendre les sociétés anonymes plus attractives pour les moyennes entreprises. Parmi les mesures d'allégement prévues par ce texte, se trouvent la possibilité d'un fondateur unique (art. 2 AktG), la liberté d'affectation des résultats (art. 58, al. 2, phrase 2 AktG) et des modalités simplifiées de convocation et de tenue des assemblées générales (art. 121, al. 4/6, et art. 124, al. 1/5, AktG). Cependant, le dirigisme à l'égard de la « petite SA » demeure, puisque le législateur la soumet à la réglementation minutieuse et rigide conçue pour les sociétés par actions. Ainsi, le principe de la rigueur statutaire des sociétés par actions (art. 23, al. 5, AktG) demeure inchangé vis-à-vis de la « petite SA », de même que la large portée de ce principe, couvrant pratiquement toutes les dispositions de l'*Aktiengesetz*, de sorte à empêcher, par ex., les associés de choisir un cadre organisationnel en adéquation avec les particularités de l'exploitation et des activités de leur « petite SA » ou d'adapter en souplesse leur organisation aux évolutions de l'environnement économique. V. P. Hommelhoff, Les « petites sociétés anonymes » dans le système juridique allemand, *Rev. sociétés* 1996. 245. Il est intéressant à cet égard de signaler que cet auteur invite le législateur allemand à revoir sa copie à la lumière du modèle français de la SAS, qui offre, par l'autonomie même de la forme, une liberté d'action aux associés beaucoup plus large et adapté aux PME.

conserver l'attractivité de son droit, s'opposera toujours le modèle allemand, plus dirigiste et tutélaire, même lorsque le législateur de ce pays met en place des structures simplifiées, comme l'a démontré l'avènement de la *Kleine Aktiengesellschaft* (la « petite SA ») en 1994 <sup>137</sup>.

Mis au diapason de l'argument précédent, le système de cogestion proposé par l'Allemagne et les pays scandinaves offre un « engagement crédible » aux employés qui investissent dans le « capital humain propre à l'entreprise ». Dans la logique du *law shopping*, les entreprises pour lesquelles un tel compromis a une grande valeur ne seront pas incitées à le renier en s'installant dans des pays comme le Royaume-Uni ou l'Italie qui ne possèdent pas de règles de codétermination, ou encore la France, où le système (obligatoire) de participation des salariés aux organes d'administration et de surveillance récemment prévu par la loi sur la sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 est sans commune mesure avec les réels enjeux d'une telle participation <sup>138</sup>.

Toujours dans la perspective de conserver la *spécialisation* des systèmes juridiques, une circulation de modèles de structure de gouvernance d'entreprise (moniste, dualiste ou mixte) ayant des effets de convergence substitutive semble également peu probable puisque ces

structures « sont souvent profondément ancrées dans le système général de gouvernance économique du pays » <sup>139</sup>. C'est cet ancrage qui a conduit la Commission à abandonner le projet de cinquième directive et à affirmer aujourd'hui qu'elle « n'a nullement l'intention de contester ou de modifier ce régime [de coexistence inter-étatique de structures] » <sup>140</sup>. Est-ce que les forces du marché parviendront à un résultat différent de celui jadis prétendu par les autorités européennes ? Rien n'est moins sûr et l'attachement des entreprises françaises au système moniste (susceptible néanmoins de variations), alors même que le droit français connaît le système dualiste « à l'allemande », en atteste <sup>141</sup>.

Non moins importants seraient également les obstacles à l'importation *des modèles que l'on ne maîtrise pas* ou qui *s'accommoderaient mal aux institutions nationales*, toute adaptation locale étant peu plausible. L'acceptation de la greffe n'allant pas de soi <sup>142</sup>, les systèmes plus consolidés se montrent toujours réticents face aux solutions venues d'ailleurs. L'opposition de certains États à la réglementation, au niveau européen, d'un droit des groupes, la difficile harmonisation du droit des contrats en Europe <sup>143</sup> ou encore la résistance française à la modernisation de son droit commun des contrats à la lumière du droit comparé sont à cet égard éloquentes !

(138) Lorsque les sociétés anonymes ou en commandite par actions possèdent plus de 10 000 salariés à l'échelle mondiale ou plus de 5000 salariés en France, elles devront accueillir des représentants des salariés à leur conseil d'administration ou à leur conseil de surveillance, avec voix délibérative. Cependant, leur nombre n'est pas expressif. Obligatoirement, il sera de deux au moins dans les sociétés dont le nombre d'administrateurs ou de membres du conseil de surveillance est supérieur à douze, et de un au moins dans les sociétés dont le nombre d'administrateurs ou de membres du conseil de surveillance est égal ou inférieur à douze. V. arts. L. 225-27-1, L. 225-79-2 et L. 226-5-1 issus de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi (JO n° 138 du 16 juin 2013, p. 9958).

(139) COM(2012)740 final, 12.12.2012, préc., spéc. p. 6

(140) *Ibid.*

(141) V. par ex., Ch. Perchet, Pertinence et pérennité de la SA avec conseil d'administration, Bull. July 2009. 440. V. infra, III, B. 2.

(142) Les « greffes juridiques » font souvent l'objet de débat en doctrine, étant bien connu celui entre A. Watson, *Legal Transplants*, 2<sup>nd</sup> éd., Athens, Ga. 1993, et P. Legrand, The impossibility of « legal Transplants », *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1997, p. 111 s.

(143) Par le biais d'un communiqué rendu public le 11 oct. 2011, la Commission européenne propose un droit commun européen de la vente à caractère facultatif pour stimuler les échanges et élargir le choix des consommateurs. Les chemins empruntés pour y arriver ainsi que la littérature y afférente est trop abondante pour que l'on les reprenne ici. Pour un aperçu, v. D. Porcheron, La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente : un pas décisif vers l'élaboration d'un droit européen des contrats ?, RLDA, nov. 2011, p. 54-57. Consulter aussi, parmi d'autres sources, le vaste matériel édité par l'*European Review of Contract Law*.



À ces limites métajuridiques à la convergence des modèles découlant de l'environnement culturel, il peut être ajouté celles d'ordre déontologique et celles résultant de l'environnement multilinguistique qui caractérise l'Europe, ainsi que et la difficulté d'accès à une connaissance parfaite et intégrale des droits des divers États membres qui en résulte <sup>144</sup>.

