



Faculté de DROIT, de SCIENCES POLITIQUES et de GESTION

Mémoire pour l'obtention du diplôme de Master 2  
Mention Droit de l'Union Européenne  
Spécialité Droit international et européen des affaires

Année Universitaire 2017-2018

# LA CONCURRENCE NORMATIVE ET LA LIBERTE D'ETABLISSEMENT DES PERSONNES MORALES

Pauline LAZZAROTTO

Sous la direction de Madame le Professeur Aude Bouveresse



*Garde bien d'élire un asile. Ne crois pas à la vertu  
d'une vertu durable : romps-la de quelque forte  
épice qui brûle et morde et donne un goût même à  
la fadeur.*

Victor Segalen, *Conseils au bon voyageur* (extrait)

## Remerciements

Mes remerciements les plus sincères s'adressent à Madame le Professeur Aude Bouveresse qui a bien voulu m'accompagner dans la rédaction de ce mémoire. Je la remercie tout particulièrement pour ses conseils, son exigence et sa bienveillance qui ont fait de ce travail un moment riche et passionnant.

Je tiens également à remercier Madame la Professeure Frédérique Berrod qui me fait l'honneur de bien vouloir juger ce mémoire.

Je souhaite également remercier les personnes m'ayant apporté leur soutien lors de l'élaboration de ce travail, parents ou amis et tout particulièrement Amel Zaid et Éléonore Zachelin, qui ont eu la patience et la gentillesse de le relire et d'échanger avec moi sur celui-ci.

Je remercie aussi mes amis du stade d'athlétisme de Hautepierre pour leur soutien dans l'effort, qu'il soit intellectuel ou physique.

Ganz besonders gilt dieser Dank auch Michelle Diehl, die mir jeden Tag mehr als ihre Unterstützung gibt. Für deine unendliche Geduld bin ich so dankbar ...

# Sommaire

Liste des abréviations	VI
Introduction	1

## CHAPITRE 1. LE FEDERALISME COMPETITIF PREMIER INSTRUMENT DE L'INTEGRATION NEGATIVE EN MATIERE DE LIBERTE D'ETABLISSEMENT

SECTION 1. La Cour de Justice, main (in)visible sur le marché de la norme	21
Sous- section 1. Les fondements théoriques du rôle de la main (in)visible	21
Sous-section 2. La mise en œuvre pratique dans le cadre de la liberté d'établissement des personnes morales	27
SECTION 2. La mobilité des acteurs au service de l'interpénétration normative	33
Sous-section 1. La subjectivisation des traités par la consécration du principe d'effet direct	34
Sous-section 2. Le libre accès au marché pour les opérateurs économiques	38
Sous-section 3. L'interpénétration normative des ordres juridiques	41

## CHAPITRE 2. LES LIMITES DU FEDERALISME COMPETITIF : LES DEFAILLANCES DU MARCHE INTERIEUR DE LA NORME

SECTION 1. La survivance de la théorie du siège réel : un obstacle au marché de l'incorporation ?	50
Sous-section 1. Le cadre théorique de l'affrontement des théories du siège	50
Sous-section 2. La partition normative siège réel/ statutaire en pratique	54
Sous-section 3. Après <i>Polbud</i> , la fin de l'obstacle du siège réel ?	61
SECTION 2. Le conflit de systèmes et ses passagers clandestins	66
Sous-section 1. Introduction aux concepts de conflits de systèmes et de passager clandestin	66
Sous-section 2. Le cas général du passager clandestin en matière de liberté d'établissement : la fraude au droit national	70
Sous-section 3. La faillite de la personne morale ou le conflit de systèmes à son paroxysme	74

## CHAPITRE 3. LES FONDEMENTS D'UNE NOUVELLE CONCURRENCE NORMATIVE EN MATIERE DE LIBERTE D'ETABLISSEMENT : LE DEPASSEMENT DU FEDERALISME COMPETITIF

SECTION 1. Influer sur le contenu des pratiques normatives anticoncurrentielles	84
Sous-section 1. La répartition des compétences en matière de concurrence normative	86
Sous-section 2. Des différentes formes de l'influence : de l'harmonisation minimale à la soft law	95
Sous-section 3. Les variations de l'influence exercée sur les pratiques normatives anticoncurrentielles	107
SECTION 2. Influer sur le comportement des acteurs sur le marché de la norme	119
Sous-section 1. De la loyauté dans la concurrence normative	120
Sous-section 2. L'imminence de la disparition d'un offreur sur le marché : le cas du Brexit	134
Conclusion générale	148
Bibliographie	151
Index thématique de la jurisprudence citée	167
Plan détaillé	174

## Liste des abréviations

AFEP	Association française des entreprises privées
AJC	Actualités juridiques Contrat
Année Sociol.	L'année sociologique
BB	Betriebs Berater
BGH	Bundesgerichtshof
Bull	Bulletin
BJS	Bulletin Joly des sociétés
Bull. soc. française de phil.	Bulletin de la société française de philosophie
BMIS	Bulletin Mensuel d'information des Sociétés Joly
BTL	Bulletin des Transports et de la Logistique
BV	Besloten Vennootschap
c/	contre
CA	Cour d'Appel
Cass. Com	Chambre Commerciale de la Cour de Cassation
Cah. Droit Entrep	Cahiers droit de l'entreprise
C.Civ	Code Civil
ccl.	conclusions
C.Com	Code de Commerce
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour Européenne des droits de l'Homme
Ch.	chambre
Chron.	Chronique
CJUE (ex CJCE)	Cour de Justice de l'Union Européenne (ex Cour de Justice des Communautés Européennes)
civ.	civil
Coll.	Collection
CMLR	Common Market Law Review
CVIM	Convention sur la Vente Internationale de Marchandises
CPC	Code de procédure civile
Dir.	direction
Éd.	Édition
EugH	Europäische Gerichtshof
EuR	Europa Recht
ELJ	European Law Journal
EBOLR	European Business Organization Law Review
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaft
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
GEIE	Groupement Européen d'intérêt économique
Gen. Princ. EC Law Process Dev	General Principles of EC Law in a Process of Development
GmbH	Gesellschaft mit beschränkte Haftung
GG	Grundgesetz
Hart Pub	Hart Publishing
Ibid.	Ibidem
InsO	Insolvenzordnung
JCP E	La semaine juridique édition entreprise et affaires

JOCE	Journal officiel des Communautés Européennes
JOUE	Journal Officiel de l'Union Européenne
LAPC	Lettre d'actualité des procédures collectives
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
MEDEF	Mouvement des entreprises de France
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OLG	Oberlandesgericht
OPA	Offre public d'achats
Op.cit.	Opus citatum
OUP	Oxford University Press
p.	pages
PUF	Presse universitaire de France
Recomm.	Recommandations
RDS	Recueil Dalloz Sirey
RAE	Revue des Affaires Européennes
RCDIP	Revue Critique de droit international privé (Clunet)
REDC	Revue Européenne du droit de la Consommation
RFD Const	Revue française de droit constitutionnel
RIDE	Revue internationale de droit économique,
RLDA	Revue Lamy Droit des Affaires
RPC	Revue des Procédures Collectives
RS	Revue des sociétés
RUE	Revue de l'Union Européenne
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RTD Eur.	Revue Trimestrielle de Droit Européen
SARL	Société à responsabilité limitée
SE	Société européenne
Sect.	Section
SSNIP	Small but significant and non transitory increase in price
SPE	Société privée européenne
SUP	societas unius personae
Swed. Econ. Policy Rev	Swedish Economic Policy Review
TCE	Traité instituant la Communauté Européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne
Trav. Com. Fr. Droit Int. Privé	Travaux du Comité français de droit international privé
Trib UE	Tribunal de l'Union Européenne
TUE	Traité sur l'Union Européenne
UKSC	Supreme Court of the United Kingdom
Vol.	volume
WHI	Walter Hallstein Institut
Yearb. Eur. Law	Yearbook European Law
ZR	Zimmer



## INTRODUCTION

Si l'intérêt de l'étude de la concurrence normative devait se mesurer à l'occurrence de son apparition dans le débat doctrinal force serait alors de constater que celui-ci est relativement restreint. Pourtant, la concurrence normative est un concept qui transcende le fonctionnement de l'Union Européenne.

Choisir l'Union Européenne comme sujet d'étude présuppose une certaine appétence au droit et à la norme. En ce sens, les propos de Walter Hallstein sont particulièrement éclairants : « *La Communauté européenne est un phénomène juridique remarquable. C'est une création du droit; c'est une source de droit; et c'est un système juridique.* »<sup>1</sup>. Nous y ajouterons ceux de Loïc Azoulai pour qui « *La construction juridique communautaire se présente ainsi comme un phénomène normatif complexe et original* »<sup>2</sup>. La réflexion menée par Pierre Pescatore relative au droit de l'intégration visait précisément à donner à ce phénomène juridique une structure rationnelle, un cadre de pensée pour développer une analyse précise des phénomènes alors observables en son sein. Un élément fondamental de cette réflexion visait notamment à penser la structure, les systèmes et la manière dont il faudrait organiser ces derniers dans une « *idée d'ordre à laquelle les participants sont disposés à subordonner leurs intérêts nationaux et leur hiérarchie nationale des valeurs* »<sup>3</sup>. Mais si les travaux sur l'intégration ont progressé depuis les réflexions liminaires de Pierre Pescatore, il nous semble que cette étude doit nécessairement s'accompagner d'une constante réflexion sur les interactions entre les ordres juridiques intégrés, superposés ainsi que sur le résultat que ces interactions produisent sur ces ordres et plus globalement sur le système qui tente de les unir<sup>4</sup>.

Nous décidons de fonder notre raisonnement sur l'observation des interactions entre les ordres juridiques au sein d'un système, d'un ensemble plus global. Or la construction de cet ensemble, que constitue l'Union Européenne, s'est réalisée *de jure*. Dès lors la norme doit occuper une place centrale dans l'étude. Nous entendons ici la norme de manière générale pour viser toutes les règles qui présentent un caractère obligatoire quels qu'en

---

<sup>1</sup> HALLSTEIN W., *Europe in the Making*, London, George Allen & Unwin Ltd, 1979.

<sup>2</sup> AZOULAI L., « Les fondements de l'autorité de l'Union » dans AZOULAI L. et BURGORGUE-LARSEN L. (dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, coll. Collection droit de l'Union Européenne Colloques, n°2, Bruxelles, Bruylant, 2006, p1.

<sup>3</sup> PESCATORE P., *Le droit de l'intégration : émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruylant, 2005. Cette idée est notamment développée à partir du Chapitre II de l'ouvrage, consacré au « Réaménagement des souverainetés ».

<sup>4</sup> À propos de la volonté de transformer un agrégat en un système cosmopolitique on peut notamment citer : KANT E., *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, Paris, Gallimard, 2009, neuvième proposition.

soient la source ou l'objet<sup>5</sup>. Cette norme dispose, pour Hans Kelsen, des fonctions de commander, habiliter, permettre et abroger<sup>6</sup>. Mais si l'on doit beaucoup aux réflexions de ce dernier<sup>7</sup>, force est de constater que son analyse doit être modernisée et précisée au regard des progrès de l'intégration européenne<sup>8</sup>, notamment en ce qui concerne l'autorité de la norme (qui est alors proche de sa reconnaissance et qui se distingue de son observance). Elle ne peut plus dépendre exclusivement de sa détermination au regard de la norme fondamentale ou de sa position hiérarchique<sup>9</sup>. Ainsi, nous abondons dans le sens du Professeur Aude Bouveresse qui affirme que: « *L'autorité de la norme en droit de l'Union s'exprime par sa primauté et la reconnaissance de celle-ci dépend ainsi largement de son effectivité et plus encore de l'effectivité du système dans lequel elle s'insère* »<sup>10</sup>. Système, effectivité du système, norme : renouveler les cadres d'analyses nécessite de se fonder sur ces trois concepts. En ce sens, la concurrence normative y participe pleinement : elle offre une nouvelle manière d'appréhender et d'analyser les interactions entre les ordres juridiques pour mesurer l'effectivité du système général dans lequel ils s'insèrent, voire s'intègrent. L'enjeu de cette interaction au prisme de l'effectivité réside, dans le cadre de l'Union, fondamentalement dans la norme.

Il convient cependant de relativiser la portée que l'on souhaite donner à cette étude. L'objectif de cette dernière est d'offrir une grille d'analyse pour interroger le pourquoi des actions, des mouvements à l'œuvre au sein de l'Union Européenne. Il est aussi d'expliquer pourquoi ce système s'est ainsi développé au point où on le connaît aujourd'hui et quelles sont les motivations qui ont poussé ce développement. Pour poser la première pierre de cette explication, nous partirons de l'étude de la liberté d'établissement des personnes morales. Ce choix n'est pas anodin. L'Union Européenne s'est donnée pour objectif l'établissement d'un marché intérieur<sup>11</sup> et celui-ci constitue aujourd'hui une de ses plus

---

<sup>5</sup> Cette définition est reprise de : CORNU G. et ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9. éd, coll. Quadrige Dicos poche, Paris, Quadrige / PUF, 2011

<sup>6</sup> KELSEN H., *Théorie générale des normes*, Presses universitaires de France, 1996. Pour l'énoncé de ces fonctions on peut se reporter au Chapitre 1 « La norme ».

<sup>7</sup> Réflexions menées principalement dans : KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ : [Bruxelles] : Bruylant, 1999.

<sup>8</sup> On notera par exemple l'inadéquation du modèle pyramidale à la nomenclature juridique de l'Union. Par exemple: RITLENG D., « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *RTD eur*, 2009, p667. Ou encore JACQUÉ J-P., « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de systèmes entre ordres juridiques », *RFD Const*, vol. 69, no. 1, 2007, pp. 3-37.

<sup>9</sup> *op.cit.* KELSEN H., *Théorie pure du droit*, n° 7, spécifiquement p197.

<sup>10</sup> BOUVERESSE A., « L'effectivité comme argument d'autorité de la norme » dans RITLENG D. et BOUVERESSE A., *L'effectivité du droit de l'Union européenne*. Bruxelles, Emile Bruylant, 2017. (Nous soulignons).

<sup>11</sup> Article 3 TUE.

grandes singularités et spécificités<sup>12</sup>. Au sein de ce marché intérieur sont garanties la libre circulation des marchandises, la libre circulation des personnes, la libre prestation de services et la libre circulation des capitaux<sup>13</sup>. La liberté d'établissement s'inscrit plus spécifiquement au sein de la libre circulation des personnes. Choisir d'étudier cette liberté comporte trois avantages : elle constitue un territoire toujours en évolution, *a contrario* de la libre circulation des marchandises par exemple<sup>14</sup>, elle joue le rôle de charnière entre la libre prestation de service et la libre circulation des capitaux et enfin elle présente l'intérêt de l'article 54 TFUE. Cet article nous rappelle l'importance du caractère intégré de l'ordre juridique de l'Union et de sa dépendance à la législation des États Membres. L'article 54 TFUE renvoie en effet expressément à la législation des États Membres pour faire accéder une société à la liberté d'établissement. L'effectivité de l'ordre juridique semble alors, sur ce point, lié à la législation de l'État Membre<sup>15</sup>.

Cela nous amène également à justifier notre choix de la personne morale. Rappelons que le terme allemand pour qualifier la personne morale est *juristische Person*, littéralement une personne de droit. Cette personne qui doit son existence au droit tirera en tout état de cause sans doute plus d'avantages d'une intégration par le droit qu'une personne qui doit son existence à la nature pour reprendre le terme allemand de *natürliche Person* (personne physique). En outre, nous donnons la préférence au terme de personne morale plutôt qu'à celui de société ou d'entreprise pour trois raisons. La première, la plus importante, est que le terme « personne morale » témoigne spontanément de l'opposition avec les personnes physiques<sup>16</sup>. Ensuite, le terme de société est certes plus propice puisqu'expressément employé par le Traité mais ne recouvre pas toutes les réalités, ni toutes les dimensions de la liberté d'établissement (tel sera le cas par exemple lorsque nous étudierons l'insolvabilité qui se concentre sur les « débiteurs »). Enfin le terme d'entreprise quant à lui est certes habituel dans le domaine du droit de la concurrence, mais il souffre d'une relative imprécision lorsqu'il s'agit de la liberté d'établissement : une entreprise n'a pas de consistance juridique lui permettant par exemple de procéder à une immatriculation de filiale ou d'une succursale comme le pourrait une société. Le terme de personne morale est donc le dénominateur commun le plus propice.

Gaston Jèze avait pu affirmer : « je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale », ce à quoi Jean-Claude Soyer lui avait répondu : « moi non plus, mais je l'ai déjà vu payer

---

<sup>12</sup> Cette singularité peut être mesurée à l'ampleur des critiques qu'une telle réalisation suscite. En outre, nous abondons dans le sens de Loïc Azoulay pour qui « *dans toute institution qui prétend agir, il est devenu commun de voir soit l'impuissance et l'inefficacité, soit la menace d'une atteinte à la liberté* », *op.cit.* n° 2.

<sup>13</sup> Articles 34, 35, 45, 49, 56 et 63 TFUE.

<sup>14</sup> On recense seulement treize affaires clôturées devant la Cour de Justice en 2017.

<sup>15</sup> Pour plus de précisions sur ce point on se reportera à nos développements sur la théorie du siège réel p50.

<sup>16</sup> Nous renvoyons à notre étude comparative entre les arrêts *Rottmann* et *Vale Epitesi*, p60.

l'addition ». Cet échange, passé à la postérité, est symptomatique de la capacité bouleversante, pour les ordres juridiques, de la personne morale. Au sein d'une Union Européenne fondée sur la prohibition de la discrimination en raison de la nationalité<sup>17</sup>, elle pourrait par exemple amener à un regain d'intérêt pour cette question<sup>18</sup>. Dans les développements doctrinaux récents, elle occupe aussi le devant de la scène lorsqu'il est question de lui conférer des droits fondamentaux<sup>19</sup>.

Enfin n'oublions pas la période agitée que traverse l'Union Européenne, marquée par le retrait du Royaume-Uni de celle-ci. Or nombreuses sont les études empiriques qui expriment le pressentiment que pourrait avoir un observateur averti de la jurisprudence de la Cour de Justice : sur les 420 249 sociétés immatriculées dans un État Membre mais développant, dans les faits, leurs activités sur un ou plusieurs autres États Membres, 227 064 sont immatriculées au Royaume-Uni, soit plus de 50%<sup>20</sup>. Dès lors, outre les intérêts théoriques de l'étude de la concurrence normative au prisme de la liberté d'établissement des personnes morales, cette étude s'insère pleinement dans l'actualité juridique et pratique de l'Union Européenne.

Finalement, et d'un point de vue plus global, l'étude de la concurrence normative au travers de la liberté d'établissement des personnes morales est une tentative d'appréhension rationaliste du marché intérieur de l'Union Européenne. En cela nous nous associons au postulat rationaliste tel que formulé par Emile Durkheim pour qui il n'y aurait « rien dans le réel que l'on soit fondé à considérer comme radicalement réfractaire à la raison humaine »<sup>21</sup>. La concurrence normative nous permet également de ne pas éluder le fait que l'Union Européenne constitue une expérience collective<sup>22</sup> et revête une dimension éminemment psychologique. En cela nous tentons d'offrir une réponse aux questions formulées par le Professeur Loïc Azoulai en donnant, *via* le recours à la forme juridique, un sens à cette expérience collective<sup>23</sup>. Nous répondons également à son appel : « *jeunes*

---

<sup>17</sup> Article 18 TFUE.

<sup>18</sup> MENJUCQ M., *Droit international des sociétés*, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, Chapitre 1er « Nationalité des sociétés ».

<sup>19</sup> Pour un exemple avec le droit au respect de la vie privée : HEIßL G., « Können juristische Personen in ihrem Grundrecht auf Datenschutz verletzt sein ? Persönlicher Schutzbereich von Art. 8 GRG », *EuR*, Heft 4, 2017, p561.

<sup>20</sup> GERNER-BEUERLE C., MUCCIARELLI F., SCHUSTER E., and SIEMS M., « Why Do Businesses Incorporate in Other EU Member States? An Empirical Analysis of the Role of Conflict of Laws Rules », *ECGI - Law Working Paper* No. 361/2017.

<sup>21</sup> Cette conception est développée dans : DURKHEIM E., *L'éducation morale*, Presses universitaires de France, 1992.

<sup>22</sup> CJCE, 14 novembre 1978, *délibération de la Cour*, aff. C-1/78, ECLI:EU:C:1979:224, au point 27 la Cour qualifie la communauté de « *pouvoir public commun* ».

<sup>23</sup> AZOULAI L., « Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes », *Politique européenne*, 2015/4 (N° 50), p. 82-98.

*esprits enclins à suivre les pentes ardues et à défricher les terres inconnues bien plutôt qu'à labourer les sentiers glorieux et à cajoler les vieilles idoles, vous êtes invités à considérer le droit européen comme votre terrain de jeu* » . Nous considérerons donc le droit européen comme notre terrain de jeu, à savoir l'espace où se déploieront nos analyses et nos tentatives pour donner un sens à cette expérience commune qu'est l'Union Européenne. Notre quête de sens empruntera le chemin de la concurrence normative. Cependant, avant de déployer de telles analyses et eu égard à la rareté du concept de concurrence normative dans le débat doctrinal, nous précisons la généalogie et le sens pluriel de celui-ci (I). Ensuite, un rappel relatif à la liberté d'établissement sera nécessaire pour fonder solidement les analyses que nous développerons (II).

## I. Généalogie de la concurrence normative: de l'avantage comparatif au fédéralisme compétitif

Pour offrir à la concurrence normative la présentation la plus adéquate et la plus rigoureuse qui soit, il est indispensable de revenir aux fondements de cette dernière et des présupposés sur lesquels elle se base. Ainsi, en suivant historiquement le développement des doctrines qui ont participées à son émergence, on analysera successivement les concepts d'avantage comparatif (A), le modèle de Tiebout (B), le fédéralisme compétitif (C) pour enfin aboutir à la concurrence normative (D).

### A. L'avantage comparatif et la spécialisation de la production

La théorie de l'avantage comparatif a été développée par David Ricardo en 1817<sup>24</sup> au travers de l'exemple fameux de la production de vin et de textile au Royaume-Uni et au Portugal. Celui-ci peut être brièvement rappelé de la manière suivante: le Royaume-Uni a besoin de cinq heures pour produire un mètre de textile lorsque le Portugal a besoin de dix heures. En revanche, ce dernier n'a besoin que de six heures pour produire un tonneau de vin là où le Royaume-Uni a besoin de dix heures pour produire la même quantité. David Ricardo en déduit que le Royaume-Uni a un avantage absolu dans la production de textile et le Portugal dans la production de vin. L'auteur distingue alors deux éventualités. La première est celle d'un monde dans lequel il n'existe aucune relation commerciale entre le Royaume-Uni et le Portugal: dans ce cas si le Royaume-Uni veut consommer du vin, il devra nécessairement en produire même s'il ne dispose pas, dans ce domaine, d'un avantage

---

<sup>24</sup> Cette théorie est développée dans : RICARDO D., *Principes de l'économie politique et l'impôt*, Calmann-Lévy, 1994.

absolu. Il en va de même pour le Portugal et le textile. La seconde éventualité part de l'existence d'une relation commerciale entre ces deux pays. Dans ce cadre, le Royaume-Uni comme le Portugal seraient encouragés à spécialiser leur production (le Royaume-Uni dans le textile et le Portugal dans le vin) pour optimiser cette dernière tout en continuant à profiter de l'autre bien non-produit *via* l'échange commercial<sup>25</sup>: ils seraient encouragés à produire uniquement ce qu'ils produisent le plus efficacement. Cet exemple tiré du commerce de vin et de textile entre le Royaume-Uni et le Portugal nous invite donc à considérer, comme Ricardo, que la spécialisation de l'économie, là où un État possède un avantage comparativement à son partenaire commercial, conduit à une augmentation de la productivité. Mais au-delà, elle permet aussi d'offrir aux consommateurs des biens dont le coût de production est optimisé et donc à un niveau bas.

Cette théorie a inspiré de nombreuses études ou rapports aux origines des organisations internationales que nous connaissons aujourd'hui. À l'échelle européenne, celle-ci irrigue le rapport des chefs de délégations aux ministres des affaires étrangères dit « Rapport Spaak »<sup>26</sup>. Ce rapport avait pour but d'identifier les lignes directrices de la future Communauté économique européenne. Lorsqu'il évoque alors la fusion des marchés nationaux, il rappelle les conséquences de cette dernière et notamment la spécialisation des productions de marchandises résultant des avantages et désavantages des différentes économies qui devraient ensuite s'équilibrer<sup>27</sup>.

Mais si la théorie de Ricardo attire notre attention sur le concept d'avantage qui pourrait exister entre plusieurs États Membres, il faut encore déterminer les conséquences, en termes de mobilité des acteurs, résultant d'un tel avantage.

## B. Le modèle de Tiebout et la mobilité des consommateurs-électeurs

Un éclairage sur la mobilité des acteurs en présence d'un avantage dont ils auraient envie de se saisir peut être trouvé dans ce qu'il est commun d'appeler le « modèle de Tiebout ». Ce modèle a été pour la première fois développé dans son article « *A pure theory of Local Expenditures* »<sup>28</sup>. L'auteur fait la distinction entre la mise à disposition de biens publics à l'échelle locale et centrale. À cette dernière échelle, il considère que les préférences de ce qu'il nomme les « consommateurs-électeurs » sont prises comme des données pour les gouvernements qui tentent alors de s'ajuster. En revanche, au niveau local,

---

<sup>25</sup> BARNARD C., *The substantive law of the EU: the four freedoms*, Fifth Edition, Oxford, Oxford University Press, 2016 et notamment p5 pour un rappel sous forme de tableaux.

<sup>26</sup> Rapport des chefs de délégation aux ministres des affaires étrangères, Bruxelles, 21 avril 1956.

<sup>27</sup> On se reportera au Titre 1, Chapitre 3 du Rapport.

<sup>28</sup> TIEBOUT C., « A Pure Theory of Local Expenditures », (1956) 64-5 *Univ. Chic. Press* 416-424

les gouvernements ont une connaissance plus fine des préférences des consommateurs-électeurs et peuvent plus précisément offrir les biens qu'ils recherchent mais aussi taxer la consommation de tels biens. Les consommateurs, en fonction de leurs préférences et de leur capacité à payer des taxes, seraient alors tentés de se déplacer d'une communauté locale à une autre pour trouver celle qui les satisfait pleinement. Plus il y aurait de communautés, plus les variations seraient nombreuses et mieux elles épouseraient les préférences des consommateurs. Pour développer une telle hypothèse, l'auteur se fonde sur sept postulats: les consommateurs sont pleinement mobiles, ils ont connaissance des différences entre les offres des communautés, ces communautés sont très nombreuses, les restrictions concernant l'emploi sont négligées, il n'existe pas de transmission d'externalités positives ou négatives sur les services publics offerts entre les différentes communautés. Le sixième postulat est celui de la fixation d'une taille optimale pour chaque communauté, ce qui revient à dire qu'elles connaissent une certaine contrainte de capacité<sup>29</sup> : il existe un facteur fixe du nombre maximum de consommateurs que la communauté peut accueillir. Enfin le septième postulat est que la communauté n'ayant pas atteint son nombre maximum de consommateurs continuera à chercher à en attirer d'autres.

Ainsi, comme dans le modèle de Ricardo mais avec un facteur de mobilité en plus, le déplacement des consommateurs et les réactions des gouvernements locaux devraient conduire à un équilibre dans la fourniture de biens locaux qui optimiserait la répartition des populations au sein des communautés. Il en conclut que les politiques encourageant une mobilité des résidents et la connaissance des consommateurs-électeurs devraient améliorer l'allocation des dépenses pour la rendre plus efficace. Si le modèle de Tiebout est avantageux en ce qu'il développe certaines conséquences de la mobilité des acteurs en fonction des avantages offerts par les communautés mais aussi de leur préférence, il doit être relativisé. L'auteur lui-même nuance son propos en reconnaissant qu'il existe d'autres facteurs de mobilité que la présence de certains biens ou le niveau de taxation à un endroit donné. Cette remarque est aussi formulée par Miguel Poiars Maduro pour qui : « *our choice of jurisdiction (where we live) is also strongly influenced by elements such as the weather, being with the woman or man we love and the quality of football matches in a particular State* »<sup>30</sup>, même si, pour notre part, nous nuancerons l'impact de la qualité des matchs de football...

Pour certains auteurs, Tiebout aurait en fait posé les bases d'un fédéralisme fiscal qui pourrait se réguler par lui-même (en présence des sept postulats) et qui tendrait à

---

<sup>29</sup> En employant le terme de contrainte de capacités nous faisons référence à l'étude de Kreps et Scheinkman: KREPS D. et SCHEINKMAN J., « Quantity Precommitment and Bertrand Competition Yield Cournot Outcomes. », *The Bell Journal of Economics*, 14(2), 326-337.

<sup>30</sup> MADURO M., *We the court: the European Court of Justice and the European Economic Constitution: a critical reading of Article 30 of the EC Treaty*, Hart Pub, 1998. p133.



rapprocher finalement les différents systèmes<sup>31</sup>. Au-delà du simple fédéralisme fiscal, on retrouve ici en fait les bases du fédéralisme compétitif.

### C. Le fédéralisme compétitif

Le modèle de Tiebout, au delà de replacer l'attention sur la mobilité des acteurs, nous offre aussi une vision décentralisée des mécanismes à l'œuvre. Dans ce cadre, les communautés étaient libres de fixer la taxation des biens et d'accueillir comme elles le souhaitent les consommateurs. Dans la lignée de cette vision décentralisée, le processus qui englobe d'une part la liberté des individus à se déplacer librement et d'autre part la pression ainsi exercée sur les systèmes nationaux pour attirer ou retenir ces derniers reçoit l'appellation de fédéralisme compétitif<sup>32</sup>. Pour qu'un tel fédéralisme compétitif puisse se mettre en place, Catherine Barnard identifie deux conditions principales<sup>33</sup> : d'une part l'autorité centrale doit assurer la libre circulation des biens, des personnes et des capitaux pour que ceux-ci puissent entrer et sortir à leur guise des différents États Membres et d'autre part ces mêmes États Membres, qui sont les autorités décentralisées, doivent être libres de réguler la production des biens, la qualification des personnes conformément à leurs standards nationaux. Ainsi, ils peuvent être libres dans la manière de répondre aux mouvements des personnes, biens ou capitaux. Néanmoins, si sous ces deux conditions le fédéralisme compétitif peut fonctionner, il n'est pas donné que ce fonctionnement soit efficace. En théorie il devrait l'être, il devrait promouvoir la diversité des normes et standards nationaux, il serait un mode d'expérimentation pour mettre en évidence dans le cadre de chaque problème la solution nationale la plus efficace<sup>34</sup>. C'est ce que David Tarullo qualifie de « *theory of laboratory of democracy* »<sup>35</sup>. Dans le cadre de l'étude du fédéralisme compétitif, l'exemple du droit américain des sociétés est souvent cité. Il est alors rappelé que l'État du Delaware a réussi à mettre en place une législation relativement efficace pour encourager massivement l'immatriculation de sociétés sous sa juridiction<sup>36</sup>. L'histoire n'a

---

<sup>31</sup> CARPANO E. « La concurrence réglementaire entre le law shopping et la dérégulation compétitive » , *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, coll. Collection Europe(s), Bruxelles, Larcier, 2016, p84.

<sup>32</sup> *op.cit.* BARNARD C., *The substantive law of the EU: the four freedoms*, n°25, p 25.

<sup>33</sup> *ibid.*

<sup>34</sup> Nous ne sommes alors plus très loin du Benchmarking entendu comme système d'étalonnage des performances. À ce sujet on peut citer : BRUNO I., « Défaire l'arbitraire des faits. De l'art de gouverner (et de résister) par les « données probantes » », *Revue Française de Socio-Économie*, vol. hors-série, no. 2, 2015, pp. 213-227.

<sup>35</sup> TARULLO D., « Federalism Issues in the United States Labour market policies and employment law », dans *International integration and labour market organisation*, New York : Academic Press, 1992.

<sup>36</sup> Cette attraction s'est surtout fondée sur un argument fiscal imbattable: aucune taxe n'était perçue sur l'immatriculation des sociétés. À cela s'ajoute une très grande flexibilité dans l'application des standards sur l'incorporation.



cependant pas retenu les conditions factuelles très particulières qui ont conduit à l'émergence de cette attractivité normative<sup>37</sup>. Si aujourd'hui l'État du Delaware est cité, cette citation s'accompagne généralement de la mention de l'effet Delaware qui serait caractérisé par une « *race to the bottom* » des standards de protection (surtout dans le domaine social) et qui conduirait au mieux à conférer une sorte de position normative dominante à un État et au pire à une dérégulation normative délétère. Ces remarques, empreintes du sceau de la simple critique, ne résistent pas complètement à l'examen des faits. Si nous procéderons à un tel examen dans nos développements ultérieurs<sup>38</sup>, nous pouvons déjà dire que l'émergence de l'attractivité normative de l'État du Delaware ne signifie pas un abandon par l'État fédéral de sa prérogative législative. Bien au contraire, le modèle du fédéralisme compétitif tel que mis en œuvre aux États-Unis s'est accompagné d'une intense régulation centralisée<sup>39</sup>.

Ce concept de fédéralisme compétitif a aussi influencé les rédacteurs du Traité de Rome et plus largement la construction européenne qui semble réunir les deux conditions de son existence : une liberté de circulation et une liberté (encadrée par les Traités) de réglementer pour les États Membres.

#### D. La concurrence normative, les concurrences normatives

Dans la littérature anglophone, le terme de « *competitive federalism* » est souvent confondu avec le terme de « *regulatory competition* ». Dans ce cas, la concurrence normative est le fédéralisme compétitif, *i.e.* que la concurrence normative en tant que concurrence par les normes recouvre le processus décrit ci-dessus. Mais si le processus existe, encore faut-il que celui-ci soit efficace. À cette fin, Catherine Barnard identifie six conditions<sup>40</sup> : une pleine mobilité des biens et des personnes, un large choix de destinations normatives pour offrir aux citoyens l'opportunité de faire un choix sensé, une pleine connaissance des biens et taxations dans les différentes destinations, des économies d'échelle dues à une taille optimale de chaque destination/juridiction, une latitude dans le choix des politiques réglementaires à mener pour chaque juridiction et une internalisation des coûts et bénéfices sur les offreurs directs et les consommateurs. Cette dernière est analysée par Catherine Barnard comme une absence de passagers clandestins. On

---

<sup>37</sup> DEAKIN S., « Is regulatory competition the future for european integration? », *Swed. Econ. Policy Rev.* 2006.13.71-95 p 77.

<sup>38</sup> Pour plus de précisions nous renvoyons à nos développements sur la théorie du siège réel, p50.

<sup>39</sup> DEAKIN S., « Legal Diversity and Regulatory Competition: Which Model for Europe? », (2006) 12-4 *Eur. Law J.* 440-454, p 13.

<sup>40</sup> BARNARD C., « Social dumping revisited: some lessons from the Delaware ? », *ECSAs Sixth Bienn. Int. Conf.* 1999.

reconnâtra ici certains des postulats du modèle de Tiebout, exception faite des passagers clandestins. Si cette description de la concurrence normative en tant que fédéralisme compétitif comporte les avantages résumés avant (processus de découverte, d'expérimentation et d'optimisation dans la régulation) elle présente un inconvénient majeur. Elle élude de trop nombreux acteurs et se concentre principalement sur les réactions normatives des États Membres/entités décentralisées. Malgré les tentatives de transposition d'un tel modèle vers l'Union Européenne où il est un outil d'analyse *a priori* efficace, force est de constater que le fédéralisme compétitif semble avoir été construit pour étudier la législation américaine et plus globalement la « vie fédérale » des États Unis. Une manière de nuancer cette perception de la « *regulatory competition* » serait de parler, comme certains auteurs<sup>41</sup>, de « *regulatory exit* ». Cependant, même si cette variation sémantique présente l'intérêt de se concentrer un peu plus sur les consommateurs/acteurs économiques, elle n'en demeure pas moins partielle et apporte peu de nouveautés au débat sur la concurrence normative.

Dans la doctrine allemande, la perception de la concurrence normative a le mérite d'être relativement plus centrée sur l'opérateur économique<sup>42</sup>. La concurrence normative est alors perçue comme le choix opéré par des acteurs économiques entre diverses normes qui leur sont proposées pour régir une situation donnée. Dans un second temps ensuite il est effectivement question des modulations normatives des États Membres mais l'on doit bien retenir que le raisonnement part du choix de l'opérateur économique et non d'une législation mise en place par un État. Cette concentration sur le choix de l'opérateur dans la doctrine allemande n'est pas fortuite. Dès 1933, dans sa leçon inaugurale intitulée « *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht* »<sup>43</sup> (le droit auto-créé de l'économie et le droit étatique), Hans Großmann-Doerth, fondateur de l'école de Fribourg, met en avant le rôle central des individus dans le fonctionnement de la société et s'interroge sur l'émergence d'un droit né de leurs pratiques à côté du droit étatique.

Mais si les méthodes d'analyses, ou bien plutôt le point de départ de celles-ci divergent, il n'en demeure pas moins que dans le cadre de l'Union Européenne ces définitions de la concurrence normative demeurent incomplètes : elles n'ont toujours pas envisagé le rôle de l'Union et de ses institutions. Comme le note le Professeur Jean-Sylvestre Bergé, les théories de la concurrence normative « *pèchent par un excès de simplification de ce que représente*

---

<sup>41</sup> TJIONG H., *Breaking the Spell of Regulatory Competition: Reframing the Problem of Regulatory Exit*, MPI Collective Goods Preprint No. 2000/13.

<sup>42</sup> SCHOEN W., « Playing Different Games? Regulatory Competition in Tax and Company Law Compared », *CMLR* 2005, Vol. 42, No. 2, pp. 331-335.

<sup>43</sup> GROßMANN-DÖRTH H., « Das selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft », *zum Gedenken an Hans Grossmann-Doerth (1894-1944)*, Mohr Siebeck, 2005.

*pour la complexité de l'objet d'étude* »<sup>44</sup> i.e. l'Union Européenne. En observant la mise en œuvre du marché intérieur, on constate en effet que certains postulats ou certaines conditions nécessaires à la mise en œuvre des modèles présentés ne sont pas satisfaits, ce dont les développements ultérieurs achèveront de nous satisfaire mais que nous pouvons déjà citer : la liberté de réglementer des États Membres par exemple se trouve encadrée, il existe de véritables passagers clandestins ou encore la liberté de circulation n'est pas, en tout temps et en tout lieu, absolue. En outre ces modèles ne se sont pas préoccupés du rôle des institutions dans le cadre de la concurrence normative, à l'exception peut-être de Simon Deakin qui note, à propos de la concurrence normative au sein de l'Union Européenne, qu'il s'agit d'une « *court led regulatory competition* »<sup>45</sup>.

Acceptant ces critiques et intériorisant les théories présentées, il est alors possible de formuler les conditions de l'émergence d'une théorie de la concurrence normative au sein de l'Union Européenne. Une telle théorie devra prendre en compte aussi bien le choix normatif des acteurs que les réactions des États Membres. Elle devra considérer que le degré de mobilité varie selon l'objet étudié et que même si garantir la libre circulation fait partie du patrimoine génétique de l'Union Européenne celle-ci est plus un outil encore imparfaitement exploité qu'un postulat sur lequel l'analyse pourrait se fonder<sup>46</sup>. Enfin une théorie de la concurrence normative de l'Union Européenne devra avant tout intégrer une pluralité d'acteurs lui donnant des dimensions multiples que nous pouvons classer de la manière suivante : dans une dimension horizontale elle exprimera la concurrence entre les États Membres pour attirer les opérateurs ou le choix des opérateurs entre les offres formulés par ces derniers. Dans une dimension verticale particulièrement novatrice elle insistera sur le rôle évolutif des institutions qui ne se cantonnent plus à observer cette concurrence horizontale mais bien plutôt y prennent part en tant qu'offreur de contenus normatifs. Enfin dans une dimension supra-horizontale (horizontalité entre les entités centrales) ou conglomérale elle devra tenir compte des autres systèmes qui concurrencent plus globalement son hégémonie. Pour tenter de développer cette analyse sur une théorie de la concurrence normative européenne, l'étude se concentrera sur la liberté d'établissement des personnes morales dont les principaux concepts se doivent d'être rappelés.

---

<sup>44</sup> BERGÉ J-S., « Concurrence normative et autonomie en droit européen : de quoi parle-t-on ? » dans KESSEDJIAN C. et COLLEGE EUROPEEN DE PARIS (dir.), *Autonomie en droit européen: stratégie des citoyens, des entreprises et des États* ; coll. Colloques, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2013.

<sup>45</sup> DEAKIN S., « Reflexive Governance and European Company Law », *Comp. Res. Law Polit. Econ.* 2007.

<sup>46</sup> Si l'on peut affirmer que la libre circulation des marchandises est quasiment atteinte sur le marché intérieur, telle n'est pas le cas de la libre circulation des capitaux par exemple.

## II. La liberté d'établissement des personnes morales sur le marché intérieur

Appréhender la liberté d'établissement des personnes morales sur le marché intérieur peut débiter avec l'étude des Traités et de la place qui lui est réservée (A), puis elle peut se poursuivre avec les principes dégagés par la Cour de Justice pour son exercice (B). Enfin elle s'achèvera avec les progressions législatives qui accompagnent ces principes (C).