## B - La divergence des modèles engendrée par l'avènement de la *Societas Europaea*

L'entrée en vigueur du règlement SE a donné « *the starting shot* » à la compétition entre les législateurs nationaux par rapport au droit subsidiairement applicable à la SE <sup>145</sup>. Cela est dû au système de rattachement pluriel des sociétés de droit européen (1). Il a été démontré que le processus de compétition peut conduire, par la circulation des modèles, à une certaine convergence de solutions entre ordres juridiques concurrents. Un

tel effet concordant entre les législations concurrentes devrait alors également se manifester au regard du droit national applicable à la SE. Il y a cependant lieu de rester dubitatif quant à ce résultat (2).

## 1- La mise en compétitivité des législations par la stratification du droit applicable à la *Societas Europaea*

La stratification complexe du droit applicable à la SE <sup>146</sup> a renforcé le phénomène de « mercantilisation du droit » au sein de l'Union européenne <sup>147</sup>, déjà largement favorisé par la protection opérée par la CJUE du principe de libre établissement. Les multiples renvois du règlement aux droits nationaux se sont en effet révélés un puissant facteur d'attractivité pour les investisseurs désireux de localiser leur SE dans un État « libéral » <sup>148</sup>. La possibilité de localiser le siège des SE, soit *ab initio*, soit par l'intermédiaire d'un transfert de siège <sup>149</sup>,

(144) Limites également mises en relief par K. Rodriguez, L'attractivité, nouvelle perspective du droit national des sociétés, préc., p. 330.

(145) K. Oplustil et Ch. Teichmann, Préface, in K. Oplustil et Ch. Teichmann (dir.), *The European Company – all over Europe. A state-by-state account of the introduction of the European*, Berlin : De Gruyter Recht, 2004, p. V-VI, p. V. V. également, L. Enriques, Silence is Golden : The European Company Statute as a Catalytic for Company Law Arbitrage, European Comparison Governance Institute (ECGI) - ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, Law Working Paper – n° 07/2003, March 2003, 27p., Disponible au SSRN, à l'adresse : <http://ssrn.com/abstract=384801> ; H. Merkt, Das Europäische Gesellschaftsrecht und die Idee des "Wettbewerbs der Gesetzgeber", 59 RabelsZ (1995), 545 s.

(146) Sur la méthode de la pluralité des rattachements de la SE, v. not. M. Coipel, La pluralité des rattachements aux normes applicables à la société européenne, in *La société Européenne*, Bruxelles : Bruylant, 2005, p. 19-76 ; G. Blanc, La société européenne : la pluralité des rattachements en question (à propos du règlement (CE) n° 2157/2001 du 8 oct. 2001, D. 2002. chron.. 1052-1057 ; J. Béguin, Le rattachement de la SE, in K. J. Hopt, M. Menjucq et E. Wymeersch (dir.), *La société européenne - Organisation juridique et fiscale, intérêts, perspectives*, Dalloz, 2003, p. 31-58 ; J.-M. Bischoff, La société européenne – Aspects de droit international privé, LPA, 16 avr. 2002, n° 76, p. 43-47 ; W. J. M. van Veen, The Law Governing SEs ; an Interpretation based on a Textual Analysis and the Referencing Methodology in the Regulation, EC Law, 1(3), (2004), p. 111-116 ; U. Brandt et M. Scheifele, Die Europäische Aktiengesellschaft und das anwendbare Recht, *Deutsches Steuerrecht (DStR)*, 13/2002. 547-555, p. 552 ; M. Casper, Der Lückenschluss im Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, *Festschrift für Peter Ulmer*, Berlin, 2003, p. 51-72 ; Ch. Teichmann, The European Company – A Challenge to Academics, Legislatures and Practitioners, *German Law Journal*, vol. 4 (2003), n° 4, p. 309-331 ; R. Grote, *Das neue Europäische Aktiengesellschaft zwischen europäischen und nationalem Recht*, Dissertation, Universität Göttingen 1990.

(147) V. M. Menjucq, La société européenne (règlement CE n° 2157/2001 et directive 2001/86/CE du Conseil du 8 oct. 2001), *Rev. sociétés*2002.225, p. 246 ; G. Blanc, La société européenne : la pluralité des rattachements en question, préc., n° 27 ; A. Outin-Adam et A.-M. Reita-Tran, Après la 'Société européenne' (SE)... Les entreprises attendent la 'Société privée européenne' (SPE), *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n° 507, avr. 2007, p. 233-238, p. 235. *Contra* : A. Cotiga, La forme juridique de SE et la compétition entre systèmes normatifs, RLDA, mai 2012, n° 71, p. 139-143.

(148) P. Nicaise, La société européenne : une société de type européen !, *JT*, 2002, p. 481-490, p. 484.

(149) Ce qui est un moyen de surmonter les obstacles nationaux à la migration des sociétés, certaines législations, à l'instar de la législation anglaise, allemande et française, sanctionnant par la dissolution un tel transfert, ne le feraient qu'à des fins fiscales. V. H. Merkt, Das Europäische Gesellschaftsrecht und die Idee des "Wettbewerbs der Gesetzgeber", préc., p. 561-62.

dans des États ayant une législation nationale souple a alors provoqué une concurrence des législations nationales se rapportant non seulement aux sociétés anonymes <sup>150</sup>, mais également de celles visant spécifiquement la SE.

En effet, nonobstant l'encadrement du droit national résultant des directives sur les SA <sup>151</sup>, la marge laissée aux États membres pour élaborer des dispositions visant spécifiquement la SE s'est avérée un moyen très efficace pour les « opérations de séduction » du législateur national « en vue d'attirer sur leur sol le maximum de sociétés de ce type » <sup>152</sup>, comme l'ont parfaitement illustré, en France, l'exposé des motifs de la proposition de loi du 9 octobre 2003 présentée par le sénateur Marini <sup>153</sup>, et, en Belgique, le Rapport au Roi du 1<sup>er</sup> septembre 2004 précédant l'arrêté royal portant exécution du règlement <sup>154</sup>. Dans un contexte de concurrence des systèmes juridiques,

l'opération de séduction ne saurait de surcroît être menée dans le seul but d'attirer de nouveaux candidats ; elle devrait aussi retenir ceux qui menacent de partir ! <sup>155</sup>

Dans le cadre de la SE, la liberté de choisir le droit national a, par ailleurs, une double signification, comme l'a souvent souligné la doctrine <sup>156</sup> : tout d'abord, l'opérateur économique est libre de choisir entre une structure juridique européenne et une structure juridique nationale – ce qui crée une concurrence verticale entre le droit européen et les droits nationaux, mettant quelque peu à mal, au moins théoriquement, la prémisse du fédéralisme <sup>157</sup> ; ensuite, s'il retient la structure européenne, l'opérateur est libre de choisir le droit national qui lui est applicable subsidiairement à travers le choix d'un des 31 États dans lequel il immatriculera la future société ou vers lequel il transférera le siège social

- (150) M. Menjucq, La société européenne (règlement CE n° 2157/2001 et directive 2001/86/CE du Conseil du 8 oct. 2001), préc., p. 246.
- (151) Alors que l'encadrement résultant des directives sur les SA a constitué l'argument principal pour justifier le caractère squelettique du règlement et de l'uniformité substantielle du droit national applicable à la SE (V. F. Blanquet, Enfin la Société européenne, RDUE, 1/2001, p. 91-92), la plupart des commentateurs en Europe (V., par ex., P. Nicaise, La société européenne : une société de type européen !, préc., p. 482, 483 et 490 ; G. Blanc, La société européenne : la pluralité des rattachements en question, préc., n° 24 à 27 ; M. Coipel, La pluralité des rattachements aux normes applicables à la société européenne, préc., p. 56-57 ; M. Miola, Lo statuto di Società europea nel diritto societario comunitario : dall'armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti, Riv. soc., 2003, p. 322 s., p. 333) ont souligné que les variations de régimes ne seraient pas négligeables en raison des nombreuses différences existant entre les législations nationales sur les SA et de celles qui apparaîtront entre les diverses lois d'application de la SE.
- (152) G. Blanc, La société européenne : la pluralité des rattachements en question, préc., n° 27.
- (153) Selon l'exposé des motifs : « [I]a SE est donc une étape supplémentaire de la mise en compétitivité des droits nationaux puisqu'à partir d'un socle commun de dispositions, la SE pourra choisir librement parmi les variantes nationales au moment du choix du lieu de son siège. Or, une société qui souhaiterait bénéficier du régime juridique de la SE « à la française » devrait s'immatriculer et situer son administration centrale en France, ce qui ne manquerait pas d'entraîner des effets positifs sur l'économie nationale. L'enjeu pour la France consiste donc à rendre le droit français attractif pour les futures SE ». V. Proposition de loi Sénat, n° 11, 2003-2004, disponible à l'adresse : <http://www.senat.fr/leg/pp103-011.html>.
- (154) Selon ce rapport, l'une des caractéristiques du texte européen est de « prévoir à de nombreuses reprises que les États membres peuvent choisir entre plusieurs solutions qu'il établit ». Chaque fois qu'un choix devait être fait, le droit belge a voulu d'une part, « favoriser la perception du système juridique belge comme compétitif et attractif pour les investisseurs étrangers » et, d'autre part, « accorder à la société européenne une plus grande souplesse, notamment en laissant aux statuts la liberté de régler certains choix ». Comme l'indique le Rapport au Roi, « le cadre légal se veut donc simple et avantageux, mais également précis ». V. *Moniteur belge*, 9 sept. 2004, p. 65836.
- (155) En ce sens, v. S. Woolcock, Competition Among Rules in the Single European market, préc., p. 289 ; H. Fleischer, Supranationale Gesellschaftsformen in der Europäischen Union – Prolegomena zu einer Theorie supranationaler Verbandsformen, préc., p. 413-416.
- (156) V. en dernier lieu, les contributions des juristes français et allemands au colloque « L'avenir de la société européenne. Droit et limites aux stratégies internationales de développement des entreprises », organisé par la Faculté Libre de Droit, Université Catholique de Lille, le 24 févr. 2012, et publié dans le RLDA, mai 2012, n° 71, p. 109-146.
- (157) A propos, W. Schön, Play different games ? Regulatory competition in tax and company law compared, préc., p. 360-362.

ultérieurement – ce qui peut donner lieu à une concurrence horizontale entre les droits nationaux des sociétés. Comme cadre juridique d'action des opérateurs privés et des facteurs de production, la SE correspond donc à ces acteurs qui subordonnent à leur arbitrage les droits nationaux grâce au pouvoir dont ils sont investis du fait de leur nouvelle mobilité dans un monde libre et globalisé <sup>158</sup>.

Cependant, le réel impact des politiques nationales d'attraction des SE étrangères via l'aménagement des règles sociétaires applicables à la SE reste encore à déterminer. Tout d'abord, si les mouvements observés jusqu'à présent de transfert intra-européen du siège des SE révèlent que parmi les « destinations phares » des sociétés battant pavillon européen se trouvent l'Angleterre, le Luxembourg et la France <sup>159</sup> – pays offrant une flexibilité certaine à la SE –, ils ne démontrent pas *en soi* que le droit des sociétés de ces trois États membres soit « plus attractif » au point de les justifier. Confirmant les résultats d'une étude empirique menée en Allemagne en 2008 <sup>160</sup>, l'étude du cabinet *E & Y* sur le fonctionnement et l'impact du statut SE de 2009 démontre que, à l'exception possible du Luxembourg (et dans une moindre mesure du Royaume-Uni, des Pays-Bas, de la Belgique et de la Slovaquie), le degré d'attractivité et de flexibilité inter-États membres de la législation nationale applicable à la SE ne semble pas être un réel facteur dans le choix de la forme juridique de la SE <sup>161</sup>. En

effet, d'autres motivations que le choix d'un droit des sociétés déterminé (choix d'un régime fiscal jugé plus favorable, prestige du lieu où se trouve le siège social, proximité avec les principaux partenaires ou avec le lieu d'activité, taille et indices de croissance d'un marché donné, main-d'œuvre qualifiée, etc.) concourent à la décision de localisation du siège social <sup>162</sup>. Par ailleurs, le fait qu'au 1<sup>er</sup> octobre 2013 seulement 75 transferts de sièges aient eu lieu pour un total de 1966 SE (soit à peine 4 %) pourrait signifier que le choix des entreprises de retenir telle ou telle SE de droit national a lieu dès la constitution, et non ensuite.