### A. La liberté d'établissement des personnes morales dans les Traités

La liberté d'établissement se trouve dès l'origine incluse dans le Traité de Rome à l'article 52. L'objectif fixé par cet article est alors de supprimer « progressivement » les restrictions à la liberté d'établissement d'un ressortissant d'un État Membre sur le territoire d'un autre État Membre. Pour ce qui est plus particulièrement des personnes morales, cette suppression progressive s'étend aussi à la création d'agences, de filiales ou de succursales. Cette liberté s'applique alors aux sociétés, définies à l'article 58 alinéa 2 : « *Par sociétés on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif* ». Si cette liberté d'établissement se trouve insérée dès l'origine dans le droit primaire et ne connaîtra que peu d'évolutions (exception faite de l'article 55 TFUE sur l'application du principe du traitement national dans la participation au capital des sociétés par des ressortissants d'autres États Membres), il faut noter qu'originellement cette liberté d'établissement s'accompagnait d'une clause de *standstill*. Les États Membres devaient alors s'abstenir d'introduire de nouvelles normes, dans leur corpus juridique, qui pourraient entraver la réalisation d'une telle limitation. L'article 53 du Traité de Rome a donc procédé à une « *cristallisation du statu quo des législations nationales au moment de l'entrée en vigueur du Traité* »<sup>47</sup>. Enfin à l'article 220, devenu article 293 TCE et abrogé par le Traité de Lisbonne, les États Membres s'engageaient à mettre en œuvre des négociations pour assurer « *la reconnaissance mutuelle des sociétés au sens de l'article 58 alinéa 2, le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert du siège de paye en pays et la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes* ».

Les articles aujourd'hui applicables à la liberté d'établissement se retrouvent au sein de la troisième partie du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne intitulé « Les

---

<sup>47</sup> CONSTANTINESCO V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, Nancy. p149.

politiques et actions internes de l'Union » dans un chapitre deux d'un titre IV relatif à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux, juste après le chapitre consacré à la libre circulation des travailleurs. Une étude linguistique comparée ne révèle pas d'ambiguïté dans la manière dont est appréhendée la liberté d'établissement, seule la version allemande s'épargne une variation sémantique à l'article 54 TFUE pour parler à la fois de « *Hauptniederlassung* » et « *Hauptverwaltung* » là où les versions françaises et anglaises parlent d'établissement « principal » et d'administration « centrale ». Si la liberté d'établissement a été inscrite dès l'origine de l'Union dans les traités constitutifs, encore faut-il rappeler quels furent les principes dégagés, par la Cour de Justice, dans leurs mises en œuvre.

#### B. Les principes afférents à l'exercice de la liberté d'établissement

Les premiers arrêts rendus par la Cour de Justice dans le cadre de la liberté d'établissement concernaient principalement les personnes physiques exerçant une profession libérale et plus particulièrement les avocats. On pense par exemple à l'affaire *Reyners*<sup>48</sup> qui a donné lieu à une question préjudicielle sur l'interprétation de l'article 52 (aujourd'hui article 49 TFUE) au regard de la loi belge réservant l'exercice de la profession d'avocat uniquement à ses nationaux. Par une interprétation systémique<sup>49</sup>, la Cour reconnaîtra que cette disposition est « *par essence* » invocable directement par les ressortissants dans tous les États Membres<sup>50</sup>. L'effet direct reconnu, il est nécessaire de rappeler la définition de la liberté d'établissement retenue par la Cour (1), les conditions à satisfaire pour en jouir (2) et les principes afférents à son exercice (3).

##### 1. La définition prétorienne de la liberté d'établissement

En matière de sociétés, le premier arrêt rendu par la Cour date de 1974<sup>51</sup> et portait sur la définition même du terme de société au sens de l'article 58 (aujourd'hui 54 TFUE) ainsi que son articulation avec la première directive en droit de société<sup>52</sup>. S'il n'est pas nécessaire d'insister plus que de raison sur cette affaire, en revanche nous devons rappeler la définition même de la liberté d'établissement qui n'est pas contenue dans le Traité mais que la Cour

---

<sup>48</sup> CJCE, 21 juin 1974, *Reyners c. État Belge*, aff. C-2/74, ECLI:EU:C:1974:68.

<sup>49</sup> *ibid.* §23.

<sup>50</sup> *ibid.* §25.

<sup>51</sup> CJCE, 12 novembre 1974, *Friedrich Haaga GmbH*, aff. C-32/74, ECLI:EU:C:1974:116.

<sup>52</sup> Première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États Membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers.

de Justice a développé depuis l'affaire *Gebhard*<sup>53</sup>. À nouveau dans un contentieux impliquant l'exercice de la profession d'avocat en Italie, la Cour rappellera au point 25 de son arrêt que : « *La notion d'établissement au sens du traité est donc une notion très large, impliquant la possibilité pour un ressortissant communautaire de participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un État Membre autre que son État d'origine, et d'en tirer profit, favorisant ainsi l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de la Communauté dans le domaine des activités non salariées* ». Plusieurs remarques peuvent être formulées à l'égard de cette définition.

Tout d'abord la Cour reconnaît qu'effectivement la notion d'établissement est une notion « *très large* » qui aura donc vocation à englober une pluralité d'activités et avec une pluralité de normes nationales s'appliquant à ces activités.

Ensuite, il faut insister sur la notion d'interpénétration économique et sociale et d'installation stable et continue. Cette dernière permet notamment de distinguer la liberté d'établissement de la libre prestation de service. La première recouvre les installations d'opérateurs économiques de manière durable et définitive dans un autre État Membre alors la seconde absorbe des activités plus ponctuelles. Il s'agit là cependant d'une appréciation purement factuelle. Elle est, du propre aveu de la Cour, non résolue par les rédacteurs du traité : « *aucune disposition du traité ne permet de déterminer, de manière abstraite, la durée ou la fréquence à partir de laquelle la fourniture d'un service ou d'un certain type de service dans un autre État membre ne peut plus être considérée comme une prestation de services au sens du traité.* »<sup>54</sup>.

Enfin, cette définition doit être complétée pour distinguer la liberté d'établissement de la libre circulation des capitaux. En effet, la liberté d'établissement recouvre les cas dans lesquels un ressortissant d'un État Membre souhaite participer à la constitution ou à la gestion de sociétés dans un autre État Membre<sup>55</sup> et se distinguera de la libre circulation des capitaux si la participation que le ressortissant détient dans cette société lui permet d'avoir une influence déterminante dans l'activité de celle-ci<sup>56</sup>.

On constate alors que la ligne de démarcation est ténue entre la liberté d'établissement d'une part et la libre prestation de service ou la libre circulation des capitaux d'autre part. Finalement, il s'agit là de trois libertés, trois parques, liées dans leur exercice pratique et qui seront invoquées conjointement selon les enjeux de l'affaire au

---

<sup>53</sup> CJCE, 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard contre Consiglio dell 'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, aff. C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411.

<sup>54</sup> CJCE, 11 décembre 2003, *Bruno Schnitzer*, aff. C-215701, ECLI:EU:C:2003:662, §31.

<sup>55</sup> CJCE, 13 avril 2000, *C. Baars contre Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem*, aff. C-251/98, ECLI:EU:C:2000:205.

<sup>56</sup> *Ibid.* §22.

principal<sup>57</sup>. Mais si l'on parvient à délimiter la liberté d'établissement de ces deux autres libertés, encore faut-il déterminer dans quelle condition les personnes morales peuvent jouir d'une telle liberté.

## 2. Les conditions d'accès à la liberté d'établissement pour les personnes morales

Les dispositions du chapitre 2 relatives à la liberté d'établissement s'adressent en premier lieu aux personnes physiques. L'article 54 TFUE prévoit alors une assimilation des personnes morales aux personnes physiques. Cette assimilation est cependant conditionnée. Celles-ci doivent être constituées en conformité avec la loi d'un État Membre, avoir leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union. Enfin elles doivent poursuivre un but lucratif, conformément à l'article 54§2 TFUE, celui-ci étant entendu largement<sup>58</sup>. Dans ces conditions, elles accéderont à la liberté d'établissement. À l'énoncé de ces critères on saisit déjà l'intérêt de l'étude de la concurrence normative à l'aune de la liberté d'établissement des personnes morales puisque cette dernière s'appuie expressément sur les normes des États Membres pour faire accéder un opérateur économique à une liberté de circulation conférée par le traité. Par ailleurs, et nous reviendrons itérativement sur ce point, la jurisprudence rappellera de nombreuses fois que les sociétés, bien que pouvant être titulaires de la liberté d'établissement, n'ont d'existence qu'à travers la législation d'un État Membre<sup>59</sup>. Les personnes morales, au premier rang desquelles figurent donc les sociétés, apparaissent comme des créations juridiques qui doivent leur émergence à l'ordre juridique d'un État Membre mais qui peuvent déployer leurs activités sur le territoire de l'Union.

## 3. Les principes afférents à l'exercice de la liberté d'établissement

Si la personne morale peut donc accéder à la liberté d'établissement, plusieurs principes s'appliqueront à l'exercice de cette liberté<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Les enjeux d'une telle qualification apparaissent dans l'arrêt: CJCE, 3 octobre 2006, *Fidium Finanz AG contre Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, aff. C- 452/04, ECLI:EU:C:2006:631, à propos d'une relation transfrontalière impliquant un État tiers (en particulier la Suisse). Pour plus de précisions à ce sujet on peut se reporter à : BREITENMOSER S., WEYENETH R., *Europarecht Unter Einbezug des Verhältnisses mit Schweiz-EU*, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2014, chapitre 7 « Die Schweiz und die EU ».

<sup>58</sup> Pour un exemple d'une qualification large on peut citer : CJCE, 5 octobre 1998, *Udo Steymann contre Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-196/87, ECLI:EU:C:1988:475.

<sup>59</sup> CJCE, 27 septembre 1988, *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc*, aff. C-81/87, ECLI:EU:C:1988:456, §19 et 24.

<sup>60</sup> *Op.cit.* BARNARD C., *The substantive law of the EU: the four freedoms*, n°25, pour un résumé p215.



Le premier, d'un point de vue temporel dans l'exercice, est celui garantissant le droit de sortir ou d'entrer sur le territoire d'un État Membre. En matière de liberté d'établissement des personnes morales, de telles barrières « à la sortie » ou à « l'entrée »<sup>61</sup> peuvent par exemple se rencontrer dans le domaine fiscal. Ainsi, dans le cadre de l'affaire *Daily Mail* où la société en cause souhaitait déplacer son siège aux Pays-Bas pour bénéficier d'une législation fiscale plus avantageuse dans la vente de ses actions, la Cour de Justice rappellera que les garanties de l'article 49 TFUE « s'opposent également à ce que l'État d'origine entrave l'établissement dans un autre État membre d'un de ses ressortissants ou d'une société constituée en conformité de sa législation »<sup>62</sup>.

Le second principe, cardinal dans la construction du marché intérieur<sup>63</sup>, est celui de la non-discrimination en raison de la nationalité. Cette règle nécessite une légère adaptation dans notre cas. Ainsi, lorsqu'une société déploie son activité d'un autre État Membre elle ne peut subir de différence de traitement en raison de son siège qui serait situé dans un autre État Membre. Ainsi la Cour a pu rappeler que le principe de non-discrimination implique « la parfaite égalité de traitement des personnes se trouvant dans une situation régie par le droit communautaire et des ressortissants de l'État membre considéré »<sup>64</sup>. Positivement exprimé, ce principe signifie que le ressortissant se voit appliquer le traitement national dont la portée est « considérablement plus forte que celles des clauses de réciprocité, ou des clauses de la nation la plus favorisée »<sup>65</sup>.

Cependant ce second principe n'est pas sans inconvénient<sup>66</sup>. Aussi la Cour a développé le test de l'accès au marché pour se saisir de toutes dispositions qui pourraient interdire, empêcher ou rendre moins attractive l'usage de la liberté d'établissement. Un tel passage vers le test de l'accès au marché est notamment à l'œuvre dans les affaires *Säger*<sup>67</sup> ou *Kraus*<sup>68</sup> où la Cour a affirmé que « les articles 48 et 52 s'opposent à toute mesure nationale, relative aux conditions d'utilisation d'un titre universitaire complémentaire, acquis dans un autre État membre, qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est **susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants**

---

<sup>61</sup> Selon la dichotomie de l'avocat général Tesouro dans ses conclusions sous l'affaire : CJCE, 16 juillet 1998, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) contre Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, aff. C-264/96, ECLI:EU:C:1998:370.

<sup>62</sup> CJCE, *Daily Mail*, § 16.

<sup>63</sup> Voir nos développements infra p 31-32.

<sup>64</sup> CJCE, 26 septembre 1996, *Data Delecta Aktiebolag and Ronny Forsberg v MSL Dynamics Ltd*, aff. C-43/95, ECLI:EU:C:1996:357, §16.

<sup>65</sup> *op.cit.* CONSTANTINESCO V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, n°47, p 148.

<sup>66</sup> voir nos développement infra p39.

<sup>67</sup> CJCE, 25 juillet 1991, *Manfred Säger contre Dennemeyer & Co. Ltd*, aff. C-76/90, ECLI:EU:C:1991:331.

<sup>68</sup> CJCE, 31 mars 1993, *Dieter Kraus contre Land Baden-Württemberg*, aff. C-19/92, ECLI:EU:C:1993:125.



***communautaires, y compris ceux de l'État membre auteur de la mesure, des libertés fondamentales garanties par le traité.*** »<sup>69</sup>.

### C. Les accompagnements législatifs à l'exercice de la liberté d'établissement

Si les principes évoqués ci-dessus sont fondateurs et ont permis à la Cour d'offrir de nombreuses potentialités à l'exercice de la liberté d'établissement, il faut noter que, dès l'origine de la construction européenne, l'Union a aussi tenté d'accompagner et d'encourager législativement le développement de la liberté d'établissement des personnes morales. Nous reviendrons plus en longueur sur ces développements par la suite<sup>70</sup> mais nous pouvons déjà noter que le Traité contient à cet égard deux bases légales qui rendent possible une telle action. La première, la plus utilisée, est celle de l'article 50§1 TFUE qui prévoit que « *Pour réaliser la liberté d'établissement dans une activité déterminée, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, statuent par voie de directives.* ». Le seconde est celle de l'article 352 TFUE, connue sous le nom de clause de flexibilité, dispose que : « *Si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées.* » Cette clause permet à l'Union d'agir dans certains domaines où aucune compétence ne lui a été attribuée mais où une telle compétence serait pourtant nécessaire pour réaliser les objectifs fixés par le Traité<sup>71</sup>.

Les accompagnements législatifs sont à trouver en premier lieu dans une directive datée du 9 mars 1968<sup>72</sup>, adoptée sur le fondement de l'article 50 TFUE, et en dernier lieu on notera l'impatience qui entoure l'adoption de la quatorzième directive relative au transfert transfrontalier de siège<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> *op.cit. Kraus*, §32.

<sup>70</sup> voir nos développements au Chapitre 3, section 1, sous-section 1.

<sup>71</sup> voir nos développements p88.

<sup>72</sup> Première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États Membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers.

<sup>73</sup> Une des premières étapes dans le cadre de cette initiative est à retrouver dans : Résolution du Parlement européen du 10 mars 2009 contenant des recommandations à la Commission concernant le transfert transfrontalier du siège social d'une société (2008/2196(INI)).

Nous reviendrons plus précisément sur les différentes utilisations de ces bases légales par l'Union pour agir dans le cadre de la liberté d'établissement des personnes morales. Cependant, il convient dès à présent de noter que nous n'évoquerons pas dans cette étude deux formes de personnes morales développées par l'Union à savoir la société coopérative européenne<sup>74</sup> et le groupement d'intérêt économique européen<sup>75</sup>. Même si le second présente un intérêt pour le développement transnational des activités, celui-ci n'est qu'historique<sup>76</sup>. Aussi, ces deux formes de personnes morales européennes ne nous semblent ni nécessaires dans une étude de la concurrence normative, ni représentatives d'une telle concurrence. Enfin, en termes de mobilité elles n'apportent aucune spécificité dans le cadre d'une comparaison avec les personnes morales issues du droit national. Elles sont donc de peu d'intérêt dans la tentative d'élaboration d'une théorie de la concurrence normative de l'Union Européenne.

Les différents concepts qui fondent notre analyse rappelés, il nous reste maintenant à examiner comment s'exprime la concurrence normative dans le cadre de l'expérience collective que constitue de l'Union Européenne et cela au prisme de la liberté d'établissement des personnes morales.

La concurrence normative sur le marché intérieur a pris dans un premier temps l'apparence du fédéralisme compétitif. En effet, pour qualifier et présenter certains mécanismes dont celui de l'intégration négative en matière de liberté d'établissement, nombreux furent les commentateurs à noter un certain parallélisme avec le modèle américain de mise en concurrence des normes par les opérateurs économiques ce qui aurait entraîné, sinon un rapprochement, tout du moins une dévaluation de la qualité de certaines normes. Mais ces commentateurs, à défaut de démonstration, n'ont fait qu'affirmer la présence d'un tel mécanisme.

Aussi, si l'on ne peut nier qu'une forme de fédéralisme compétitif a pris forme sur le marché intérieur, il conviendra préalablement de démontrer l'instrument que celui-ci a représenté pour la mise en œuvre d'une véritable intégration négative en matière de liberté d'établissement (Chapitre 1).

Si le fédéralisme compétitif a connu certaines réussites sur le marché de la norme, réussites que nous aurons à cœur de présenter, il convient de ne pas demeurer dans une contemplation béate de ces dernières. Bien au contraire, le fédéralisme est une forme

---

<sup>74</sup> Règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC).

<sup>75</sup> Règlement (CEE) n° 2137/85 du Conseil des Communautés européennes du 25 juillet 1985 relatif au Groupement européen d'intérêt économique (GEIE).

<sup>76</sup> Le GEIE fut le premier instrument de coopération transfrontalière entre entreprises des pays membres de la Communauté européenne.

primitive de concurrence normative, en ce sens qu'il s'agit là du premier modèle développé, ce modèle souffre donc de lacunes et de limites (Chapitre 2).

Ces lacunes mises en lumière, il nous apparaîtra qu'il est désormais nécessaire de dépasser ce modèle primitif de concurrence normative. Aussi, donner un sens à cette expérience collective que constitue l'Union Européenne nous impose de prendre en considération ces singularités pour esquisser le portrait de son propre modèle de concurrence normative (Chapitre 3).

## CHAPITRE 1. LE FEDERALISME COMPETITIF PREMIER INSTRUMENT DE L'INTEGRATION NEGATIVE EN MATIERE DE LIBERTE D'ETABLISSEMENT

Affirmer que le fédéralisme compétitif est le premier instrument de l'intégration négative sur le marché intérieur est un paradigme maintes fois éprouvé. Mais l'affirmation relève plutôt de *l'obiter dictum* que de la contraposition. Dès lors, toute analyse de la concurrence normative et de sa forme primitive que constitue le fédéralisme compétitif se doit de démontrer avec plus de précision une telle assertion. À tout le moins doit-elle essayer.

À cette fin, il convient de mettre en lumière les différents éléments de cette affirmation pour examiner si, réellement, ils permettent d'aboutir au résultat escompté. La notion fondamentale, et la première sur laquelle l'attention doit être portée est celle du fédéralisme compétitif. Il est dans notre cas la clef de voûte de l'ensemble. Mais loin de constituer une fin en soi, le fédéralisme compétitif ne demeure qu'un instrument. Il est un moyen pour réaliser l'intégration négative. Cette dichotomie fait inmanquablement écho à celle rencontrée en droit de la concurrence quand il s'agit de s'interroger sur la place qu'il faut accorder à celle-ci. On en vient alors à rappeler le concept de concurrence-condition du droit américain, où la concurrence est un présupposé nécessaire à l'émergence du progrès économique. À cette conception s'oppose celle de concurrence-moyen du droit européen ; la concurrence est alors un moyen de parvenir au progrès économique, un moyen sans doute privilégié mais qui peut souffrir de restrictions, voire passer en arrière-plan<sup>77</sup>. La concurrence est dans ce cadre un instrument au service d'objectifs supérieurs<sup>78</sup>. C'est également dans ce sens et dans cette optique qu'il convient ici d'envisager le fédéralisme compétitif en matière de liberté d'établissement. Il est un instrument pour permettre une intégration, dans une dimension cette fois-ci normative, des marchés nationaux au sein du marché intérieur<sup>79</sup>. Si nous envisageons également le fédéralisme compétitif comme instrument, en opposition à un fédéralisme compétitif objectif, c'est aussi précisément parce que telle n'est pas la place qui lui est réservée dans l'ordre juridique de l'Union. En effet, si l'Union s'est fixée un certain nombre d'objectifs notamment à l'article 3 TUE comme l'établissement d'un marché intérieur, la mise en place du fédéralisme compétitif n'y figure pas. S'il n'est donc pas un objectif, il lui reste à porter le rôle d'instrument.

---

<sup>77</sup> Pour plus de précisions au sujet de la concurrence moyen et de la concurrence condition on se reportera à : BONASSIES, P., «Les fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence-moyen» dans *Etudes dédiées à Alex Weill*, Paris, Dalloz : Litec, 1983. et Cartelier, L. « Politique européenne de concurrence et nouvelles régulations publiques », dans *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éd. Frison-Roche, 1999, p. 359.

<sup>78</sup> CJCE, 17 février 2011, *Konkurrensverket contre TeliaSonera Sverige AB*, aff. C- 52/09, ECLI:EU:C:2011:83, §21.