Face à ces données, la signification réelle d'une concurrence normative entre les États en vue d'attirer des SE sur leur territoire est minimisée par certains auteurs, qui insistent plutôt sur l'existence d'une concurrence verticale entre les formes nationales de sociétés et la SE dans le cadre d'un « marché européen des formes juridiques des sociétés » <sup>163</sup>. Une telle concurrence ne saurait être niée, comme le démontrent les études empiriques précitées <sup>164</sup>. L'exemple allemand est à cet égard le plus saisissant. Sur 1966 SE répertoriées dans toute l'Union au 1<sup>er</sup> octobre 2013, 272 SE ont été constituées en Allemagne par des entreprises allemandes. C'est le second pays en nombre de SE constituées après la République tchèque (1366 SE au 1<sup>er</sup> oct. 2013, dont un peu plus de 50 % sont des coquilles vides, prêtes à être vendues <sup>165</sup>).

(158) H. Muir Watt, Concurrence d'ordres juridiques et conflit de lois de droit privé, *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 615-633, p. 616.

(159) Total des SE constituées jusqu'au 1<sup>er</sup> oct. 2013 : 1966, dont 25 en France. Total des transferts jusqu'au 1<sup>er</sup> oct. 2013 : 75, dont 15 vers le Royaume-Uni, 10 vers le Luxembourg et 5 vers la France. Source : <http://ecdb.worker-participation.eu/>.

(160) H. Eindenmüller, A. Engert et L. Hornuf, Incorporating under European Law : the Societas Europaea as a vehicle for legal arbitration, déc. 2008, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=1316430>, p. 25-27.

(161) Study on the operation and the impacts of the Statute for a European company, 2008/S 144-192484, Ernst & Young, 9 déc. 2009. Cette étude peut être téléchargée sur [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2010/se/study\\_SE\\_9122009\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/se/study_SE_9122009_en.pdf) ; Sur cette étude, V. L. Julien-Saint-Amand et L. Cuillier, La réalité et l'avenir de la société européenne, RLDA, mai 2012, n° 71, p. 110-115.

(162) À ce propos, v. W. Schön, Play different games ? Regulatory competition in tax and company law compared, préc., p. 331-365.

(163) A. Cotiga, La forme juridique de SE et la compétition entre systèmes normatifs, préc., p. 139 s. ; H. Eindenmüller, A. Engert et L. Hornuf, Incorporating under European Law : the Societas Europaea as a vehicle for legal arbitration, préc., p. 25-27.

(164) V. *supra*, notes 160 et 161.

Alors que l'Allemagne se situe parmi les pays présentant le niveau de souplesse et d'attractivité le plus bas pour les SE <sup>166</sup>, l'attrait de la SE pour les entreprises allemandes pourrait aisément se justifier par le fait qu'elle leur permet, d'une part, de bénéficier d'un système moniste de gouvernance, alors que le droit allemand des SA impose le système dualiste <sup>167</sup>, et, d'autre part, de contourner, en les adaptant en quelque sorte, les régimes impératifs de la cogestion <sup>168</sup>. Le constat auquel sont parvenues lesdites études, à savoir que, d'un point de vue de la gouvernance d'entreprise, la plupart des SE ont été créées dans les États membres ayant un système de cogestion et où la structure dualiste d'entreprise est obligatoire <sup>169</sup>, atteste ainsi de l'existence indiscutable d'une « mobilité juridique verticale », source d'une concurrence entre les systèmes fonctionnant à différents niveaux de décision en Europe <sup>170</sup>.

Ces mêmes auteurs reconnaissent cependant que la SE permet théoriquement l'exercice d'un arbitrage normatif horizon-

tal : « lorsqu'elles constituent une SE, les entreprises réalisent à la fois un arbitrage vertical et horizontal » <sup>171</sup>. Pour autant, poursuivent-ils, « elles n'utilisent pas l'arbitrage vertical en faveur de la SE au motif d'un arbitrage normatif horizontal » <sup>172</sup>. Pour eux, « l'absence de l'arbitrage normatif sur les droits nationaux des sociétés via la SE s'explique très probablement par l'obligation pour la SE d'avoir son siège réel et son siège statutaire dans le même État membre. De ce fait, à la différence des domaines fiscal et social, l'arbitrage normatif ultérieur sur le seul droit national des SA applicable à une SE devient coûteux car le déplacement du siège statutaire est rattaché à celui du siège effectif de la société » <sup>173</sup>.

Il y a donc lieu d'estimer, avec D. Voinot, que « [l']arbitrage entre la structure nationale à vocation transfrontalière et la structure européenne ancrée en droit national ne peut se faire qu'au terme d'une analyse comparative des régimes applicables. Or, il faut bien admettre que, s'agissant de la société européenne, cette

(165) Il est difficile de savoir avec certitude si cela est dû à l'attrait de la SE de droit tchèque pour les entreprises établies dans toute l'Union européenne ou à l'attrait de son régime fiscal pour ces mêmes entreprises (auquel cas, les effets de la concurrence se manifestent moins au niveau du droit des sociétés qu'au niveau fiscal), ou encore à l'attrait de la forme de la SE de droit national pour les entreprises tchèques (auquel cas, les effets de la concurrence entre États membres seraient effectivement à nuancer). Le fait est que le droit tchèque, tout comme le droit allemand, autorise la création de ces « sociétés dormantes » (*shelf companies* ou UFO-SE) par des praticiens pour être vendues plus tard sur le marché. La Commission n'apporte pas de réponses concrètes à la question de savoir pourquoi les SE dormantes existent, alors qu'elles sont contraires à l'esprit du règlement. À cet égard, elle se limite à constater le phénomène et à l'expliquer d'un point de vue strictement commercial. Selon son Rapport au Parlement sur le fonctionnement du règlement SE du 17 nov. 2010 : « une explication possible de la création de SE dormantes dans ces pays par des professionnels serait que la mise en vente de telles sociétés est une pratique courante et répond à des besoins commerciaux spécifiques. Selon les résultats de la consultation publique, les sociétés qui achètent des SE dormantes le font principalement dans le but de gagner du temps et de l'argent et d'éviter une procédure de création de société complexe et incertaine. Selon un certain nombre de réponses, les SE dormantes permettent également de créer une SE sans être tenues de répondre à un critère astreignant de dimension transfrontière ou de passer par des négociations sur l'implication des travailleurs. La possibilité de s'épargner de lourdes contraintes intéresse particulièrement les petites sociétés » (COM/2010/0676 final, préc., p. 6).

(166) V. L. Julien-Saint-Amand et L. Cuillier, *La réalité et l'avenir de la société européenne*, préc., p. 111.

(167) Ainsi, 112 des 272 SE constituées en Allemagne jusqu'au 1<sup>er</sup> oct. 2013 (soit 41 %) ont choisi le système moniste de gouvernance. Source : <http://ecdb.worker-participation.eu/>.

(168) À ce propos, H. Eindenmüller, A. Engert et L. Hornuf, *Incorporating under European Law : the Societas Europaea as a vehicle for legal arbitration*, préc., p. 1-32 ; K. Deckert, *L'influence du régime de la participation des salariés et notamment de la cogestion en Allemagne, sur le choix de la société européenne par les entreprises*, RLDA, mai 2012, n° 71, p. 116-120, spéc. p. 120 ; P. Jung, *La société européenne en Allemagne – Du vaisseau amiral au canot de sauvetage*, RLDA, mai 2012, n° 71, p. 131-134.

(169) V. H. Eindenmüller, A. Engert et L. Hornuf, *Incorporating under European Law : the Societas Europaea as a vehicle for legal arbitration*, préc., p. 24-27 ; L. Julien-Saint-Amand et L. Cuillier, *La réalité et l'avenir de la société européenne*, préc., p. 112.

(170) A. Cotiga, *La forme juridique de SE et la compétition entre systèmes normatifs*, préc., p. 139 s.

(171) A. Cotiga, *La forme juridique de SE et la compétition entre systèmes normatifs*, préc., p. 141.

(172) *Ibid.*, p. 141-142.

(173) *Ibid.*, p. 141-142 ; en ce sens, v. aussi H. Eindenmüller, A. Engert et L. Hornuf, *Incorporating under European Law : the Societas Europaea as a vehicle for legal arbitration*, préc., p. 1-33.

comparaison implique non seulement de connaître son propre droit, mais aussi celui des autres États membres de l'Union européenne »<sup>174</sup>. Les ingrédients d'une concurrence normative entre les États membres en matière sociétaire sont alors réunis : intérêt économique et liberté, verticale et horizontale, de choix du droit applicable (*regulatory arbitrage*) d'une part, et activité législative des États en vue d'attirer et de conserver des SE sous l'empire de leur droit (*regulatory competition*) d'autre part<sup>175</sup>.

Il semble donc impossible de nier que le droit de l'État du siège a un véritable rôle à jouer dans le choix de l'installation future de la SE. En ce sens, l'étude menée par *E & Y* révèle aussi qu'à part les cas de changement de contrôle de la société<sup>176</sup>, l'argument souvent mis en avant pour

expliquer le transfert du siège social de la SE est celui de la possibilité de localiser la société dans un État membre permettant une plus grande flexibilité que l'État membre de constitution initiale de la société. La flexibilité, selon cette étude, est largement interprétée comme englobant non seulement les domaines fiscal et social mais aussi celui des sociétés<sup>177</sup>. Le phénomène de *law shopping* agit ainsi sur le choix du siège futur de la SE, qui se fait parfois non sur des considérations exclusivement fiscales ou sociales, mais sur des critères relevant essentiellement du droit des sociétés<sup>178</sup>. Les faits ayant donné lieu à des arrêts fameux de la CJUE sur la liberté d'établissement illustrent d'ailleurs cette hypothèse : les « législations sociétaires de complaisance » attirent les sièges sociaux et les immatriculations<sup>179</sup>.

(174) D. Voinot, La société européenne, une société à moitié européenne ?, RLDA, mai 2012, n° 71, p. 121-124, p. 121-122.

(175) À ce propos, v. les exemples français et belge *supra*, notes 131 et 132 respectivement.

(176) Cela a été le cas, par exemple, pour les cinq premières SE qui ont transféré leur siège social des Pays-Bas vers la France. Ces sociétés étaient des sociétés anonymes de droit néerlandais et se sont, après leur acquisition par un groupe français, converties en SE dans le but de transférer leur siège social en France, où l'administration centrale du groupe a son siège. En outre, par le transfert de ces sociétés en France, il a été possible de les inclure dans le régime d'intégration fiscale du droit français. V. Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (SE) - 2008/S 144-192482, préc., p. 214 (pour d'autres cas où les aspects fiscaux et du droit du travail ont pu jouer un certain rôle, v. les p. 236-238 de cette étude). V. aussi F. Lemos et C. Cathiard, Premiers transferts transfrontaliers de sièges de sociétés européennes en France - L'expérience de Foncière LFPI, JCP E n° 2 (22/01/2009), p. 35 ; C. Cathiard, La société européenne en France, RLDA, mai 2012, n° 71, p. 125-130.

(177) V. Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (SE) - 2008/S 144-192482, préc., p. 214.

(178) À titre d'ex., Elcoteq s'est transformée en une SE en 2008 et a ensuite transféré son siège statutaire de la Finlande au Luxembourg, considéré comme un pays doté d'une législation flexible (notamment en ce qui concerne les holdings). En outre, plusieurs SE ont transféré leur siège social au Royaume-Uni (l'État membre d'accueil le plus populaire), dont le degré élevé de flexibilité de la législation applicable à la SE est hautement appréciable. V. Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (SE) - 2008/S 144-192482, préc., p. 214.

(179) Selon M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 25<sup>e</sup> éd., Litec, 2012, n° 12 : « de même qu'il est des pavillons de complaisance, il est des législations sociétaires de complaisance (*blue sky laws*), qui placent la barre des exigences minimales suffisamment bas pour attirer les sièges sociaux et les immatriculations ». À ce propos, v. T. Delvaux, La concurrence entre les ordres juridiques est-elle efficace ? - Quelques réflexions à propos de la liberté d'établissement des sociétés, R.P.S., 2004, p. 207.

(180) H. Muir Watt, Concurrence d'ordres juridiques et conflit de lois de droit privé, préc., p. 616.