<sup>79</sup> CJCE, 5 mai 1982, *Gaston Schul Douane Expediteur BV*, aff. C-15/81, ECLI:EU:C:1982:135, §33 ; article 26§2 TFUE.

L'instrument ainsi présenté, il est nécessaire désormais de s'interroger sur l'usage de celui-ci. Qui l'utilise ? Pour quel résultat ? Voilà les deux questions fondamentales auxquelles une réponse doit être apportée si l'on souhaite véritablement affirmer que le fédéralisme compétitif est le premier instrument de l'intégration négative en matière de liberté d'établissement. L'assertion exige alors de présenter le détenteur (1) ainsi que la résultante (2).

## SECTION 1. La Cour de Justice, main (in)visible sur le marché de la norme

Assigner à la Cour de Justice le rôle de main invisible sur le marché de la norme ne va pas de soi. Ce qualificatif fait écho à certains concepts économiques qu'il conviendra de mettre en lumière au côté des sous-bassements théoriques qui sont les fondations de l'office de la Cour de Justice (Sous-section 1). Les fondements théoriques d'un tel rôle rappelés, il conviendra ensuite d'examiner plus particulièrement leur mise en œuvre dans le cadre de la liberté d'établissement, *i.e.* en quoi la Cour de Justice se comporte alors dans les faits comme une main (in)visible sur le marché de la norme (Sous-section 2).

### Sous-section 1. Les fondements théoriques du rôle de la main (in)visible

Rappeler le terme de « main invisible » mais aussi se fonder sur une étude concurrentielle du marché de la norme nécessite de s'attarder avec plus de précision sur les doctrines économiques et plus particulièrement sur le concept de concurrence pure et parfaite (I). Ce rappel permettra de mettre en lumière deux constantes qui traversent la doctrine économique mais surtout la doctrine juridique lorsqu'elle s'intéresse à la place qu'occupe la Cour de Justice : une place d'arbitre (III) en quête d'équilibre (II).

#### I. La concurrence pure et parfaite et la recherche de l'équilibre concurrentiel : perspectives économiques

L'emploi du terme de « main invisible » en tant que qualificatif de la Cour de Justice peut surprendre. Il surprendra d'autant plus qu'il est en général immédiatement associé à son auteur et au courant de pensée que celui-ci a fait naître : Adam Smith et le libéralisme. Pourtant l'acointance aurait pu ne jamais exister tant le terme de main invisible est sporadique dans l'œuvre du susnommé. Elle n'apparaît en réalité que par deux fois pour exprimer des idées distinctes<sup>80</sup>. L'emploi qui nous intéresse en l'espèce est celui contenu

---

<sup>80</sup> BIZIOU M., *Adam Smith et l'origine du libéralisme*, coll. Fondements de la politique, Paris, Presses universitaires de France, 2003. Spécifiquement page 265. Dans le premier emploi du terme, il désigne le rapport entre les riches et les pauvres et la manière dont les premiers sont conduits par cette main invisible,

dans « *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* »<sup>81</sup> où l'auteur considère que: « *en cela, comme dans beaucoup d'autres cas, il est conduit par une **main invisible** à remplir une fin qui n'entre nullement dans ses intentions ; et ce n'est pas toujours ce qu'il y a de plus mal pour la société, que cette fin n'entre pour rien dans ses intentions. Tout en ne cherchant que son intérêt personnel, il travaille souvent d'une manière bien plus efficace pour l'intérêt de la société, que s'il avait réellement pour but d'y travailler*».

Cette notion de main invisible renvoie en fait à l'idée selon laquelle une confrontation des intérêts particuliers peut accroître l'intérêt général sur le marché. Il en devient efficace en ce sens que l'équilibre ainsi atteint maximise le bien être des individus. Formulée autrement, cette propriété d'efficacité du marché concurrentiel s'exprime à travers le premier théorème du bien-être. Ce théorème nécessite de préciser deux concepts. Le premier est celui d'équilibre général concurrentiel qui est caractérisé par un ensemble de prix égalisant l'offre et la demande sur tous les marchés et par les quantités qui en découlent. Le second est celui d'optimum de Pareto, *i.e.* une allocation des ressources telle que l'on ne peut améliorer la situation d'un individu dans l'économie sans détériorer celle d'au moins un autre. Le théorème conjecture alors que tout équilibre général concurrentiel est un optimum de Pareto. Si le marché est donc parfaitement concurrentiel, il en découle une propriété d'efficacité qui contribue à maximiser le bien-être des individus. En termes économiques, la situation ne pourrait être collectivement meilleure.

Cette importance qu'attache l'étude économique à la notion d'équilibre est à entendre en l'espèce dans le cadre d'une égalité atteinte entre l'offre et la demande sur ledit marché. Pour notre cas il s'agirait d'un équilibre entre l'offre normative issue des États Membres et la demande émise par les opérateurs économiques se déplaçant sur le marché intérieur.

Il n'en reste pas moins qu'après avoir posé ces éléments de base, un autre obstacle doit être franchi pour atteindre l'équilibre. Cet obstacle repose dans la question de savoir qui doit organiser la confrontation entre l'offre et la demande. En économie, la question simplifiée à l'extrême serait de déterminer qui fixe le prix. Dans le contexte du marché intérieur, la question est double. Tout d'abord le prix recouvre l'autorité compétente pour émettre la norme, mais aussi la qualité de cette norme. Il s'agit alors d'apprécier la compétence normative et le contenu que cette compétence offre à la norme. Formulé autrement la problématique du prix impose d'abord de déterminer, dans une dimension intégrative, qui est compétent pour appliquer sa norme et ensuite les qualités que celle-ci

---

Dans le second emploi, celui qui nous intéresse, le terme fait écho à la maximisation du profit par des choix d'investissement. Pour M. BIZIOU il existe cependant un point commun entre l'emploi des deux termes, à savoir qu'ils illustrent l'idée des conséquences inattendues de l'action humaine.

<sup>81</sup> SMITH A., *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Paris, GF Flammarion, 1999.

doit revêtir. Sur le marché intérieur, demander qui fixe le prix peut être formulé de la manière suivante : Qui doit déterminer la compétence de l'offreur de norme et qui doit ensuite fixer le point d'équilibre qualitatif de la norme ?

La problématique de l'instance extérieure aux parties prenantes au marché traverse la théorie économique dans son ensemble<sup>82</sup>. Cette entité dont l'objectif est de centraliser en son sein les offres et les demandes faites à un certain prix prend l'aspect d'un commissaire-priseur chez Walras<sup>83</sup>. Dans le cas d'une concurrence pure et parfaite, il revient uniquement à l'instance centrale de fixer le prix. Par la confrontation, celui-ci sera fixé au point d'équilibre égalisant l'offre et la demande. Ce modèle est cependant, pour certains, beaucoup trop théorique et parfaitement artificiel. Il pourrait aussi être reproché à cette étude de s'intégrer dans le cadre de la concurrence pure et parfaite pour développer l'analyse qui en découle. On ne peut nier que tel est effectivement le cas. Mais pour ce qui est de la critique de l'artificialité d'un tel modèle, servant de base à la réflexion, on rappellera utilement la formule de Schumpeter<sup>84</sup> : « *On ne répétera jamais assez que le concept de concurrence parfaite tient son caractère fondamental [...] dans la théorie économique à certains aspects de ses propriétés et non à une quelconque tendance des faits à s'y conformer ou à la "désirabilité" de l'état économique qu'il représenterait* ». Nous considérons donc, dans la lignée de Schumpeter, que faire reposer cette étude sur certains postulats ou certaines propriétés du modèle de concurrence pure et parfaite, loin de relever d'un fanatique mercantilisme, peut au contraire nous aider à mettre en lumière les mécanismes sous-jacents du fédéralisme compétitif.

Ces brefs rappels relatifs à la doctrine économique de la concurrence pure et parfaite nous livrent deux enseignements que tous s'accordent à reconnaître : il attire notre attention sur l'existence d'une entité centralisatrice qui arbitre entre l'offre et la demande et sur le concept d'équilibre. Ces deux caractéristiques pourraient donner à la Cour de Justice la dimension d'une main invisible sur le marché de la norme.

## II. La recherche de l'équilibre dans l'office de la Cour de Justice

Pour ce qui est du concept d'équilibre, Pierre Pescatore faisait remarquer que la force animant la Cour dans son office est l'idée « *d'un équilibre entre les institutions et l'idée*

---

<sup>82</sup> HEILBRONER R., ANTONMATTEI P. et TYACK-LIGNOT E., *Les Grands économistes*, Paris, Éd. du Seuil, 2001.

<sup>83</sup> Cette notion a été développée dans : WALRAS L., *Éléments d'économie politique pure: ou, Théorie de la richesse sociale*, Éd. définitive, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952.

<sup>84</sup> SCHUMPETER J., *Théorie de l'évolution économique*, Paris, Dalloz-Sirey, Éd. originale 1911.

d'un contrôle mutuel résultant de cet équilibre »<sup>85</sup>. C'est dans cette même fonction de garante d'un équilibre que transparaît le caractère fédéral de cette juridiction, la recherche est d'autant plus importante que la délimitation des compétences est prise dans une immuable dynamique évolutive. En effet, si nous faisons référence ici au fédéralisme c'est parce que la notion d'équilibre y est consubstantielle et que tel sera aussi le cas, *a fortiori*, dans le cadre du fédéralisme compétitif. Cette importance de l'équilibre repose en fait dans l'énantiosémie latente du terme qui ne fait qu'accroître ce caractère mais aussi la prégnance de la recherche de l'équilibre.

Si le fédéralisme compétitif est une forme de concurrence, normative en l'espèce, il n'en demeure pas moins également une forme de fédéralisme. Dans le fédéralisme en tant que méthode d'organisation de l'état c'est une dialectique permanente, une recherche de l'équilibre qui se joue entre une pression centralisatrice et décentralisatrice<sup>86</sup>. Dans le cadre du fédéralisme compétitif, la pression est essentiellement décentralisatrice, *i.e.* elle repose sur les entités fédérées. C'est d'ailleurs en cela que le fédéralisme compétitif constitue une forme primitive de concurrence normative, primitive à entendre dans un sens temporel : la concurrence se joue avant tout entre les entités fédérées pour accroître leur attractivité normative. En ce sens, la Cour de Justice joue un rôle dans la recherche de cet équilibre, propre au caractère fédéral qui transcende son office et plus largement, la construction européenne. Ces développements sur le caractère fédéral de la Cour de Justice sont donc un indice supplémentaire de la mission équilibrante de cette même Cour.

Pour ce qui est de la fonction d'entité centralisatrice, il sera ici soutenu qu'elle transparaît principalement dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation<sup>87</sup>. Cette affirmation de centralisation de l'interprétation de la norme n'est pas nouvelle<sup>88</sup>. Néanmoins, il convient d'apporter quelques précisions dans le cadre de cette étude, précisions donnant au mécanisme du renvoi préjudiciel une coloration singulière dans la mise en place, par une entité centralisatrice, de l'équilibre concurrentiel sur le marché de la norme.

Tout d'abord il convient de souligner quelles sont les compétences de la Cour de Justice dans le cadre d'un tel mécanisme. À ce titre, Pierre Pescatore renvoie<sup>89</sup> à l'arrêt

---

<sup>85</sup> PESCATORE P., « La cour de justice en tant que juridiction fédérale et constitutionnelle », dans *Études de droit communautaire européen, 1962-2007*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

<sup>86</sup> FRIEDRICH C., « Zum gegenwärtigen Stand des Föderalismus in den Vereinigten Staaten », dans *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, N. 23, 1936, pp. 343-375.

<sup>87</sup> Article 267 TFUE.

<sup>88</sup> SIMON D., *Le système juridique communautaire*, Presses Universitaires de France, 2001. p684 et suivants.

<sup>89</sup> *op.cit.* PESCATORE P., « La cour de justice en tant que juridiction fédérale et constitutionnelle », n°85.



*Bosch*<sup>90</sup>, particulièrement éclairant à ce propos. Statuant sur sa compétence, la Cour de Justice en viendra à affirmer que cette faculté d'interprétation des traités porte aussi sur l'article même lui offrant cette compétence (l'article 177 CE en l'espèce). Elle imposera donc elle-même ses propres limites au pouvoir d'interprétation. La Cour est compétente pour déterminer dans quelle mesure sa compétence s'exerce dans le cadre de ce mécanisme. L'expolition n'a rien de superfétatoire : ne voit-on pas surgir en ce point une sorte de *Kompetenz-Kompetenz* pour reprendre la formule de Jellinek<sup>91</sup> ? Cela ne devrait pas transir si l'on souhaite conférer à la Cour de Justice le rôle d'institution centrale, d'arbitre organisant la confrontation entre une offre et une demande normative. Pour employer un terme concurrentiel teinté de l'œuvre de Max Weber, on peut affirmer que la Cour de Justice détient le monopole de l'interprétation centralisée.

Si nous abordons ici le renvoi préjudiciel c'est parce qu'il témoigne, plus que toutes les autres procédures devant la Cour de Justice, de la manière dont celle-ci examine, évalue soupèse les offres normatives devant elle centralisées. Cette centralisation au service d'une allocation plus efficace des contenus normatifs pour la réalisation du marché intérieur n'est pas étrangère au commissaire-priseur walrasien qui par son tâtonnement établit le prix d'équilibre. La construction d'une jurisprudence ne relèverait-elle pas elle aussi du tâtonnement<sup>92</sup> dans la recherche de la meilleure solution pour le marché intérieur ? Si notre étude porte sur la liberté d'établissement, on peut à ce stade cependant utilement renvoyer vers le *tâtonnement jurisprudentiel* concernant la définition de l'entrave à la libre circulation des marchandises<sup>93</sup>.

### III. La Cour de Justice : arbitre sur le marché de la norme

Cette fonction d'unité centrale, d'arbitre recherchant l'équilibre, n'est que confirmée par les termes du traité<sup>94</sup>. Ces derniers lui offrent une place toute particulière, institution de l'Union certes, mais aussi autorité juridictionnelle en charge d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités. Ces traités organisent, il est vrai, la répartition des compétences, équilibre instantané au moment de la rédaction de ceux-ci.

---

<sup>90</sup> CJCE, 6 avril 1962, *Robert Bosch GmbH*, aff C-13/61, ECLI:EU:C:1962:11.

<sup>91</sup> JELLINEK G., *L'État moderne et son droit*; Paris, Éd. Panthéon-Assas ; Diff. LGDJ, 2005.

<sup>92</sup> Sur la réinterprétation et l'adaptation constante de la jurisprudence on peut citer: MADURO M., « *Interpreting European Law : judicial adjudication in a context of constitutional pluralism* », *European Journal of Legal Studies*, 2007, 1, 2.

<sup>93</sup> KOVAR R., « *Dassonville Keck et les autres, de la mesure avant toute chose* », *RTD Eur*, 2006 n°2, p213-247 et BOUVERESSE A., « *L'arrêt Keck et la jurisprudence postérieure du point de vue de la Cour ou comment le juge de l'Union a travaillé son revirement* », *RTD Eur*, 2014 p870-1.

<sup>94</sup> Article 19 TUE.

Dans leur vie même et dans leur évolution<sup>95</sup>, c'est alors à la Cour de Justice que revient ce rôle de protection de l'équilibre.

La doctrine aussi s'accorde souvent sur le terme d'arbitre pour qualifier l'office de la Cour de Justice<sup>96</sup>. Néanmoins, quand le terme d'arbitre se trouve employé, il vient surtout qualifier l'office de la Cour lorsqu'il s'agit de protéger (voir de préserver) des identités constitutionnelles nationales, *i.e.* les intérêts nationaux face à la progression de l'intégration européenne et donc les intérêts de l'Union Européenne<sup>97</sup>. Lorsqu'il est ici question d'arbitrage, il qualifie celui réalisé entre l'offre normative des États Membres et la demande formulée par l'opérateur économique, la confrontation est alors principalement horizontale. Mais est-ce que ces arbitrages diffèrent diamétralement ? Il semblerait que non. En effet les opérateurs économiques formulent leurs demandes précisément dans un cadre européen intégré que constitue le marché intérieur. Dès lors, si la Cour de Justice en vient à arbitrer entre l'offre et la demande normative, le conflit se résume également entre la préservation de spécificités normatives nationales (accompagnés de velléités normatives expansionnistes) et des demandes tirant profit d'une spécificité normative intégrée et européenne. L'intérêt commun se trouve certes sous-jacent mais il transparaît dans la possibilité laissée, *via* la libre circulation, aux demandeurs de contester les marchés pour se saisir de nouvelles offres ou se départir de celles créant des obstacles. La contestation donne la possibilité de nouveaux contentieux dans le cadre desquels la Cour arbitrera et fixera donc un point normatif d'équilibre. Celui-ci, dans le cadre du fédéralisme compétitif, s'orientera principalement dans le sens d'une intégration négative toujours plus forte<sup>98</sup>. Mais de là à qualifier la Cour de Justice d'institution néo-libérale il y a un pas qu'il faut se garder de franchir<sup>99</sup>.

---

<sup>95</sup> Ce caractère vivant du traité fait inmanquablement écho à la méthode d'interprétation évolutive de la Cour Européenne des droits de l'homme, voir notamment CEDH, affaire Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, 5856/72.

<sup>96</sup> AZOULAI L., « Le rôle constitutionnel de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », (2008) 1 *Rev. Trimest. Droit Eur. RTDE* 2945. et BOUVERESSE A., « La Cour de justice de l'Union européenne : gardienne de ses pouvoirs », dans *Europe(s), Droit(s) européen(s) – Une passion d'universitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

<sup>97</sup> Pour un exemple de confrontation entre des motifs d'ordre public du droit national et la liberté de circulation (des personnes physiques) on peut citer: CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein contre Landeshauptmann von Wien*, aff. C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806.

<sup>98</sup> Voir infra nos développements sur les résultats de l'intégration négative : Section 2. La mobilité des acteurs au service de l'interpénétration normative.

<sup>99</sup> KOKOTT J., « Der EuGH - eine neoliberale Institution ? » dans HOHMANN-DENNHARDT Christine, MASUCH Peter, VILLIGER Mark E. et JAEGER Renate (dir.), *Grundrechte und Solidarität: Durchsetzung und Verfahren: Festschrift für Renate Jaeger*, Kehl am Rhein, N.P. Engel Verlag, 2011. L'auteur soutient en effet que la critique d'institution néo-libérale à l'égard de la Cour de Justice est infondée puisque la Cour de Justice ne cherche pas à faire primer une quelconque théorie économique mais bien plutôt elle examine le respect des traités et notamment la libre circulation. Ensuite, au moyen du test de proportionnalité, il lui appartient de concilier les impératifs en présence.

## Sous-section 2. La mise en œuvre pratique dans le cadre de la liberté d'établissement des personnes morales

La Cour de Justice joue un rôle d'arbitre à la recherche de l'équilibre sur le marché intérieur de la norme. Il convient désormais de présenter la mise en œuvre concrète d'un tel arbitrage en matière de liberté d'établissement des personnes morales. A cette fin il convient d'aborder les différents outils dont dispose la Cour de Justice pour réaliser cet arbitrage (I) avant de s'intéresser à la légitimité qui est la sienne pour réaliser un tel processus (II).

### I. Les instruments à disposition de la Cour

Si la doctrine économique s'appuie essentiellement sur des modélisations mathématiques pour déterminer le point d'équilibre propre à égaliser l'offre et la demande<sup>100</sup>, force est de constater que le Cour de Justice ne détient pas de tels outils pour procéder à cette détermination. Néanmoins, en matière de liberté d'établissement la Cour de Justice dispose de deux instruments particulièrement efficaces<sup>101</sup>.

Le premier est l'article 49 TFUE qui pose le principe de la prohibition des restrictions à la liberté d'établissement en étendant une telle restriction, notamment à la création d'agences, de succursales ou de filiales. Le second ensuite, l'article 54 TFUE, permet de rattacher la personne juridique à l'État Membre en posant une règle de conflit qui organise la répartition selon le siège<sup>102</sup> de la société. S'ajoute à ce critère la condition que la société ait son siège statutaire, son administration centrale ou son principal établissement à l'intérieur de l'Union. Comme de nombreuses règles communautaires, ces deux articles permettent de désigner un ordre juridique compétent<sup>103</sup> mais donnent aussi une coloration pro-européenne à une telle désignation. En effet, par l'application des articles 49 et 54 TFUE, la Cour de Justice dispose d'une base juridique de répartition des compétences normatives et de contrôle qualitatif de la norme. Ainsi un État Membre sera compétent pour régler une opération couverte par la liberté d'établissement. Mais puisque l'opération est couverte par celle-ci, la norme étatique devra posséder certaines qualités. Pareil mécanisme de répartition, puis de contrôle de la qualité du contenu normatif applicable se retrouve par

---

<sup>100</sup> GUERRIEN Bernard, « *Equilibre économique* », dans Encyclopoedia Universalis, accessible en ligne : <https://www.universalis.fr/encyclopedie/equilibre-economique/>.

<sup>101</sup> Il est ici fait référence aux articles 49 et 54 TFUE.

<sup>102</sup> Sur le siège comme facteur de rattachement on peut citer : CJCE, 28 janvier 1986, *Commission c. France (avoir fiscal)*, aff. C-270/83, ECLI:EU:C:1986:37, §18.

<sup>103</sup> AZOULAY L., « Autonomie et antinomie du droit communautaire : la norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux », *LPA*, 2004.199.4.

exemple dans l'affaire *Vale Epitesi*<sup>104</sup> où la Cour, en cas de transformation transfrontalière de société, établira la ligne de démarcation des compétences normatives entre l'État Membre d'accueil et d'origine et encadrera le second au moyen des principes d'équivalence et d'effectivité<sup>105</sup>. Loin de la neutralité savignienne<sup>106</sup> que devrait revêtir la règle de conflit de loi, les articles 49 et 54 TFUE, tels qu'interprétés par la Cour de Justice, permettent de réaliser cette répartition mais aussi le contrôle de la qualité des normes ainsi réparties. Cette coloration matérielle, cette orientation de la règle de conflit de loi vers l'objectif intégrationniste, invite donc à s'interroger sur le devenir de ces règles dans le cadre de l'Union Européenne<sup>107</sup>. On peut en effet craindre l'obsolescence de certaines règles de conflit de lois nationales dans le contexte européen du fait même de leur caractère discriminatoire. C'est d'ailleurs le sort qu'ont connu les articles 14 et 15 du Code Civil qui ne peuvent plus s'appliquer dans le cadre de l'Union Européenne du fait même de leur critère de répartition : la nationalité, ce qui est donc discriminatoire à l'égard des autres citoyens de l'Union.

Il n'en demeure pas moins que pour que l'offre d'un État membre rencontre la demande d'un opérateur, il est essentiel de rattacher ce dernier à son ordre juridique selon l'article 54 TFUE. En effet, ne peuvent accéder à la liberté de circulation que les sociétés constituées en conformité avec la législation d'un État Membre. Mais cette allocation, loin d'accorder une totale immunité une fois la répartition réalisée, se doit d'être efficace. À cette fin le contrôle de la qualité de l'offre est opéré au regard de l'article 49 TFUE. La combinaison de ces deux textes traduit donc une efficacité allocative normative, *i.e.* une répartition des compétences normatives (allocation) dont la qualité (efficacité) a été contrôlée au regard des dispositions du traité. Cette allocation efficace se retrouve aussi dans le cadre d'un marché concurrentiel, tel qu'il a été décrit précédemment.

---

<sup>104</sup> CJUE, 12 juillet 2012, *VALE Építési*, aff. C- 378/10, ECLI:EU:C:2012:440 . Les faits de l'affaire peuvent être brièvement rappelés comme suit (et sont développés dans le cadre de notre raisonnement sur la théorie du siège réel) : une société de droit italien s'est fait radié du registre des sociétés pour transférer son activité effective et son siège statuaire en Hongrie où elle s'est heurtée à un refus d'immatriculation des autorités hongroises au motif que le droit hongrois ne permettait pas un tel transfert du fait de son caractère transfrontalier.

<sup>105</sup> *Ibid.* point 48. Les principes sont également redéfinis dans nos développements sur la théorie du siège réel.

<sup>106</sup> DE SAVIGNY Carl Friedrich, *Traité de droit romain*, 1860. La règle de conflit de lois est dite neutre lorsqu'elle ne cherche pas à favoriser un certain résultat.

<sup>107</sup> BERGÉ J-S., « La répartition communautaire des compétences entre les droits nationaux : faut-il ou non s'interroger sur un renouvellement des analyses en droit international privé ? », *LPA*, 2003.101.17-18.

## II. La légitimité de l'arbitrage de la Cour de Justice dans la recherche de l'équilibre normatif

S'interroger sur la légitimité de la Cour de Justice à réaliser un tel arbitrage impose de remettre à l'ordre du jour les débats sur le rôle du juge et sur la tension qui le partage entre l'impérativité de trancher le litige et de ne pas outrepasser le rôle que lui confèrent les traités en la matière (A). On observera enfin que la Cour de Justice a très rapidement dépassé cette tension pour développer pleinement son rôle d'arbitre à la recherche d'un équilibre dans le cadre de la liberté d'établissement des personnes morales (B).

### A. Déni de justice ou gouvernement des juges

Si la Cour de Justice réalise un tel arbitrage dans la quête d'un maintien de l'équilibre normatif sur le marché intérieur, on peut encore se demander si elle est effectivement légitime à le faire. S'interroger sur une telle légitimité peut conduire à la question de savoir si la Cour de Justice n'occuperait pas, se faisant, la place d'une autre institution ou d'un autre pouvoir, à savoir le pouvoir législatif. Il est opportun de noter sur ce point les difficultés du législateur européen concernant la matière que constitue le droit européen des sociétés. En effet, dès l'origine le Traité avait laissé aux États Membres le soin d'adopter des mesures propres à assurer « *la reconnaissance mutuelle des sociétés (...), le maintien de la personnalité juridique en cas transfert de siège de pays en pays et la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes* »<sup>108</sup>. Les traités, mais aussi la Cour elle-même semblaient donc reconnaître la priorité qui revenait au législateur pour assurer la libre circulation des sociétés sur le marché intérieur. Une telle déférence de la Cour est particulièrement visible dans l'arrêt *Daily Mail*<sup>109</sup> lorsqu'elle affirme que les problèmes issus des disparités des législations doivent être résolus par des travaux législatifs ou conventionnels<sup>110</sup>. Néanmoins il convient de noter le relatif échec de ces travaux, au premier rang desquels figure la Convention de Bruxelles du 29 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés<sup>111</sup>, jamais entrée en vigueur faute de ratification par les Pays-Bas<sup>112</sup>. Face à une telle carence législative que pouvait donc faire la Cour ?

---

<sup>108</sup> Article 293 TCE, par la suite la Cour en viendra à la conclusion que cela ne constitue pas une « réserve de compétence législative », voir notamment CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, aff. C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, §54 et nos développements p43.

<sup>109</sup> CJCE, 27 septembre 1988, *Daily Mail and General Trust plc*, aff. C-81/87 ECLI:EU:C:1988:456.

<sup>110</sup> *ibid.* §23.

<sup>111</sup> Convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales, signée à Bruxelles le 29 février 1968.

La première alternative, peu satisfaisante d'un point de vue intellectuel, aurait été de considérer que là où le législateur n'a pas fait de progrès, il ne revient pas à la Cour de se substituer à lui. C'est l'alternative du *non liquet*<sup>113</sup>. Cette position fut adoptée par certains avocats généraux, on pense par exemple aux conclusions de l'avocat général Warner dans l'affaire *Camera-Care*<sup>114</sup> « la Cour a pour mission de dire le droit et non pas ce qu'il devrait être »<sup>115</sup>.

Néanmoins cette solution est peu satisfaisante et la Cour doit se prononcer chaque fois qu'elle est saisie dans le cadre de sa compétence, notamment pour donner une réponse utile au juge national dans le cadre du renvoi préjudiciel. La posture inverse reviendrait alors à commettre un déni de justice<sup>116</sup>. Pierre Pescatore note par exemple que « le juge étant obligé de se prononcer, en vertu de l'éthique qui est l'essence même de sa fonction, il n'a d'autres choix, parce que le législateur refuse de lui fournir les critères de solutions appropriées, que de se rabattre sur les éléments de système qui se trouvent à sa disposition. Il se fait ainsi que, dans le cadre communautaire, la carence du législateur a entraîné, par contrecoup, une extraordinaire mise en valeur **des éléments de système inhérents au droit communautaire** »<sup>117</sup>. Dans le cadre général de la libre circulation, mais aussi dans celui plus spécifique de la liberté d'établissement ces « **éléments de système inhérents au droit communautaire** » reposent principalement sur le concept de non-discrimination en raison de la nationalité<sup>118</sup> qui s'exprime notamment par l'application d'une base commune à savoir le traitement national<sup>119</sup>. En effet, en l'absence d'avancée réalisée par le législateur, la Cour de Justice se livre alors à un « *majoritarian activism* »<sup>120</sup> pour faire primer la solution normative la plus en adéquation avec le marché intérieur. Cette solution doit alors présenter

---

<sup>112</sup> SANTORO G., « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt *Cartesio* », *Revue internationale de droit économique*, vol. t.xxiv, no. 3, 2010, pp. 351-372.

<sup>113</sup> PESCATORE P., « Carence du législateur communautaire et pouvoir du juge », dans *Études de droit communautaire européen, 1962-2007*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

<sup>114</sup> CJCE, ordonnance du 17 janvier 1980, *Camera Care Ltd contre Commission des Communautés européennes*, aff C-792/79 R, ECLI:EU:C:1980:18.

<sup>115</sup> Pour un exemple d'articulation entre le législateur et l'interprétation des textes par la Cour on peut citer : CJCE, 1<sup>er</sup> avril 2004, *Commission des Communautés européennes contre Jégo-Quééré & Cie SA*, aff. C-263/02 P, ECLI:EU:C:2004:210.

<sup>116</sup> *op.cit.* MADURO M., « *Interpreting European Law : judicial adjudication in a context of constitutional pluralism* », n°92.

<sup>117</sup> *op.cit.* PESCATORE P., « Carence du législateur communautaire et pouvoir du juge », n°113.

<sup>118</sup> Article 18 TFUE.

<sup>119</sup> PESCATORE P., « *Jusqu'où le juge peut il aller trop loin?* », dans *Études de droit communautaire européen, 1962-2007*, Bruxelles, Bruylant, 2008. L'auteur fait notamment remarquer le raisonnement plus sain et positif adopté en matière de liberté d'établissement par comparaison à la libre circulation des marchandises.

<sup>120</sup> MADURO M., *We the court: the European Court of Justice and the European Economic Constitution: a critical reading of Article 30 of the EC Treaty*, Oxford : Evanston, Ill., USA, Hart Pub. ; 1998.

la caractéristique de ne pas faire de différenciation selon le caractère interne ou transnational de la situation en cause.

Par ailleurs, Pierre Pescatore note très justement que cette carence législative fait naître, d'une certaine manière, un spill-over<sup>121</sup> poussant vers plus d'intégration en renforçant les principes du marché intérieur<sup>122</sup>.

#### B. L'intégration, par la Cour de Justice, de son rôle d'arbitre en matière de liberté d'établissement

Faute d'adoption normative par le législateur dans le domaine de la libre circulation des personnes morales, des litiges peuvent apparaître plus aisément dans la mesure où la matière n'est pas totalement harmonisée. Ces litiges sont autant de possibilités laissées à la Cour pour développer son interprétation. Les auteurs notent souvent que l'arrêt *Centros*<sup>123</sup> constitue en ce sens un virage<sup>124</sup>. On retiendra de cette affaire la volonté d'optimisation législative des requérants au principal en créant une société au Royaume-Uni pour éluder le droit danois mais établir tout de même dans cet État Membre une succursale réalisant l'intégralité de l'activité de la société. Après avoir rappelé que pareille situation est inhérente au marché intérieur, la Cour de Justice validera une telle optimisation.

Il faut noter que les avocats généraux soulignent également cette évolution jurisprudentielle en l'absence de progrès législatif<sup>125</sup>. Cependant, nous porterons notre attention sur l'arrêt *Sevic System*<sup>126</sup> concernant la possibilité de réaliser une fusion transfrontalière, en l'espèce entre une société de droit allemand et une société de droit luxembourgeois. Cette opération est validée en deux temps. Dans un premier temps la Cour reconnaît dans l'arrêt précité qu'elle constitue une modalité d'exercice de la liberté d'établissement<sup>127</sup>, liberté à laquelle s'applique le principe du traitement national. Or dans le cas d'espèce l'offre normative allemande ne prévoyait une faculté de fusion que pour les sociétés allemandes. Cela constitue donc une différence de traitement selon que l'opération soit nationale ou transfrontalière, contraire à la liberté d'établissement. Formulé autrement il s'agit d'un refus discriminatoire d'enregistrement d'une fusion transnationale. Or, si la Cour de Justice est allée bien au-delà du test de non-discrimination dans l'évolution de sa jurisprudence, il faut dès maintenant affirmer le caractère fondamental d'un tel principe. Le

---

<sup>121</sup> LINDBERG L., *The political Dynamics of European Economic Integration*, Stanford University Press.

<sup>122</sup> *op.cit.* PESCATORE P., « Carence du législateur communautaire et pouvoir du juge », n°113.

<sup>123</sup> CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd contre Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C- 212/97, ECLI:EU:C:1999:126.

<sup>124</sup> AUDIT M., BOLLEE S. et CALLE P., « L'incidence du droit de l'Union européenne en matière de sociétés », *dans Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, *Précis Domat*, 2016.

<sup>125</sup> Conclusions de Monsieur l'Avocat Général Colomer sous l'affaire C-208/00, §29 et 30.

<sup>126</sup> CJCE, 13 décembre 2005, *SEVIC Systems AG*, aff. C-411/03, ECLI:EU:C:2005:762.

<sup>127</sup> *ibid.* § 19.



recours à celui-ci ne fait d'ailleurs que renforcer la légitimité de la Cour puisqu'elle exprime l'âme même des traités ou, pour reprendre les termes de Pierre Pescatore, le « thème de l'égalité »<sup>128</sup>. Pour le Professeur van Hecke, cité par P. Pescatore, « *tout le traité n'est qu'en quelque sorte que la mise en œuvre de ce principe fondamental de l'interdiction de la discrimination en raison de la nationalité* ». Pour l'émergence d'un véritable marché intérieur il est certes nécessaire d'éliminer les entraves, mais avant toute chose, une différence de traitement fondée sur la nationalité se doit d'être combattue<sup>129</sup>.

Toujours est-il que le premier temps jurisprudentiel acté par l'arrêt *Sevic* a anticipé et amplifié la progression législative<sup>130</sup> telle qu'elle résulte notamment de la modification de la directive fusion<sup>131</sup>. Notons finalement que la Cour, avant de dégager ses interprétations, rappellera itérativement qu'elle agit « *en l'état actuel du droit communautaire* »<sup>132</sup>.

On peut donc s'accorder à dire, chronologiquement, mais aussi qualitativement, que la Cour de Justice en mettant en œuvre le fédéralisme compétitif en matière de liberté d'établissement sur le marché intérieur a permis de réaliser une intégration élaborée. Chronologiquement elle a débuté son interprétation visant à affirmer la règle générale selon laquelle, les règles étatiques de droit international privé des sociétés doivent se faire dans le respect du droit de l'Union, bien avant les différentes adaptations législatives. Qualitativement ensuite parce que les solutions dégagées sont bien plus audacieuses que celles mise en place par le législateur européen<sup>133</sup>. Il est patent de souligner par exemple que la Société Européenne ne peut réaliser une dissociation entre son siège réel et statutaire<sup>134</sup>, ce qui a pourtant été validé par la Cour dans le cadre de la jurisprudence *Centros*<sup>135</sup> (à la condition que l'État Membre d'origine permette une telle dissociation,

---

<sup>128</sup> PESCATORE P., « *Les objectifs de la Communauté comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour* », dans *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch : Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita*. E. Bruylant : Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972.

<sup>129</sup> Pour Catherine Barnard, le principe de non-discrimination est aussi la pierre angulaire qui a permis de fonder le marché intérieur, BARNARD C., *The substantive law of the EU: the four freedoms*, Fifth Edition, Oxford, Oxford University Press, 2016. p18.

<sup>130</sup> DAMMANN R., « Le principe de la liberté d'établissement consacré par les articles 43 et 48 CE s'applique aux fusions transfrontalières intra-communautaires », (2006) 19 *JCP G Sem. Jurid. Édition Générale* 970-974.

<sup>131</sup> Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux abrogée et remplacée par la Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés.

<sup>132</sup> Pour un exemple récent: CJUE, 16 avril 2015, *Commission c. Allemagne*, Aff. C-591/13, ECLI:EU:C:2015:230 §44.

<sup>133</sup> La Cour de Justice n'est en effet pas tenue aux mêmes contraintes institutionnelles de majorité ou d'unanimité selon les cas et se doit de trancher les litiges qui lui sont soumis. Nous revenons sur ce point dans nos développements à propos des instruments en faveur d'une nouvelle concurrence normative ( Chapitre 3).

<sup>134</sup> Article 7 du Règlement (CE) n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE).

<sup>135</sup> CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd contre Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C- 212/97, ECLI:EU:C:1999:126.



notamment *via* l'application de la théorie de l'incorporation). À cela s'ajoute l'échec de la Société Privée Européenne<sup>136</sup>, en partie aussi pour cette raison<sup>137</sup>.

Agissant ainsi la Cour de Justice organise donc la confrontation des offres normatives sur le marché intérieur, attribuant compétence et contrôlant la qualité des offres. En arbitrant les compétences, elle éloigne la tentation monopolistique d'un État Membre ou même d'une institution. En effet, en réalisant une sorte de *check and balances* entre les velléités normatives, elle prémunit le marché intérieur de l'émergence d'un acteur attirant à lui, sur une base concurrentielle faussée, les demandeurs de norme. Elle surveille ainsi la réalisation d'une concurrence normative qu'on pourrait qualifier de « par les mérites », c'est à dire par la correcte application des traités.

En se plaçant sur le terrain du traitement national, elle met en place une *concurrence pure* dans le domaine normatif, c'est-à-dire une concurrence qui serait apurée de tout élément de discrimination. Mais au-delà de ce principe de non-discrimination ses plus grandes réussites sont sans doute l'affirmation des principes de l'effet direct et de la reconnaissance mutuelle des sociétés, principes actant une subjectivisation des traités par la Cour au service de la mise en œuvre d'un fédéralisme compétitif global.

## SECTION 2. La mobilité des acteurs au service de l'interpénétration normative

Le détenteur, ou plutôt, l'utilisateur de l'instrument que constitue le fédéralisme compétitif ayant été présenté, il convient désormais de s'intéresser aux résultats de cette utilisation. L'analyse tendra donc à démontrer comment le fédéralisme compétitif, mis en avant par la Cour de Justice, accélère la concurrence normative entre les États Membres pour aboutir à une véritable intégration négative sur le marché de la norme. Cela suppose tout d'abord de définir ce qu'est l'intégration négative. Classiquement ce terme, très présent dans la doctrine fiscaliste européenne<sup>138</sup>, recouvre l'élimination par la Cour des entraves à la libre circulation entre les États Membres. Le terme s'oppose à l'intégration positive, qui renvoie à l'harmonisation des droits nationaux pour achever le marché intérieur. L'intégration négative témoigne une fois de plus du rôle primordial qu'occupe la Cour de Justice. Ainsi, Catherine Barnard affirme que dans ce cadre « *it is the Court to decide, on a*

---

<sup>136</sup> Proposition de Règlement du Conseil relatif au statut de la société privée européenne, COM(2008) 396.

<sup>137</sup> LECOURT B., « La société privée européenne a-t-elle encore un avenir ? (à propos du retrait de la proposition de règlement) », (2014) 2 *Rev. Sociétés*, p 133-135.

<sup>138</sup> PAPADOPOULOU R., « L'encadrement européen de la fiscalité directe des États membres : l'autre côté du miroir ? », (2012) 2 *RAE*. 427-432. L'auteur qualifie l'intégration négative de « *seul processus en mesure de garantir la réalisation des objectifs du marché intérieur* ».

*case-by-case basis, where the federal balance should lie* »<sup>139</sup>. Cette approche témoigne également d'une conception décentralisatrice de la réalisation du marché intérieur où le fédéralisme compétitif joue un rôle central.

Il est évident que la Cour n'a jamais employé le terme, *expressis verbis*, de « fédéralisme compétitif ». Néanmoins, il convient de souligner dès à présent que certains principes mis en place par elle, certaines méthodes d'analyse lui ont permis de développer une telle stratégie. Cette stratégie se déroule en plusieurs étapes incrémentales tout d'abord fondées sur une subjectivisation des traités par la consécration du principe d'effet direct (Sous-section 1). L'effet direct affirmé, les opérateurs économiques sont devenus les acteurs principaux de la mise en place du marché intérieur en contestant les marchés *via* le libre accès à ceux-ci (Sous-section 2), augmentant sur les offreurs la pression normative pour aboutir à une pleine interpénétration normative (Sous-section 3).

#### Sous-section 1. La subjectivisation des traités par la consécration du principe d'effet direct

Si la subjectivisation des traités<sup>140</sup> par la consécration du principe d'effet direct est fondatrice dans la mise en œuvre du fédéralisme compétitif pour aboutir à une véritable intégration négative, il convient de préciser la portée de ce principe en termes stratégiques (I) avant d'en examiner les implications en matière de liberté d'établissement (II).

##### I. Une stratégie affirmée : rendre les opérateurs économiques acteurs de leur propre droit

Comme explicité précédemment, l'une des plus grandes réussites de la Cour de Justice dans le cadre de la construction du marché intérieur résulte sans doute dans la consécration du principe d'effet direct<sup>141</sup>, témoin de la subjectivisation des traités et du dépassement de la structure étatique. Cet effet direct signifie qu'une disposition du droit de l'Union est apte à être invoquée directement par un particulier pour contester une règle nationale devant le juge. Sur le marché intérieur appréhendé au prisme de la concurrence normative, ce principe a le mérite de replacer l'intérêt sur la demande normative<sup>142</sup>. Ce recentrage s'explique par un accroissement de la mobilité de la demande mais aussi à une

---

<sup>139</sup> BARNARD C., « What the Keck ? Balancing the needs of the single market with state regulatory autonomy in the EU (and the US) », (2012) 2 *REDC*. 201-216.