(181) Pour un auteur, le droit privé garderait une certaine neutralité à l'égard de la concurrence d'ordres juridiques, qui serait un phénomène en rapport avec les seules matières comportant des intérêts étatiques. V. A. Ogas, Competition between National Legal Systems : A Contribution of Economic Analyses to Comparative Law, 48 *ICQL* 405, citée par H. Muir Watt, Concurrence d'ordres juridiques et conflit de lois de droit privé, préc., p. 617, *ad notam* 13.

(182) Alors que le modèle actuel de SE contraste avec l'esprit qui a animé l'harmonisation du droit des sociétés à partir 1968, il semble plutôt en phase avec l'agenda européen en matière des sociétés. En effet, la méthode de la pluralité de rattachements adoptée pour la SE conduit à des résultats opposés, puisque le recours au droit de chacun des États membres ouvre, de toute évidence, la compétition entre les pays par rapport à une facilité plus ou moins vérifiée de mise en œuvre des directives européennes dans chacun d'entre eux (M. Miola, Lo statuto di Società europea nel diritto societario comunitario : dall'armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti, préc., p. 333). Reste que l'on se trouve en présence d'une harmonisation à deux vitesses : une première focalisée sur la seule question de protection des tiers et des actionnaires minoritaires aux niveaux de garanties ; la seconde, libérale sur les autres questions. La Commission aligne ainsi sa politique en droit de sociétés sur celle déjà existante en matière contractuelle, selon laquelle « seules les règles nationales à visée protectionniste font l'objet de mesure d'harmonisation puisque leur application impérative aux échanges intracommunautaires par les juges des États membres pourrait créer des inégalités de nature à compartimenter le marché » (H. Muir Watt, Concurrence d'ordres juridiques et conflit de lois de droit privé, préc., p. 624).

L'avènement de la SE devrait ainsi conforter les thèses des auteurs <sup>180</sup> qui ont voulu démontrer que le droit privé, contrairement à ce qui a été soutenu ailleurs <sup>181</sup>, donne prise à une concurrence entre systèmes juridiques. La concurrence des droits nationaux engendrée par l'avènement de la SE converge par ailleurs avec l'actuelle politique européenne en droit des sociétés <sup>182</sup>, quand bien même certains y voient un contresens <sup>183</sup>. Provoquera-t-elle cependant une convergence des solutions ?

## 2 - Une convergence incertaine des modèles sous l'impulsion de la concurrence

La compétition peut conduire au rapprochement des règles avec un effet certain d'uniformité des modèles d'organisation et de fonctionnement de l'entreprise. Dans cette perspective, une coordination des législations en concurrence serait à attendre même dans le cadre du droit national applicable à la SE. Une certaine partie de la doctrine s'y attend. Pour certains auteurs, l'avènement du statut SE à rattachement pluriel est de nature à susciter un processus de convergence volontaire des législations nationales en la matière <sup>184</sup>. Pour d'autres, le *law shopping* serait un moyen de mettre en relief l'incongruité des derniers particularismes nationaux, favorisant, par un effet d'ajustement, la naissance d'une véritable société anonyme uniforme en Europe au XXI<sup>e</sup> siècle <sup>185</sup>.

La réalisation d'une opération de transfert transfrontalier de siège de SE pourrait illustrer cette attente. Dès lors qu'il s'agit d'une opération complexe qui entraîne l'application de plusieurs réglementations, une coordination spontanée pourrait être attendue dans un contexte de *law shopping* engendré par l'arbitrage des opérateurs privés entre un droit et un autre et par la *regulatory competition*. En effet, puisque le droit national du futur pays d'accueil d'une SE peut être source de difficultés capables de décourager l'opération de transfert (l'opération s'accompagne d'un changement de loi applicable à la SE et donc d'une exigence d'adaptation des statuts à la nouvelle loi), ce droit a tout intérêt à présenter une flexibilité permettant de maintenir les avantages – et tout au moins les droits existants – offerts par le droit de l'État d'origine de la SE. À défaut, les actionnaires majoritaires ou ceux dotés d'un pouvoir de blocage refuseraient certainement le transfert. Il faudra alors que le droit des sociétés du pays d'accueil adopte une législation similaire à celle d'autres États membres ou soit suffisamment flexible pour permettre le maintien de certains droits statutaires établis avant le transfert ou la création de nouveaux droits afin de concrétiser l'opération de séduction. C'est justement ce que prônent certains praticiens <sup>186</sup> à l'égard d'un transfert de siège d'une SE de France vers un autre État membre de l'Union, en donnant pour exemple la nécessité de conservation du droit de vote double institué en application de l'article L. 225-123 du code de commerce, pour les actionnaires qui ne veulent pas l'abandonner.

(183) En se demandant si la politique de séduction est conforme à l'intégration européenne, K. Rodriguez souligne que « l'intégration se distingue d'une simple coopération » et « suppose, si ce n'est une uniformisation, une harmonisation ». Or, rappelle l'auteur, « cette politique d'attractivité met l'accent sur la compétition et donc sur les particularismes. Ce faisant, elle s'inscrit en contradiction avec l'ambition communautaire, alors même qu'elle est le résultat de sa réalisation ». K. Rodriguez, L'attractivité, nouvelle perspective du droit national des sociétés, préc., p. 330 s.

(184) Ch. Fouassier, Le statut de la « société européenne » : un nouvel instrument juridique au service des entreprises, Revue du marché commun et de l'Union européenne, n° 445, févr. 2001, p. 85-88, p. 87 ; D. Voinot, La société européenne, une société à moitié européenne ?, préc., p. 123.

(185) M. Bouloukos, Le régime juridique de la société européenne (SE) : vers une société européenne « à la carte » ?, RDAI, n° 4, 2004, p. 489-517, p. 508.

(186) C. Cathiard, F. Martin-Laprade et D. Poracchia, Pratique du transfert hors de France du siège d'une société européenne, Bull. Joly, 01 juin 2012, n° 6, p. 520 s.

Cette démarche de coordination volontaire est certes une source possible d'alignement des législations permettant de réduire les particularismes nationaux à l'égard de la SE et d'accroître le niveau d'uniformité des solutions concernant son statut. Mais l'avènement d'un tel résultat est-il certain ? Il y a lieu d'être dubitatif.