<sup>140</sup> Nous empruntons ce concept au Professeur Loic Azoulai.

<sup>141</sup> CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1, rendu sur conclusions contraires de Monsieur l'Avocat Général Roemer.

<sup>142</sup> RADAELLI C., « The puzzle of regulatory competition », *Cambridge University Press*, 2004.

augmentation des offres<sup>143</sup>: les opérateurs économiques ont plus de choix en termes normatifs sur le marché intérieur mais aussi plus de liberté dans la réalisation de celui-ci. En se déplaçant, des règles nationales entravantes peuvent leur être opposées. Il en va donc de leur mobilité de pouvoir contester, sur le fondement des droits qu'ils tirent des traités, de telles normes.

L'arrêt *Van Gend en Loos*, fondateur en la matière, porte en lui cette orientation stratégique nouvelle vers la demande puisqu'au point 25 de son arrêt, la Cour affirmera « que la vigilance **des particuliers intéressés** à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui s'ajoute à celui que les articles 169 et 170 confient à la diligence de la commission et des États membres »<sup>144</sup>. L'assertion, la prédiction de la Cour est devenue réalité<sup>145</sup>. D'une part les individus peuvent se saisir de la norme de l'Union pour contester les normes nationales, faisant notamment obstacle à leur liberté de circulation ; la Cour de Justice s'adjoint un allié de choix pour opérer l'intégration négative présentée ci-dessus. Ces individus deviennent alors « les meilleurs agents de l'effectivité du droit de l'Union »<sup>146</sup>. Mais c'est également un moyen, d'autre part, de rendre les opérateurs économiques acteurs de leur propre droit. D'un point de vue théorique, cela revient à affirmer que l'opérateur économique peut librement élire la norme qu'il veut se voir appliquer mais aussi peut se saisir du droit de l'Union pour contester, devant le juge national, les atteintes à la jouissance des droits qu'il tire du traité, au premier rang desquels figure la liberté de circulation.

## II. La portée de l'effet direct en matière de liberté d'établissement

Dans le cas plus particulier de la liberté d'établissement, il convient tout d'abord de noter que l'effet direct a dans un premier temps été reconnu, dans le cadre de l'article 45 TFUE, à l'égard des personnes physiques<sup>147</sup>. Il faut également souligner que la Cour de Justice a, *a contrario*, refusé de reconnaître un effet direct aux articles 3 et 119 TFUE relatifs à la politique économique devant être menée dans une économie de marché ouverte où la concurrence est non faussée, ces articles ne faisant reposer sur les États Membres aucune

---

<sup>143</sup> FRYDMAN B., « La concurrence normative européenne et globale » dans *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, coll. Collection Europe(s), Bruxelles, Larcier, 2016. p25.

<sup>144</sup> *Van Gend en Loos*, aff. C-26/62, *op.cit.* n°141, § 25 (nous soulignons).

<sup>145</sup> DE WITTE B., « The continuous Significance of Van Gend en Loos » dans Miguel Poiarés MADURO et Loïc AZOULAI (dir.), *The past and future of EU law: the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*, Oxford ; Portland, Or, Hart Pub, 2010.

<sup>146</sup> BOUVERESSE A., « L'effectivité comme argument d'autorité de la norme » dans RITLÉNG D. et BOUVERESSE A., *L'effectivité du droit de l'Union Européenne*. Bruxelles, Emile Bruylant, 2017, p 71.

<sup>147</sup> CJCE, 21 juin 1974, *Jean Reyners contre État Belge*, aff. C-2/74, ECLI:EU:C:1974:68.

obligation claire et inconditionnelle<sup>148</sup>. Soulignons enfin que la problématique de l'effet direct se trouve souvent associée, dans le contentieux, à celle de la potentielle fraude au droit national des opérateurs économiques<sup>149</sup>. Il s'agit sans doute là du témoin par excellence de l'appropriation, faite par les opérateurs économiques, des opportunités offertes par le traité tel qu'interprété par la Cour. Ces derniers opérateurs mettent en regard les différentes offres normatives et se déplacent, au moyen de la liberté d'établissement, pour se saisir de celle leur offrant la plus grande satisfaction. Cette liberté offre certes une mobilité aux opérateurs, mais elle met aussi en mouvement la concurrence normative entre les offreurs de normes, à savoir les États Membres, qui entrent en confrontation pour attirer ces opérateurs en circulation<sup>150</sup>. Ces derniers opposent alors aux opérateurs économiques l'argument de la fraude pour freiner leur mobilité et par extension cette mise en concurrence.

Toujours dans l'optique de la concurrence normative, il semblerait donc que la mobilité encouragée des opérateurs économiques accroisse l'élasticité de la demande normative. Une telle élasticité est ici à entendre dans le même sens que l'élasticité-prix, mise en lumière par le test du monopoleur hypothétique<sup>151</sup>. Ce test consiste à examiner la manière dont des acheteurs vont se reporter vers un autre produit lorsque le prix du produit qu'ils avaient initialement choisi augmente. Dans le cadre de la concurrence normative, le test du monopoleur hypothétique reviendrait à observer le comportement des opérateurs économiques en cas de changement législatif opéré par un État Membre et si un tel changement amène les opérateurs économiques à se saisir d'une autre norme. On en viendrait donc à parler d'*élasticité-norme* en observant le report de la demande vers d'autres offres normatives sur le marché intérieur. Il faut à ce stade noter que la numérisation des démarches, notamment administratives<sup>152</sup>, facilite un tel report de la demande en réduisant les coûts induits par de telles opérations. À cela s'ajoute une connaissance accrue des autres offres normatives sur le marché, connaissance facilitée par la mise en place de classements d'efficacité des ordres juridiques<sup>153</sup>. Cette transparence de l'information est, en économie, une des conditions préalables à la mise en place de la

---

<sup>148</sup> CJCE, 3 octobre 2000, *Echirolles Distribution SA*, aff. C-9/99, ECLI:EU:C:2000:532, §25.

<sup>149</sup> CJCE, 5 février 1979, *Knoors*, aff. C-115/78, ECLI:EU:C:1979:31 ou encore en matière de libre prestation de service : CJCE, 3 décembre 1974, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen*, aff. C-33/74, ECLI:EU:C:1974:131.

<sup>150</sup> COTIGA A., *Le droit européen des sociétés: compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2013. p 80.

<sup>151</sup> Aussi connu sous le nom de test SSNIP « *small but significant and non-transitory increase in price* ».

<sup>152</sup> En France, il est par exemple possible de s'immatriculer au Registre du Commerce et des Sociétés en ligne.

<sup>153</sup> Il est ici fait référence au classement annuel sur l'attractivité de l'environnement des affaires de la Banque mondiale, dit classement du « *Doing Business* ».

concurrence pure et parfaite<sup>154</sup>. C'est véritablement sur ce point que le fédéralisme compétitif se met en marche, en rendant possible une véritable mise en regard des ordres juridiques, qui s'ils veulent continuer à accueillir des opérations juridiques et se voir appliqués, doivent faire en sorte de demeurer compétitifs. C'est une réorientation de leur offre normative qui doit avoir lieu<sup>155</sup> et qui présentera surtout le premier caractère d'une compatibilité avec le droit de l'Union, et notamment les libertés de circulation. Dans le cas contraire, cette réorientation normative sera contestée par les opérateurs économiques. L'intégration négative se met en mouvement.

L'effet direct a donc redonné un rôle à l'opérateur économique, véritable création jurisprudentielle d'un droit subjectif. Mais l'analyse exige ici plus de finesse. En effet, ce principe est certes central mais en matière de liberté d'établissement il doit être associé à deux autres évolutions jurisprudentielles : le passage au test de l'accès au marché et la reconnaissance automatique des sociétés.

Cette dichotomie est quasi-analogue à celle retenue par Catherine Barnard et Simon Deakin<sup>156</sup>. Pour vérifier si cette subjectivisation des traités a permis la mise en place d'un véritable fédéralisme compétitif au service de l'intégration négative, il convient donc de vérifier deux éléments. Tout d'abord il est nécessaire de s'assurer que les opérateurs économiques ont accès aux différents marchés (Sous-section 2). Il faut ensuite s'interroger sur la réaction des ordres normatifs, leur porosité mais aussi leur résistance au changement ainsi induit (Sous-section 3). Si l'on devait résumer ces deux éléments, il s'agit de démontrer que, par un accès substantiel au marché, les opérateurs économiques ont fait pression sur les ordres normatifs pour que ceux-ci évoluent dans un sens propice à la réalisation du marché intérieur.

---

<sup>154</sup> On peut citer les travaux de George Akerlof et Joseph Stiglitz et notamment « The Market for "Lemons" : Quality Uncertainty and the Market Mechanism », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, n° 3, 1970, p. 488-500.

<sup>155</sup> *op.cit.*, MADURO M., *We the court: the European Court of Justice and the European Economic Constitution: a critical reading of Article 30 of the EC Treaty*.n°120, voir spécifiquement p145 où l'auteur détaille les raisons qui justifient le rôle de régulateur des États Membres ainsi que le processus national de réorientation normative qui semble moins contraignant que le processus européen.

<sup>156</sup> BARNARD C., DEAKIN S., « Market Access and Regulatory competition », dans *The Legal Foundations of the Single Market: Unpacking the Premises*, Oregon, Hart Pub, 2002. Les auteurs retiennent le principe d'accès au marché et la persistance des justifications aux entraves. Néanmoins il nous semble, et ce que nous soutiendrons par la suite, que la reconnaissance automatique des sociétés est bien plus symptomatique de la pression normative qu'exercent les opérateurs économiques sur les ordres normatifs.

## Sous-section 2. Le libre accès au marché pour les opérateurs économiques

La première conséquence de la subjectivisation des traités nous semble être le passage au test de l'accès au marché qui met considérablement mieux en avant la circulation de l'opérateur économique et non pas la réaction normative des États Membres (I). Le principe de l'accès au marché étant affirmé, il convient d'examiner plus précisément comment il s'exerce (II).

### I. Le passage au test de l'accès au marché ou la concentration sur l'opérateur économique

Dans un premier temps il est donc nécessaire de garantir un libre accès au marché aux opérateurs économiques. Néanmoins, il faut noter que les articles 49 et 54 TFUE ne contiennent pas en eux-mêmes, *expressis verbis*, une telle faculté. C'est en effet tout d'abord une règle de non-discrimination en raison de la nationalité qui est posée par ces articles. Plus spécifiquement, dans le cadre de l'article 54 TFUE, le critère de non-distinction repose sur le siège de la société. Cette règle de non-discrimination se retrouve dans les quatre libertés fondamentales posées par le traité. Premier principe du marché intérieur<sup>157</sup>, elle suppose cependant une comparaison entre situations équivalentes où une différence de traitement, à raison de la nationalité, doit être mise en lumière. Si théoriquement le schéma semble simple, il est dans la pratique parfois complexe à mettre en œuvre, notamment lorsqu'il s'agit d'envisager si, précisément, les situations sont équivalentes. Sur ce point, le contentieux en matière fiscale a connu une abondante jurisprudence à propos de l'imposition des dividendes intra-groupe<sup>158</sup>. Dans un premier temps jurisprudentiel, la Cour de Justice s'est tenue au critère de la non-discrimination, qu'elle soit directe ou indirecte, c'est-à-dire fondée sur des éléments autres que le siège de la société mais aboutissant au même résultat<sup>159</sup>. Cependant, comme dans le cadre des autres libertés<sup>160</sup>, la Cour de Justice est passée de la non-discrimination au test de l'entrave à l'accès au marché<sup>161</sup>. Ce test,

---

<sup>157</sup> Voir supra p31-32 nos développements sur ce principe fondateur du marché intérieur.

<sup>158</sup> On peut citer les affaires suivantes selon la provenance des dividendes versées au sein d'un groupe de sociétés: CJCE, 12 décembre 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, aff. C-374/04, ECLI:EU:C:2006:773 et CJCE, 12 décembre 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, aff. C-446/04, ECLI:EU:C:2006:774.

<sup>159</sup> CJCE, 13 juillet 1993, *Ex p. Commerzbank AG*, aff. C-330/91, ECLI:EU:C:1993:303 §14.

<sup>160</sup> Par exemple en libre prestation de service : CJCE, 25 juillet 1991, *Säger*, aff. C-76/90, ECLI:EU:C:1991:331, §12.

<sup>161</sup> *op.cit. Centros*, aff. C-212/97 §34 ; CJCE, 16 juillet 1998, *Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, aff. C-264/96, ECLI:EU:C:1998:370, §21 ; CJCE, , 13 décembre 2005, *Marks & Spencer plc* aff. C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763, §31 ; CJUE, 6 décembre 2007, *Colombus container Service BVBA*, aff.C-298/05, ECLI:EU:C:2007:754, §33.

indéniablement plus large et sans doute plus facile à mettre en œuvre, comporte plusieurs avantages.

Tout d'abord il rend superflus cette analyse de la comparaison des situations et l'épineuse question de l'équivalence de celles-ci. Ensuite, il permet d'appréhender un nombre supérieur de normes qui peuvent potentiellement constituer des obstacles sur le marché intérieur ; le terme d'effet « *catch all* » avait, lui, été retenu en matière de libre circulation des marchandises<sup>162</sup>. En effet, le test de non-discrimination ne fait pas disparaître les règles indistinctement applicables aux nationaux et non-nationaux<sup>163</sup> mais qui pourtant peuvent créer une entrave à l'accès au marché en s'appliquant aux derniers. Enfin il témoigne aussi d'une stratégie normative des États Membres, rompus à l'application d'un test de non-discrimination et mettant en place des entraves plus subtiles à la construction du marché intérieur. Finalement le test de non-discrimination met principalement en avant l'État Membre alors que le test de l'accès au marché se concentre spécifiquement sur l'opérateur économique. Dans le test de non-discrimination la Cour de Justice examine si **l'État Membre** réalise une distinction de traitement. Dans le test de l'accès au marché elle s'interroge sur les entraves qui existent pour **l'opérateur économique**. Dans le premier test, l'opérateur subit « passivement » une discrimination, dans le second il tente plus « activement » de pénétrer le marché d'un État Membre. Il se peut que finalement la Cour parvienne dans l'un et l'autre test au même résultat ; mais la manière de faire traduit indéniablement le recentrage réalisé sur l'opérateur économique.

## II. La mise en œuvre substantielle du test de l'accès au marché

Si le passage vers ce test fut acté dans la jurisprudence précitée, encore faut-il déterminer quelle consistance il convient de donner à un tel test. Selon Catherine Barnard et Simon Deakin<sup>164</sup> le test peut être soit formel, soit substantiel. Si le test est formel, il convient alors d'examiner s'il existe des barrières formelles à l'accès au marché (on entend alors aussi bien entrée que sortie<sup>165</sup>). Il suffit donc dans le cas de la liberté d'établissement des personnes morales que ces dernières puissent par exemple s'immatriculer au registre de commerce adéquat pour exercer leurs activités sur le territoire de l'État Membre d'accueil, peu importe les difficultés pratiques rencontrées pour réaliser de telles formalités. Si le test

---

<sup>162</sup> Cette critique avait été formulée à propos de la définition de l'entrave, telle qu'issue de la jurisprudence: CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du Roi contre Benoît et Gustave Dassonville*, aff. C-8/74, ECLI:EU:C:1974:82.

<sup>163</sup> BARNARD C., *The substantive law of the EU: the four freedoms*, Fifth Edition, Oxford, Oxford University Press, 2016. p19.

<sup>164</sup> BARNARD C., DEAKIN S., « Market Access and Regulatory competition », dans *The Legal Foundations of the Single Market: Unpacking the Premises*, Oregon, Hart Pub, 2002.

<sup>165</sup> C'est aussi dans cette double acception que se place l'Avocat Général Tizzano dans ses conclusions sous l'affaire CJCE, 13 décembre 2005, *SEVIC Systems AG*, aff. C-411/03, ECLI:EU:C:2005:762.



est substantiel, il convient précisément de se concentrer sur ces difficultés pratiques. Le test est donc plus global puisqu'il inclut certes les composantes formelles de l'accès mais aussi les effets induits par de telles formalités. Le choix de l'une ou l'autre des modalités de ce test ressort parfois de la jurisprudence. En matière de liberté d'établissement, la Cour de Justice a adopté l'approche substantielle. Cette approche est particulièrement visible dans l'affaire *Centros* où les requérants, ayant constitué une Private Limited Company au Royaume-Uni, ont souhaité par la suite implanter une succursale au Danemark pour orienter exclusivement leur activité économique vers ce pays. Formellement, la loi danoise autorise l'immatriculation de succursales de sociétés étrangères<sup>166</sup>. Dans les faits, le registre du commerce danois avait refusé une telle immatriculation au motif que la constitution de la société au Royaume-Uni puis la mise en place de la succursale visait exclusivement à éluder les règles applicables en matière de libération d'un capital social minimum. Ce n'est donc que dans « certaines circonstances »<sup>167</sup> que l'immatriculation n'est pas possible. L'avocat général La Pergola avait suggéré à la Cour d'appliquer le test *Cassis* de la reconnaissance mutuelle à la mobilité des sociétés<sup>168</sup>. Cette distinction entre une concurrence normative fondée sur le test de non-discrimination et celle fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle est aussi présente dans la doctrine relative à la libre circulation des marchandises<sup>169</sup>. Mais la Cour est allée, en matière de liberté d'établissement, bien au-delà en poussant la logique du test substantiel jusqu'à son extrême limite<sup>170</sup>.

Elle cherchera en effet si la législation nationale telle qu'appliquée ne revient pas à entraver, dans les faits, la société de faire usage de sa liberté d'établissement. Cette approche très factuelle n'est pas sans faire écho à un autre contentieux<sup>171</sup>. Toujours est-il que cette analyse substantielle, concentrée sur les difficultés pratiques, a pour mérite de favoriser la mobilité des acteurs sur le marché intérieur de la norme. Cette mobilité, qui se retrouve surtout sur ce qu'il est opportun de nommer « liberté d'établissement secondaire »<sup>172</sup> garantit aussi bien l'entrée que la sortie des acteurs du territoire national pour se saisir d'autres normes. Dépassant les barrières formelles, cette approche accentue la menace de sortie sur les États Membres. Or, cette conception de menace ou risque de sortie est à comprendre, dans le cadre de la concurrence normative, en lien avec la doctrine des

---

<sup>166</sup> CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd contre Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C- 212/97, ECLI:EU:C:1999:126 §15.

<sup>167</sup> *ibid.* §21.

<sup>168</sup> Conclusions de Monsieur l'Avocat général La Pergola sous l'affaire *Centros*, §20.

<sup>169</sup> *op.cit.* BARNARD C. et DEAKIN S., « Market Access and Regulatory competition », n°164.

<sup>170</sup> *ibid.*

<sup>171</sup> CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano contre Office National de l'Emploi*, aff. C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124; CJUE, 15 novembre 2011, *Murat Dereci et autres contre Bundesministerium für Inneres*, aff. C-256/11, ECLI:EU:C:2011:734, §66.

<sup>172</sup> Voir nos développements sur la théorie du siège réel p50.



marchés contestables et de la concurrence potentielle<sup>173</sup>. Dans le cadre de la concurrence potentielle, il est affirmé qu'un opérateur, même en situation de monopole, devra tenir compte des possibilités d'entrée d'autres opérateurs venant contester sa situation sur le marché. Plus que les pratiques sur le marché en lui-même, l'étude se concentre sur son caractère contestable, sur les possibilités d'accéder à celui-ci et les éventuelles barrières à l'entrée ou à la sortie. On conçoit donc que l'approche retenue par la Cour de Justice invite les États Membres à tenir compte de cette entrée potentielle sur le marché. L'État Membre ne pourra agir comme il le souhaite ; contraint par l'approche substantielle, il doit tenir compte des possibilités d'entrée et de sortie sur son marché. Si la faculté d'entrée est centrale en termes de contestabilité, les possibilités de sortie sont tout aussi menaçantes pour les États Membres puisqu'elles témoignent précisément de la mise en regard des droits accrue par la mobilité des acteurs, au service du fédéralisme compétitif. Mais si l'accès aux marchés normatifs a été libéré, reste encore à s'interroger sur les conséquences d'une telle libéralisation.

### Sous-section 3. L'interpénétration normative des ordres juridiques

La conséquence finale de la subjectivisation des traités par l'effet direct nous semble véritablement être la pression engendrée sur les droits nationaux dans le sens d'une interpénétration normative plus grande. Cette interpénétration normative est le témoin de la mise en place de l'intégration négative sur le marché intérieur. Mais avant de conclure sur ce point il convient de revenir sur les différentes pressions normatives exercées sur les ordres juridiques nationaux (I). Il conviendra ensuite de s'intéresser à un type spécifique de pression normative réalisée via la mise en place d'une reconnaissance automatique des sociétés dans le cadre de l'affaire *Überseering* (II).