D'une part, la course vers l'attractivité engendre toujours des innovations législatives faisant bouger les lignes d'une harmonisation spontanée, au point de créer de nouvelles divergences, suivant un phénomène cyclique. Le fait que les dispositions adoptées par les États visant spécifiquement la SE aient accentué les particularismes nationaux du régime applicable à cette société montre bien que, nonobstant le degré comparable d'attractivité de la plupart d'entre elles <sup>187</sup>, la convergence n'a pas eu lieu. La place accordée à la liberté statutaire par les droits nationaux est à cet égard illustrative. En substance, les parties à une SE connaîtront une liberté statutaire majeure dans les États où les dispositions impératives sont peu nombreuses – comme les Pays-Bas et le Royaume-Uni et, inversement, dès lors que ces dispositions abondent – comme en Allemagne <sup>188</sup>. Ce phénomène n'est d'ailleurs pas méconnu par la Commission <sup>189</sup>. Aussi, une grande différence de traitement de la SE opposera les pays européens. La France et l'Allemagne peuvent à cet égard servir d'illustration. Dans la perspective d'attirer des SE sur son territoire, le législateur français s'est « engouffré dans la brèche » ouverte par le règlement « pour personnaliser «sa» SE », en autorisant un certain nombre

d'options empruntées à la SAS <sup>190</sup>. Ainsi, dans les relations entre les actionnaires, les statuts de la SE ne faisant pas appel public à l'épargne peuvent prévoir des clauses d'inaliénabilité des actions calquées sur celles autorisées en SAS ou encore des clauses de restriction à la libre négociabilité desdites actions (agrément, préemption, préférence) (C. com., art. L. 229-11, al. 2), ou encore des clauses de cession forcée (C. com., art. L. 229-12), d'exclusion d'un actionnaire en cas de modification dans le contrôle et la suspension momentanée des droits pécuniaires (C. com., art. L. 229-13). Comme pour la SAS, les modalités de calcul du prix de cession des actions en cas de mise en œuvre des clauses introduites en application des articles L. 229-11 à L. 229-13 du code de commerce précités peuvent être fixées par les statuts. Comme pour la SAS, ces clauses ne peuvent être instituées ou modifiées qu'à l'unanimité des actionnaires <sup>191</sup>. En ce qui concerne l'assemblée générale, l'administration et la direction de la SE, si les articles L. 229-7 et L. 229-8 du code de commerce opèrent un renvoi au droit commun, certains aménagements y ont été apportés : une liberté de *quorum* et de majorité pour les décisions des organes d'administration et de surveillance, un assouplissement des règles de majorité dans les assemblées générales, et le bénéfice pour les membres du conseil de surveillance d'un droit de communication plus étendu, identique à celui des administrateurs <sup>192</sup>, marquent l'ouverture de la SE vers la SAS <sup>193</sup>. Qu'en est-il en Allemagne ? Pour une SE qui a son siège en Allemagne, l'espace de liberté statutaire reste inchangé vis-à-vis de celui reconnu aux *Aktiengesellschaft-*

(187) À ce propos, v. L. Julien-Saint-Amand et L. Cuillier, La réalité et l'avenir de la société européenne, préc., p. 110 s.

(188) M. Luby, La Societas europaea (SE) : beaucoup de bruit pour rien (ou si peu...) !, Dr. soc. févr. 2002, Chroniques, p. 4-10, p. 9.

(189) J. L. Colombani, La société par actions simplifiée sera-t-elle un moteur pour la société européenne ?, LPA 29 mars 1999, n° 62, p. 11.

(190) J. Demaison, La société européenne « à la française », un pas important vers une modernisation de la société anonyme ?, RLDA, n° 12, janv. 2007, p. 10-12, p. 11.

(191) *Ibid.*

(192) Possibilité qui du coup a été étendue aux SA de droit commun. V. J. Demaison, La société européenne « à la française », un pas important vers une modernisation de la société anonyme ?, préc., p. 11.

(193) *Ibid.*

ten<sup>194</sup>. Par conséquent, les statuts de la SE ne divergent du droit commun applicable aux SA que dans la mesure où celui-ci l'admet expressément (§ 23 al. 1 *AktG*). Les statuts ne pourront compléter les dispositions légales que dans la mesure où celles-ci n'ont pas régi la question de manière exhaustive (§ 23 al. 2 *AktG*). Ainsi, l'*AktG* ne laisse qu'une marge de manœuvre infime aux associés pour disposer sur les règles applicables à la société, contrairement à la réalité vécue Outre-Rhin ou Outre-Manche.

D'autre part, c'est la géométrie même d'une telle coordination volontaire qui serait par nature variable, de sorte qu'elle ne pourrait jamais atteindre le niveau d'uniformité exigé par la nature supranationale de la SE. Ce résultat, à le supposer possible, n'efface cependant pas la crainte toujours suscitée par l'effet du *law shopping* sur l'harmonisation des solutions réalisée sous l'impulsion concurrentielle : vers quel niveau d'harmonisation se dirigera une telle convergence, vers le haut (*race to the top*) ou vers le bas (*race to the bottom*) ?

Enfin, c'est au regard même de l'impact limité du statut de la SE sur l'évolution – convergente – des droits internes dans les matières par rapport auxquelles l'harmonisation a échoué<sup>195</sup> que les limites à la convergence dans un cadre

concurrentiel se ressentent. L'exemple le plus illustratif à cet égard concerne le système de gouvernance des sociétés anonymes. Globalement, les pays européens se répartissent en quatre groupes : ceux n'admettant que le système moniste de gestion<sup>196</sup>, ceux n'admettant que le système dualiste<sup>197</sup>, ceux qui offrent le choix entre les deux<sup>198</sup> et, enfin, ceux qui connaissent un système hybride<sup>199</sup>. Le statut SE quant à lui laisse aux fondateurs le choix d'une gestion moniste ou dualiste et pose des règles minimales pour chaque type de structure. Des options sont alors laissées aux États pour compléter ce régime uniforme minimal. En outre, en l'absence de dispositions relatives à l'un ou l'autre des systèmes de gouvernance en ce qui concerne les SA ayant un siège statutaire sur leur territoire, les États peuvent adopter des mesures appropriées concernant les SE<sup>200</sup>. Il était alors permis d'estimer que l'avènement de la SE conduirait les États connaissant un seul modèle de gestion à aller au-delà de la simple adoption de règles visant spécifiquement la SE pour introduire dans leur droit commun des SA le système de gouvernance « manquant ». Or, fors l'Italie<sup>201</sup> et le Luxembourg<sup>202</sup> – qui y ont introduit le système dualiste –, et le Pays-Bas<sup>203</sup> – qui y a introduit le système moniste –, aucun autre État membre ne s'est laissé séduire jusqu'à

(194) A. Schröder et M. Fuchs, Teil A – Vorbemerkungen, in G. Manz, B. Mayer, A. Schröder (Hrsg.), *Europäische Gesellschaft – SE*, coll. Nomos Kommentar, 2<sup>e</sup> éd., Baden-baden : Nomos Verlag, 2010, p. 174.

(195) Selon W. Schön (Play different games ? Regulatory competition in tax and company law compared, préc., p. 361), grâce à une concurrence verticale, les sociétés de droit européen « could have a stilletud competitive efforts by the Members States in order to improve the environment for business in their own company laws ». En ce même sens, tout en évoquant les résultats peu glorieux obtenus jusqu'à présent : H. Fleischer, *Supranationale Gesellschaftsformen in der Europäischen Union – Prolegomena zu einer Theorie supranationaler Verbandsformen*, préc., p. 413-416.

(196) Belgique, Espagne, Grèce, Islande, Norvège, Portugal, Royaume-Uni et Suède.

(197) Allemagne, Autriche, Chypre, Estonie, Lettonie, Pologne et République Tchèque, Slovaquie.

(198) Bulgarie, France, Finlande, Hongrie, Italie, Lituanie, Luxembourg, Pays-Bas, Roumanie et Slovaquie.

(199) Notamment le Danemark. V. Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (SE) - 2008/S 144-192482, préc., p. 79-80.

(200) V. les art. 38-5 et 44-4 du règlement SE.

(201) Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6 - Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366. (GU n.17 del 22-1-2003 - Suppl. Ordinario n. 8). V. Sezione VI-bis : « Dell'amministrazione e del controllo » ; entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janv. 2004.

(202) Loi du 26 août 2006. Mémorial A n° 152 du 31.08.2006. V. le nouvel art. 60bis-1 et s. de la Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (Mémorial 1915, p. 925).

(203) Le 31 mai 2011, le Parlement néerlandais a adopté une nouvelle loi portant modification du livre II du Code civil néerlandais dans le cadre de la modification des règles de gestion et de contrôle au sein des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée. La loi est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013.



présent sur cette question, malgré l'appel de la doctrine dans certains pays où

la SE entraîne justement une concurrence juridique verticale <sup>204</sup>.

## Conclusion

Alors que l'idée même d'intégration, « s'oppose à une vision essentiellement compétitive des rapports entre les ordres juridiques » <sup>205</sup>, se développe dans le même temps, en Europe, une approche concurrentielle des rapports entre les lois nationales en matière de sociétés. La concurrence y bat son plein et une certaine convergence des modèles en découle.

Cependant, une telle convergence paraît peu probable à l'égard du droit national subsidiairement applicable à la SE. Cela peut sembler paradoxal puisqu'une société supranationale à rattachement pluriel devrait logiquement provoquer une concurrence tant verticale qu'horizontale aux aboutissements convergents, au moins dans une certaine mesure.

Cette apparente contradiction n'est peut-être que l'expression, d'une part, de l'innovation constante des modèles dont fait preuve tout phénomène de concurrence – en l'occurrence, juridique –, et, d'autre part, du jugement d'opportunité que les législateurs nationaux opèrent sur l'importation des solutions étrangères <sup>206</sup>, dont la conséquence est *in fine* l'inaptitude de la concurrence juridique à pro-

mouvoir une harmonisation complète d'un pan du droit – en l'occurrence, le droit des sociétés.

Reste à savoir si, en dépit de la convergence qu'elle produit, la compétitivité des droits permet de construire une véritable identité européenne du droit des sociétés. Peut-on ainsi envisager que les apports réciproques d'un droit à un autre puissent construire une culture juridique commune, qui, comme l'ont définie Sophie Robin-Olivier et Daniel Fasquelle <sup>207</sup>, ne serait pas le reflet d'une culture juridique nationale particulière ?

Seul l'avenir nous dira ce qu'il en sera. Néanmoins, nous pouvons conclure, avec Christian Gavalda et Gilbert Parléani, que, la construction européenne étant d'essence fédérale, il faut parier sur une diversité durable des lois nationales <sup>208</sup>, et ce d'autant plus que l'Union européenne ne postule pas un droit uniforme des sociétés qui exclurait les droits nationaux. Dès lors, pour le plus grand bonheur des comparatistes, le jeu de la concurrence sur la convergence et celui de la convergence sur la concurrence des modèles en droit des sociétés suivront leur cycle naturel.

(204) V. par ex., en Allemagne : H. Fleischer, *Der Einfluss der Societas Europaea auf die Dogmatik des deutschen Gesellschaftsrechts*, 204 *Archiv für civilistische Praxis*, n° 3-4 (2004), p. 502-543 ; T. Baums, *Zur monistischen Verfassung der deutschen Aktiengesellschaft. Überlegungen de lege ferenda*, Institut for Law and Finance- Johann Wolfgang Goethe-Universität, Working paper series, n° 88, July, 2008.

(205) J.-S. Bergé, *Le droit d'une 'communauté de lois' : le front européen*, préc., p. 113-136, p. 121 ; A. Raynouard, *La concurrence normative, facteur d'échanges entre les droits ? La concurrence normative dans l'Union européenne*, préc., p. 99-105.

(206) À propos des implications du phénomène sur les matières complémentaires au droit des sociétés et sur la cohérence du système de régulation que ces différentes matières forment ensemble, v. W. Schön, *Play different games ? Regulatory competition in tax and company law compared*, préc., p. 353-355.

(207) S. Robin-Olivier et D. Fasquelle, *Sur l'idée d'échange, dans et hors du droit*, préc., p. 4.

(208) Ch. Gavalda et G. Parléani, *Droit des affaires de l'Union européenne*, op. cit., n° 22.