#### I. Les pressions normatives au service de l'achèvement du marché intérieur

La conséquence de la libéralisation de l'accès au marché consiste principalement en une pression sur les ordres normatifs des États Membres dans le sens d'une adaptation croissante aux exigences du marché intérieur. Il s'agit là du second temps de notre raisonnement, après le libre accès, actant l'impact du fédéralisme compétitif pour parvenir à une véritable intégration sur le marché de la norme. Il est de commune mesure de mettre à

---

<sup>173</sup> BAUMOL W., J., PANZAR J. et WILLIG Robert D., *Contestable markets and the theory of industry structure*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1982.

ce stade en avant le fait que cette pression se caractérise surtout par une approche restrictive des justifications qu'un État Membre peut mettre en avant pour faire obstacle à la liberté de circulation d'un opérateur économique. C'est aussi cette posture qu'adoptent Simon Deakin et Catherine Barnard<sup>174</sup>. Il est vrai qu'en matière de liberté d'établissement, l'approche substantielle du test de l'accès au marché se combine très couramment avec une lecture stricte de la Cour des justifications invoquées par les États Membres. Rappelons sur ce point la partition à faire en termes de justifications et d'exceptions à la liberté d'établissement. En théorie, les mesures discriminatoires des États Membres ne peuvent être justifiées uniquement que par un motif textuel. En pratique, la Cour de Justice se réfère à la qualification de raison impérieuse d'intérêt général, *i.e.* des motifs d'origine jurisprudentielle, pour justifier une mesure qu'elle qualifie d'entravant mais qui est en fait discriminatoire<sup>175</sup>. Mais ce flottement n'impacte pas la rigueur de la Cour au moment du contrôle de la mesure<sup>176</sup>. L'exemple le plus flagrant d'une telle rigueur se trouve sans doute dans le contentieux relatif aux mesures nationales anti-abus destinées à priver les opérateurs économiques des bénéfices de la libre circulation pour contourner les règles nationales<sup>177</sup>. L'équilibre que met donc en place la Cour de Justice se dirigera, principalement, dans le sens d'une intégration négative toujours plus forte. Néanmoins, au-delà des justifications mises en avant par les États Membres qui témoignent de la pression sur leurs ordres normatifs, il convient ici de se pencher sur des évolutions apparaissant indépendamment de ces justifications. On entend ici mettre en avant une pression normative bien plus en amont du raisonnement de la Cour. À ce titre, l'attention se portera sur l'arrêt *Überseering*<sup>178</sup>. Lorsque la doctrine appréhende cet arrêt, il est coutumier de l'associer avec les arrêts *Centros*<sup>179</sup> et *Inspire Art*<sup>180</sup>. Ces arrêts formeraient une trilogie qui justifierait de les envisager ensemble<sup>181</sup>. Or, enserrées entre ces deux affaires, les potentialités de l'affaire *Überseering* ont été passées sous silence et partant, les

---

<sup>174</sup> *op.cit* BARNARD C. et DEAKIN S., « Market Access and Regulatory competition », n°164.

<sup>175</sup> *op.cit.* *Sevic System*, aff. C-411/03 ; CJUE, 21 janvier 2010, *Société de Gestion Industrielle (SGI)*, aff. C-311/08, ECLI:EU:C:2010:26 ; CJUE, 21 janvier 2010, *Commission c. Allemagne*, aff. C-546/07, ECLI:EU:C:2010:25 (on notera un flottement de la Cour sur le fait qu'une distinction à raison du siège soit qualifiée de discriminatoire ou de simplement d'entravant).

<sup>176</sup> DEAKIN S., « Is regulatory competition the future for european integration? », *Swed. Econ. Policy Rev.* 2006.13.71-95; BARNARD C., *The substantive law of the EU: the four freedoms*, Fifth Edition, Oxford, Oxford University Press, 2016. p 388.

<sup>177</sup> Voir nos développements sur le cas classique des passagers clandestins et la fraude au droit national p70.

<sup>178</sup> CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, aff. C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632.

<sup>179</sup> *op.cit.* *Centros Ltd*, aff. C-212/97.

<sup>180</sup> CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art Ltd*, aff. C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512.

<sup>181</sup> Par exemple : BERGÉ J-S., « Concurrence normative et autonomie en droit européen : de quoi parle-t-on ? » dans KESSEDJIAN Catherine et COLLEGE EUROPEEN DE PARIS (dir.), *Autonomie en droit européen: stratégie des citoyens, des entreprises et des États* ; coll. Colloques, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2013.

conséquences de celle-ci pour le fédéralisme compétitif ont été mésestimées. Il convient de redonner à cette affaire toute l'attention qu'elle mérite.

## II. L'exemple oublié de l'affaire *Überseering* ou comment faire pression sans parler de justification

Pour redonner à l'affaire *Überseering* toute l'importance qu'il se doit, il convient de rappeler les faits à l'origine du litige pour montrer en quoi ils se distinguent des affaires *Centros* et *Inspire Art (A)*. Il conviendra de revenir ensuite brièvement sur la problématique de la réserve de compétence législative (B) pour aborder plus longuement la problématique de la reconnaissance des sociétés (C).

### A. Une distinction factuelle profonde

La première différence entre les affaires précitées réside dans les faits de l'espèce et l'intention des opérateurs économiques. Dans l'affaire *Überseering*, la société du même nom, société à responsabilité limitée de droit néerlandais, a acquis un terrain situé à Düsseldorf sur lequel un garage et un motel étaient construits. Aux fins de réparation de l'ensemble, la société *Überseering* a passé un contrat de maîtrise d'œuvre avec la société NCC. Certains travaux étaient affectés de vices et la société *Überseering* a souhaité agir en justice contre la société NCC pour obtenir réparation. Deux ans après la passation du contrat, deux ressortissants allemands résidant à Düsseldorf se sont portés acquéreurs de la totalité des parts sociales de la société *Überseering*. Le Landgericht puis l'Oberlandesgericht de Düsseldorf ont rejeté le recours de la société *Überseering* au moyen que celle-ci serait dépourvue de la capacité juridique en Allemagne et donc, partant, de la capacité d'ester en justice. La société *Überseering* s'est pourvue en cassation devant le Bundesgerichtshof (ci-après BGH) qui a interrogé la Cour de Justice. Les juges allemands avaient apprécié au regard de leurs propres règles de droit le transfert du seul siège effectif de la société *Überseering* qui était de nature à remettre en cause la reconnaissance de la personnalité juridique. Plus précisément, en droit allemand, la capacité juridique ne perdure pas de manière automatique, elle est subordonnée au maintien de la société en vertu du droit de l'État de constitution mais aussi au fait que le droit allemand lui-même lui reconnaisse une telle capacité. Or en cas de dissociation entre un siège statutaire dans un État Membre et un siège réel en Allemagne, pareille dissociation conduit à la perte de la capacité juridique au regard du droit allemand<sup>182</sup>. Il s'agissait donc de savoir si le fait d'apprécier la personnalité

---

<sup>182</sup> Conclusions de Monsieur l'Avocat Général Colomer, §11 et suivants.

juridique (et donc la capacité d'ester en justice) selon le droit de l'État d'accueil (à savoir ici l'Allemagne) était contraire à la liberté d'établissement. *A contrario*, les arrêts *Centros* et *Inspire Art* portaient en eux la volonté, pour les requérants au principal invoquant la liberté d'établissement, de créer une société sous l'empire du droit d'un État Membre (en l'espèce le droit britannique) mais tout en dirigeant exclusivement les activités de cette société vers un autre État Membre. Chaque fois ces mêmes requérants se sont heurtés à l'administration de l'État Membre d'accueil qui oppose la fraude ou l'abus de droit. Ces deux affaires sont donc révélatrices du mécanisme présenté en amont consistant à tirer profit du marché intérieur en choisissant le droit d'un État Membre qui semble plus adéquat pour l'opération en cause<sup>183</sup>. Dans l'affaire *Überseering* il n'y a aucune volonté d'optimisation normative, ni lors de la constitution de la société, ni dans la vie de celle-ci. L'arrêt est né d'une simple technique procédurale de la société défenderesse, ce qui donne sans doute à la solution adoptée par la Cour plus de force car celle-ci n'est pas teintée du soupçon de la fraude et de l'animosité que cela pourrait susciter : en éludant un tel argument le fédéralisme compétitif gagne en portée et en intensité. L'arrêt ne remet finalement pas en cause une législation anti-abus du droit allemand, *a contrario* de l'affaire *Inspire Art* par exemple où était en cause la législation néerlandaise sur les sociétés de pure forme<sup>184</sup> mais une conception de droit des sociétés de celui-ci.

## B. La fin de la réserve de compétence législative

De cet amalgame dans l'analyse factuelle est née une carence dans l'analyse théorique de la portée de l'arrêt. Comme précisé précédemment, l'arrêt *Überseering* vient tout d'abord mettre un terme à l'éventuel débat qui pourrait exister sur la possible réserve de compétence législative contenue dans l'article 293 TCE. La Cour de Justice ne se soucie désormais plus des carences du législateur mais va progresser dans son interprétation de la liberté d'établissement. Cet abandon, ou à tout le moins, cette relativisation de la réserve contenue à l'article 293 était aussi préconisée par l'Avocat Général<sup>185</sup>. Ce dernier se fonde notamment sur une interprétation littérale de l'article qui renvoie à une négociation entre les États Membres uniquement « *tant que de besoin* », ce qui n'invite pas à considérer qu'il s'agisse d'une sorte de compétence exclusive réservée aux États Membres pour faciliter la reconnaissance réciproque des sociétés qui aurait alors été formulée de manière beaucoup plus directe et sans être conditionnée par une quelconque nécessité. Cette analyse est

---

<sup>183</sup> Pour un résumé de cette possibilité on citera le point 27 de l'arrêt *Centros*, particulièrement éloquent.

<sup>184</sup> Cette même législation imposait alors aux sociétés des obligations lourdes en matière constitution d'un capital social minimum et de responsabilité des administrateurs.

<sup>185</sup> Conclusions de l'Avocat Général, §42 et suivant.

reprise par la Cour<sup>186</sup>. Cette reconnaissance des sociétés, mais aussi plus globalement l'exercice de la liberté d'établissement, n'est pas conditionnée par l'adoption de conventions entre les États Membres. Elle est en ce sens incondionnelle, incondionnalité qui est précisément un des critères de l'effet direct<sup>187</sup>.

### C. La reconnaissance automatique des sociétés

L'arrêt *Überseering* vient ensuite témoigner de l'influence de la liberté d'établissement sur l'évolution du droit des sociétés des États Membres. C'est ce que note l'Avocat Général en préambule de ses conclusions « *La présente question préjudicielle donne à la Cour l'occasion de clarifier le sens de l'arrêt du 9 mars 1999, Centros, et de préciser, de manière générale, dans quelle mesure le droit communautaire influence la définition du statut juridique des personnes morales.* » (Nous soulignons). C'est en effet une question d'influence qui se joue en l'espèce et qui passe certes par la pression exercée sur le droit national par les opérateurs économiques mais aussi par la doctrine juridique à laquelle l'Avocat Général comme la Cour font itérativement référence. Cette influence porte, de manière ostentatoire tout d'abord, sur la question de la reconnaissance de la capacité juridique d'une société acquise selon le droit d'un État Membre. La réponse de la Cour à ce sujet n'a rien de sibylline : la société a été constituée en conformité avec la législation d'un État Membre et possède son siège statutaire et effectif à l'intérieur du territoire de l'Union, elle est donc en droit de se prévaloir de la liberté d'établissement notamment pour s'opposer au refus du droit allemand de lui reconnaître la personnalité juridique et la capacité d'ester en justice. Ne pas la reconnaître est constitutif d'une restriction à cette liberté<sup>188</sup>. Cette affirmation est renforcée par trois éléments : le premier tient au fait que cette personnalité juridique acquise selon le droit néerlandais se rattache de manière consubstantielle à son existence en tant que société<sup>189</sup>. Le second est relatif à la dichotomie (relativement aberrante) opposée par le droit allemand à la société *Überseering* : elle est considérée comme « *passiv parteifähig* », i.e. elle peut donc être atraite en justice pour être condamnée<sup>190</sup> mais pas comme « *aktiv parteifähig* » puisqu'elle ne peut pas agir en justice contre la société NCC. Cela amène donc au troisième élément concernant l'atteinte à un

---

<sup>186</sup> §54 et suivants.

<sup>187</sup> Pour un rappel de ces conditions on peut citer : CJCE, 6 octobre 1970, *Franz Grad*, aff. C-9/70, ECLI:EU:C:1970:78, §9 ; CJCE, 12 décembre 1990, *Peter Kaefer et Andréa Procacci*, aff. C-100/89 et C-101/89, ECLI:EU:C:1990:456, §24.

<sup>188</sup> §82 de l'arrêt.

<sup>189</sup> §81 de l'arrêt.

<sup>190</sup> Conclusions de l'Avocat Général §46 et §48 de l'arrêt, reprenant l'argument du Gouvernement néerlandais.

droit fondamental, en l'espèce l'accès au juge, corollaire du droit au procès équitable<sup>191</sup>. Finalement le droit allemand doit donc reconnaître la société néerlandaise ; il s'agit en quelque sorte de réaliser une pénétration normative sur le territoire d'un État Membre par une entité juridique gouvernée par le droit d'un autre État Membre. L'interpénétration normative en vue d'une intégration des marchés nationaux en sort donc renforcée.

Mais au-delà de la reconnaissance en tant que telle, la Cour de Justice se prononce en fait indirectement sur ce qui concerne plutôt l'essence de la société, bien avant l'arrêt *Inspire Art* qui poursuivra dans cette voie. Par son arrêt la Cour vient, en effet, aussi mettre un terme à une pratique du droit allemand peu connue mais relativement entravante pour les sociétés étrangères. Cette pratique du BGH<sup>192</sup> consistait, pour éviter de remettre en cause sa conception de la théorie du siège réel, à construire la fiction d'une société créée de fait (*Scheingesellschaft*). La jurisprudence allemande considérait alors que le rachat de parts sociales par exemple témoignait d'une volonté des associés de faire société en Allemagne. Cela entraînait donc la perte de la forme acquise dans l'autre État Membre (par exemple une société anonyme) puisque la société était « dégradée » (*Umqualifizierung*) au rang de société civile ou de société en nom collectif selon l'objet social de cette dernière<sup>193</sup>. On saisit tout de suite la difficulté qu'une telle parade représente. Une société civile ou en nom collectif est dite « à risques illimités » contrairement à une SARL française, une GmbH allemande ou une BV néerlandaise. Cette dégradation de la qualité de la société induit donc une discontinuité dans la personnalité juridique selon le franchissement des frontières par l'activité de celle-ci. Surtout la société n'aurait pas la même forme juridique selon les ordres normatifs ce qui, en plus d'entraîner des difficultés techniques pour celle-ci, peut instaurer une inégalité entre les créanciers de cette dernière selon leur nationalité. Si l'on devait dresser un parallèle avec une personne physique, la pratique du droit allemand conduirait par exemple à refuser à un italien, citoyen de l'Union, à souscrire un prêt en France ou alors dans des conditions plus strictes concernant l'échéance des paiements, ou bien encore à considérer que ce national italien doit être considéré comme incapable, au sens contractuel du terme, pour prévenir les créanciers français de la conclusion de contrats avec lui.

L'arrêt *Überseering* ne se prononce pas directement sur cette question de la dégradation de la personne morale<sup>194</sup>. Néanmoins, lorsque la Cour rappelle au point 72 de son arrêt que les États Membres n'ont pas la faculté de subordonner au respect de leur droit national des sociétés l'exercice effectif de la liberté d'établissement, on conçoit que la position du BGH n'était plus tenable. En effet l'exercice de la liberté d'établissement

---

<sup>191</sup> Conclusions de l'Avocat Général, §57 et article 6§1 de la Convention Européenne des droits de l'Homme.

<sup>192</sup> BGH, 1<sup>er</sup> juillet 2002, II ZR, 380/00.

<sup>193</sup> SONNENBERG H., « État de droit, construction européenne et droit des sociétés », *RCDIP*, 2013 p101, seul article de doctrine française, à notre connaissance, faisant état de cette parade allemande.

<sup>194</sup> LUTTER M., « Überseering und die Folgen », *BB*, 2003, p.7.

recouvre donc la possibilité d’ester en justice pour faire valoir ses droits issus d’un contrat. Mais elle recouvre aussi de prime abord la faculté de contracter et donc de s’endetter. Cet exercice s’effectue *via* une société créée selon un certain ordre juridique dont il faut respecter les caractéristiques ainsi acquises. Le BGH ne s’est d’ailleurs pas trompé. Dans son arrêt rendu le 13 mars 2003<sup>195</sup>, celui-ci abandonne le mécanisme décrit précédemment<sup>196</sup>. La reconnaissance de la société constituée selon le droit d’un autre État Membre va donc plus loin que la simple capacité d’ester en justice découlant de la personnalité juridique, elle recouvre aussi les bénéfices acquis par la loi d’origine. C’est en somme (pour reprendre la dichotomie sartrienne) l’existence mais aussi l’essence d’une personne morale d’un autre droit qui pénètre le territoire d’un État Membre ce qui accentue à son égard la pression normative et l’oblige à une forme d’européanisation du droit des sociétés. L’européanisation<sup>197</sup> est ici à entendre dans le sens d’une influence exercée par les décisions émanant des institutions de l’Union Européenne sur le système politico-administratif des États Membres<sup>198</sup>. On ne peut nier une certaine pression adaptative (et normative) de l’arrêt de la Cour de Justice, et plus globalement du mécanisme du renvoi préjudiciel, sur l’ordre normatif des États Membres. Dans le cas précis de l’affaire *Überseering*, le BGH recevant l’interprétation de la Cour de Justice a traduit et tiré les conséquences de cette décision dans son ordre interne en mettant fin à certaines pratiques faisant obstacle à la liberté d’établissement. Il se réalise une sorte de transfert et d’intégration dans l’ordre normatif allemand d’une vision « *pro-européenne* » de la mobilité des sociétés<sup>199</sup>.

Finalement, la Cour de Justice en arbitrant entre l’offre et la demande normative sur le marché intérieur, est parvenue à une forme d’équilibre. En réalisant une pleine subjectivisation des droits que les opérateurs tirent du traité, elle a permis un accès substantiel au marché des États Membres. Les opérateurs économiques ont donc pu jouir d’une mobilité importante faisant pression sur les ordres normatifs des États Membres par leurs choix exercés<sup>200</sup>. Ces derniers, mis en compétition par les opérateurs et encadrés strictement par la Cour de Justice ont fait évoluer certaines de leurs particularités

---

<sup>195</sup> BGH, 13 mars 2003, VII ZR, 370/98.

<sup>196</sup> SCHULZ M., « (Schein)-Auslandgesellschaften in Europa, ein Schein Problem ? », *NJW* 2003, p2705-2708.

<sup>197</sup> OBERDORFF H., « L’européanisation des droits des États Membres », dans Jean Claude MASCLLET (dir.), *L’Union européenne: union de droit, union des droits: mélanges en l’honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010.

<sup>198</sup> BOUSSAGUET L., JACQUOT S. et RAVINET P. (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, 3e éd. actualisée et augm, coll. Domaine Gouvernances, Paris, Presses de Sciences Po, 2010.

<sup>199</sup> Cette vision de mobilité pro-européenne actée par la reconnaissance est aussi visible dans l’affaire *Grünkin Paul*: CJUE, 14 octobre 2008, *Procédure engagée par Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*, aff. C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559.

<sup>200</sup> MADURO M., *We the court: the European Court of Justice and the European Economic Constitution: a critical reading of Article 30 of the EC Treaty*, Oxford : Evanston, Ill., USA, Hart Pub. ; Distributed in the United States by Northwestern University Press, 1998. p145.

normatives pour réorienter leurs offres dans un sens plus en adéquation avec la construction du marché intérieur. Finalement le fédéralisme compétitif, tel que mis en œuvre par la Cour de Justice semble véritablement être le premier instrument qui a permis l'intégration négative sur le marché intérieur de la norme dans le domaine de la liberté d'établissement.

Il faut néanmoins nuancer cette affirmation. D'une part dans certains domaines (en premier lieu en matière fiscale<sup>201</sup>) la position retenue par la Cour est plus modérée, les futurs progrès législatifs en la matière ne sont pas étrangers à une telle modération<sup>202</sup>. Enfin, si cette réorientation normative des États Membres<sup>203</sup> n'est pas sans coup, il faut aller au-delà des particularités de chaque domaine que recouvre la liberté d'établissement. En adoptant une vision beaucoup plus globale, on constatera que le fédéralisme compétitif se heurte à certaines limites qui invitent à questionner la viabilité du modèle.

---

<sup>201</sup> BERLIN D., « Concurrence normative entre les États, comment est-elle gérée par le droit européen ? » dans Catherine KESSEDIAN et COLLEGE EUROPEEN DE PARIS (dir.), *Autonomie en droit européen: stratégie des citoyens, des entreprises et des États* ; coll. Colloques, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2013.

<sup>202</sup> Par exemple : proposition de directive du Conseil pour une assiette commune consolidée pour l'imposition des sociétés, COM FINAL 2016(685.).

<sup>203</sup> BERGÉ J-S. et HARNAY S., « Le non rapprochement des droits dans le contexte de l'UE comme hypothèse de concurrence normative : les apports croisés de l'économie et du droit » dans *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, coll. Collection Europe(s), Bruxelles, Larcier, 2016.



## CHAPITRE 2. LES LIMITES DU FÉDÉRALISME COMPÉTITIF : LES DÉFAILLANCES DU MARCHÉ INTÉRIEUR DE LA NORME

Le fédéralisme compétitif a pu être perçu comme étant le premier instrument de l'intégration négative en matière de liberté d'établissement des personnes morales. Par une répartition efficace des offres normatives, la Cour de Justice a permis aux opérateurs économiques de jouir d'une mobilité exponentielle afin de mettre en compétition et de confronter les offres normatives des États Membres. Néanmoins, ce premier constat ne doit pas amener à demeurer dans une contemplation béate de ce phénomène. En effet, ce fédéralisme compétitif recèle de certaines limites qui nous amèneront par la suite à reconsidérer le schéma d'analyse que constitue le fédéralisme compétitif en tant que forme primitive de concurrence normative.

Pour replacer ces limites dans leurs contextes, il convient de revenir à l'origine de cette étude : la concurrence par les normes. Nous l'avons maintes fois répété, mener une telle analyse concurrentielle du marché intérieur invite, très prosaïquement, à examiner l'offre et la demande normative ainsi que les interactions entre ces deux entités. Dès lors, si l'on souhaite présenter les limites du fédéralisme compétitif en matière de liberté d'établissement des personnes morales, il faut également retenir une pareille dichotomie.

Les limites provenant des offres normatives sont multiples. Elles résultent d'une diversité normative des États Membres<sup>204</sup>, *i.e.* une diversité d'approche dans les solutions à offrir à une situation juridique donnée<sup>205</sup>. Cette diversité induit un morcellement des ordres juridiques qui rend la lecture, le choix et l'application des normes complexes pour les opérateurs économiques. Néanmoins, en matière de liberté d'établissement, le schisme principal, la partition centrale concerne les théories du siège et plus particulièrement celle du siège réel, qui peut apparaître comme un obstacle à l'émergence d'un marché de l'incorporation (Section 1).

Les limites provenant des demandeurs, quant à elles, résident dans une mise en concurrence, une confrontation à outrance des systèmes normatifs, confrontation ayant pour objectif de tirer le plus grand profit possible du marché normatif (Section 2).

---

<sup>204</sup> Le terme est préféré à celui de disparités, donnant une connotation méliorative à un tel constat.

<sup>205</sup> KESSEDJIAN C., « Entrave et disparité de législations » dans *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 25-46.

## SECTION 1. La survivance de la théorie du siège réel : un obstacle au marché de l'incorporation ?

Dans une approche centrée sur l'offre normative, le « *fundamental chasm* »<sup>206</sup> entre les diverses théories du siège social apparaît immédiatement comme un obstacle inhérent, voir même indépassable, à la réalisation effective du fédéralisme compétitif au sein du marché intérieur. Pour envisager l'existence d'un tel obstacle il convient tout d'abord de présenter les différentes théories qui s'affrontent (Sous-section 1) avant d'en examiner la mise en pratique dans la jurisprudence de la Cour (Sous-section 2). Cette même jurisprudence ayant connu un tournant très récent, il conviendra finalement de s'interroger sur le caractère d'obstacle de la théorie du siège réel (Sous-section 3).

### Sous-section 1. Le cadre théorique de l'affrontement des théories du siège

Pour envisager la partition, la confrontation entre les différentes théories du siège, il convient très classiquement tout d'abord d'en définir le contenu (I) avant d'envisager l'inadéquation de l'une d'entre elle avec le marché intérieur (II). Enfin l'exemple du droit américain des sociétés permettra, par effet miroir, de renforcer un tel constat (III).

#### I. Les théories applicables

La première théorie est celle dite de l'incorporation, la société sera alors rattachée à l'État sur le territoire duquel elle aura procédé à son immatriculation ou son enregistrement. Cette théorie a rencontré un large succès dans les pays de Common law<sup>207</sup>. Dès lors que la société est valablement constituée selon les conditions de la loi de l'État où elle est enregistrée, elle sera soumise à la loi de cet État. La seconde théorie est celle dite du siège réel. Ce critère exprime l'existence d'un lien plus concret entre la société et l'État à la loi duquel elle sera soumise puisque cette théorie considère que la société sera rattachée à l'État sur le territoire duquel elle exerce son activité principale, ce qui conduit dans la pratique à lier la société au lieu de son siège social effectif<sup>208</sup>. Ce critère est retenu majoritairement dans les pays de tradition civiliste<sup>209</sup>.

---

<sup>206</sup> JOHNSTON A., SYRPIS P., « *Regulatory Competition in European Company Law after Cartesio* » *European Law Review* 2009, p384.

<sup>207</sup> AUDIT M., BOLLEE S., CALLE P., *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 2016. §53 et suivants.

<sup>208</sup> SAINTOURENS B., Répertoire Dalloz Droit des sociétés, Chapitre 1 « Détermination du siège social ».

<sup>209</sup> Par exemple en France, on peut citer l'article L 210-3 alinéa 1<sup>er</sup> c.com.

Face à une telle partition, le juriste pourrait être tenté de recourir aux textes ou bien encore à la jurisprudence pour déterminer laquelle de ces deux théories doit prévaloir. Or, force est de constater que ces deux remèdes ne sont ici d'aucun secours.

En effet, l'article 54§1TFUE ne tranche pas catégoriquement et laisse trois alternatives aux sociétés pour jouir de la liberté d'établissement, elles doivent ainsi avoir soit « *leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement* » sur le territoire de l'Union et doivent être constituées en conformité avec le droit d'un État Membre.

La jurisprudence, quant à elle, rappelle itérativement qu'il n'existe aucun rapport hiérarchique entre ces critères et que, bien au contraire, ces derniers sont mis sur un pied d'égalité<sup>210</sup>. Sans doute conscient de la tension qui entoure cette partition, les rédacteurs du traité n'ont en effet pas souhaité trancher entre les différents critères ; cette retenue amène certains auteurs à qualifier cette alternative de « *très œcuménique* »<sup>211</sup>. Puisque ni le législateur, ni la Cour ne semble vouloir trancher en faveur d'une théorie, les États Membres demeurent *a priori* libres dans leur choix. Il est patent de noter l'évolution des Pays-Bas sur ce point, passés du critère du siège réel vers celui de l'incorporation pour devancer l'entrée du Royaume-Uni, qui retient également ce critère, dans la Communauté<sup>212</sup>.

## II. L'inadéquation des critères de rattachement

Si ces différentes (voir même disparates) théories sont au cœur de la controverse, c'est parce qu'elles portent en elles l'enjeu central, qui *via* le critère de rattachement (siège effectif ou incorporation), aboutit à la détermination de la *lex societatis* applicable à la société<sup>213</sup>. Cette détermination de la loi applicable revête une importance fondamentale pour la suite des développements, notamment lorsqu'il s'agira d'envisager la mobilité des sociétés en cause. Notons dès maintenant que cette partition se poursuit également dans la politique de régulation en matière de droit des sociétés : de manière générale la législation des États pratiquants la théorie du siège réel sera plus contraignante que celle des États pratiquant la théorie de l'incorporation<sup>214</sup> : on constate par exemple qu'originellement les exigences relatives à la tenue des comptes de la société ou au capital minimum étaient

---

<sup>210</sup> Voir par exemple CJCE, *Daily Mail and General Trust plc*, 27 septembre 1988, aff. C-81/87, §21.

<sup>211</sup> BÉGUIN J. « Un texte à abroger : la loi sur la reconnaissance internationale des sociétés anonymes étrangères » dans *Le droit de l'entreprise dans ses relations extérieures à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997.

<sup>212</sup> KOVAR R., « La mobilité des sociétés dans l'espace européen », *Recueil Dalloz*, 2009, p465.

<sup>213</sup> BODE M., *Le groupe international de sociétés: le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand*, Peter Lang, 2010. p202.

<sup>214</sup> *op.cit.* AUDIT M., BOLLEE S., CALLE P., *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, n° 207.

moindre dans les États pratiquant la théorie de l'incorporation. Ces théories répondent différemment à la problématique première du rattachement de la personne morale à un ordre juridique : l'offre normative est donc hétérogène.

Néanmoins, si les États Membres sont partagés, il faut aussi noter une certaine ambivalence dans le rattachement tel que prévu par les traités et le droit de l'Union en général. En effet le rattachement se fait certes à un ordre juridique étatique, mais loin de constituer une fin en soi ce rattachement permet ensuite de lier ladite société à l'ordre juridique plus global de l'Union Européenne. C'est donc un critère de rattachement relativement ambivalent voire confus qu'ont retenu les auteurs du traité<sup>215</sup> : il témoigne d'une tentative de régionalisation de la personnalité juridique *via* un renvoi au droit national.

Plus spécifiquement, pour ce qui est du critère du siège réel, la doctrine s'accorde à reconnaître alors le caractère parfois inadapté de ce dernier dans le contexte européen<sup>216</sup>. Il témoigne aussi d'une vision très nationalisée<sup>217</sup> de l'activité des sociétés qui, par application de ce critère, se trouvent dans l'obligation de localiser leur administration principale dans l'État de leur immatriculation, État qui leur a accordé la personnalité juridique. Cette vision s'accorde donc relativement difficilement avec la volonté de l'Union Européenne qui est d'offrir aux sociétés un marché intérieur sans frontière pour qu'elles développent effectivement leurs activités dans cette dimension régionale. Ce caractère inadapté explique sans doute pourquoi la Cour de Justice lui réserve une portée limitée. Ainsi dans les arrêts *Centros*, *Überseering* ou *Inspire Art*, elle a, à chaque fois, limité la possibilité pour les États Membres en question d'appliquer leur conception de la théorie du siège réel pour entraver la liberté d'établissement des sociétés<sup>218</sup>. Bien au contraire, les États Membres devaient à chaque fois reconnaître le rattachement opéré dans un autre ordre juridique. Cette réduction s'est même faite au détriment de l'application de lois de police<sup>219</sup> alors applicables, ce qui démontre une fois de plus l'impact du droit de l'Union sur les concepts

---

<sup>215</sup> MASTRULLO T., *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, Paul Cézanne- Aix Marseille III, 2009. p61.

<sup>216</sup> PATAUT E. note sous l'arrêt *Inspire Art*, Recueil Dalloz 2004, p491.

<sup>217</sup> *op.cit.* AUDIT M., BOLLEE S., CALLE P., *Droit du commerce international et des investissements étrangers* n°207, p 273.

<sup>218</sup> MENJUCQ M., «Le droit communautaire d'établissement et le droit international des sociétés après l'arrêt inspire art», *Revue de droit des affaires de l'Association Droit & Affaires*, 2004, Vol. 2, p121-134 ou encore PATAUT E., « Liberté d'établissement et droit international privé des sociétés : un pas de plus », *RDS*, 2004, p491-494.

<sup>219</sup> Pour une définition d'une loi de police on citera : CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. C-369/96 et C-376/96, ECLI:EU:C:1999:575, §2 « dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet État membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci. ».

classiques de droit international privé<sup>220</sup> mais aussi de la volonté de minimisation de l'importance du critère du siège réel. En ce sens, les conclusions de l'Avocate Générale Sharpston sous l'affaire *Grünkin et Paul*<sup>221</sup> sont un modèle de virulence. On peut par exemple citer les remarques introductives de cette dernière et notamment : « *Le droit international privé, malgré son nom, n'est pas un droit international. Il s'agit d'une branche du droit national de chaque ordre juridique* »<sup>222</sup>. Si nous sommes en accord avec cette remarque, nous la compléterons en disant que cette émergence nationale est précisément la raison de cette inadaptation du droit international privé des États Membres au cadre général de l'Union.

### III. L'exemple du droit américain des sociétés

Si l'on comprend que dans le cadre de la mise en place du marché intérieur, le critère du siège réel puisse être un obstacle, il convient de reconsidérer cette proposition à l'aune de la concurrence normative. Les études relatives à cette dernière en matière de droit des sociétés présentent toujours sur ce point l'arrêt *Paul v. Virginia*<sup>223</sup>. Au terme de cet arrêt, la Cour suprême, faisant application de la doctrine dite des « *internal affairs* »<sup>224</sup>, a dit pour droit qu'une société valablement constituée dans l'État de son choix doit être reconnue dans toutes les autres juridictions des États fédérés. Si l'on reconnaît ici les fondements d'une reconnaissance mutuelle des sociétés<sup>225</sup>, on y perçoit aussi les prémises d'une concurrence accrue entre les États fédérés pour accueillir sur leur territoire l'immatriculation de sociétés qui ensuite exerceront leurs activités réelles sur l'ensemble du territoire fédéral. C'est ce que certains qualifient de manière parcellaire et partielle<sup>226</sup> de « *race to the bottom* » et qui est généralement mis en lien avec l'effet Delaware. Pour Simon Deakin, la présence de la théorie du siège réel est un obstacle à l'émergence d'un véritable marché de l'incorporation<sup>227</sup>, c'est-à-dire un marché où les sociétés auraient le choix de s'incorporer sous la juridiction de leur choix pour ensuite déployer librement leurs activités. On voit en

---

<sup>220</sup> PATAUT E., « Loi de police et ordre juridique communautaire » dans *Les conflits de lois dans le système juridique communautaire*, dir. A. Fuchs, H. Muir Watt, E. Pataut, Dalloz, Paris, 2004, p. 11.

<sup>221</sup> CJUE, 14 octobre 2008, *Procédure engagée par Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*, aff. C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559.

<sup>222</sup> Conclusions de l'Avocate Générale, §37.

<sup>223</sup> US Supreme Court, *Paul v. Virginia*, 75 U.S. 7 Wall. 168, 1869.

<sup>224</sup> Cette doctrine rappelle le choix de loi dans le cadre de l'incorporation des sociétés. Ainsi les « *internal affairs* » de cette société devrait, selon cette doctrine, être régie par la loi du lieu d'incorporation de la société, abstraction faite, donc, du lieu où celle-ci exerce ces activités.

<sup>225</sup> DEAKIN S., « Is regulatory competition the future for european Integration ? », *Swed. Econ. Policy Rev*, 13 (2006) p71-95.

<sup>226</sup> voir infra nos critiques sur l'oubli de la forte préemption exercée au niveau fédéral p59.

<sup>227</sup> DEAKIN S., « *Regulatory Competition versus Harmonization in European Company Law* », ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, Working paper n°163.

effet difficilement comment on pourrait aboutir au résultat ci-dessus présenté en obligeant les sociétés à avoir leur siège effectif au lieu de leur immatriculation. Bien au contraire, les sociétés seraient alors toujours dans l'obligation de veiller à ce que l'essentiel de leurs activités demeurent au lieu de leur immatriculation. En outre, notons que la concurrence porte en elle une fonction égalitaire, le droit de la concurrence est souvent présenté comme un droit de l'égalité<sup>228</sup>. Or si les règles d'incorporation ne sont pas les mêmes pour toutes les sociétés, l'égalité, et donc la concurrence, sont faussées.

## Sous-section 2. La partition normative siège réel/ statutaire en pratique

Les difficultés théoriques ayant été présentées, il convient maintenant de s'intéresser à la mise en pratique de la partition normative qui a lieu entre la théorie du siège réel et celle de l'incorporation. À ce stade il faudra tout d'abord examiner les tentatives de la Cour de Justice pour adapter cette partition normative au contexte du marché intérieur (I). Ces tentatives rappelées, nous évoquerons les velléités de dépassement bien plus audacieuses de cette partition (II). Enfin il conviendra, pour rendre plus accessible l'analyse, de dresser un parallèle entre les personnes morales et les personnes physiques (III).

### I. L'adaptation jurisprudentielle de la partition normative

Avant de présenter l'apport de la Cour de Justice, il convient de rappeler la distinction souvent faite entre la liberté d'établissement primaire (celle du siège de la société) et la liberté d'établissement secondaire (une filiale, une agence, une succursale...). Il semble que tenter de mettre en lumière comment la théorie du siège réel fait obstacle à l'émergence d'un véritable marché de l'incorporation s'inscrit prioritairement dans le cadre de la première et non de la seconde. L'étude à venir de la jurisprudence de la Cour de Justice viendra renforcer cette affirmation. En effet, il est très couramment admis qu'en terme de liberté d'établissement secondaire, les progrès réalisés depuis la jurisprudence *Centros* ont permis d'accélérer le déploiement des sociétés sur le marché intérieur, permettant à ces dernières de réaliser un véritable *law shopping* entre les différents droits nationaux<sup>229</sup>. Selon l'opération en cause, la concurrence normative n'est donc pas toujours complète<sup>230</sup>, c'est ce qu'il conviendra de démontrer à propos de la liberté d'établissement primaire.

---

<sup>228</sup> C'est en ces termes que s'exprime également Jean-Marc Sauvé: Allocution d'ouverture du colloque organisé par la revue *Concurrences* à l'Assemblée nationale le 4 décembre 2014.

<sup>229</sup> MASTRULLO T., *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, Paul Cézanne- Aix Marseille III, 2009 p341.

<sup>230</sup> BARNARD C., *The substantive law of the EU: the four freedoms*, Fifth Edition, Oxford, Oxford University Press, 2016. p386 et suivantes .

Néanmoins, le cadre analytique doit aussi être relativisé tout comme l'affirmation selon laquelle l'obstacle se matérialise au niveau de la liberté d'établissement primaire. Le distinguo primaire/secondaire semble parfois inopérant : en effet s'il est possible d'appréhender un transfert de siège statutaire et réel de manière simultanée par le recours à la liberté d'établissement primaire, un opérateur peut aussi implanter une filiale en usant de la liberté d'établissement secondaire, filiale qui exercera alors toutes les activités au point de devenir le siège réel de la société. Il est d'ailleurs opportun de noter que nombreux sont les Avocats généraux à critiquer cette approche pour ses « *excès de formalisme* »<sup>231</sup>. Nous adopterons donc en partie cette approche formaliste en tentant de nous concentrer sur la liberté d'établissement primaire, sans oublier la réalité pratique qui se dessine derrière.

Une étude cohérente et globale de l'obstacle que pourrait constituer la théorie du siège réel dans la mise en place d'un véritable marché de l'incorporation doit débiter avec un rappel relatif à la jurisprudence *Daily Mail*<sup>232</sup>. Le litige opposait la société Daily Mail à l'administration fiscale puisque cette société souhaitait transférer son siège réel vers les Pays-Bas afin de bénéficier d'une législation plus avantageuse sur la vente de ses actions. Néanmoins elle devait, conformément à la législation britannique, obtenir une autorisation pour procéder à un tel transfert. La société contestait l'existence d'une telle autorisation au regard de la liberté d'établissement. La Cour de Justice, statuant toujours « *en l'état actuel du droit communautaire* »<sup>233</sup>, rappellera que le traité ne confère pas le droit à une société, constituée selon le droit d'un État Membre, à transférer son siège réel tout en demeurant une société de l'État Membre de constitution<sup>234</sup>, *i.e.* une société soumise à ce droit.

C'est sur la base de cet arrêt que la Cour de Justice statuera vingt ans plus tard dans le cadre de l'affaire *Cartesio* qui nous semble être la plus pertinente pour l'étude de la concurrence normative et plus spécifiquement du marché de l'incorporation, que ce soit l'arrêt lui-même<sup>235</sup> ou les conclusions de l'Avocat Général<sup>236</sup>. Dans le cadre de ce litige, une société de droit hongrois souhaitait transférer son siège réel vers l'Italie tout en continuant à relever de la loi hongroise. Or la Hongrie est un État appliquant la théorie du siège réel et s'opposait donc à un tel transfert qui était de nature à distendre le lien entre l'État de constitution et l'activité effective de la société. On pourrait conclure rapidement en rappelant simplement la solution de la Cour qui affirme que le traité ne s'oppose pas à ce que la réglementation d'un État Membre empêche un tel transfert. On en déduirait

---

<sup>231</sup> Voir en ce sens : conclusions de Monsieur l'Avocat général Colomer sous l'affaire *Überseering*, §36 ; conclusions de monsieur l'avocat général Tizzano sous l'affaire *SEVIC*, § 35 et §45, conclusions de Monsieur l'avocat général Maduro sous l'affaire *Cartesio*, §28.

<sup>232</sup> CJCE, 27 septembre 1988, *Daily Mail and General Trust Plc*, aff. C- 81/87, ECLI:EU:C:1988:456.

<sup>233</sup> *ibid.* §19.

<sup>234</sup> *ibid.* §24.

<sup>235</sup> CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*, aff. C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723.

<sup>236</sup> *ibid.* Conclusions de Monsieur l'avocat général Maduro.



qu'effectivement la théorie du siège réel entrave l'émergence d'un marché de l'incorporation puisque les États Membres conservent une compétence pour contrôler celle-ci *via* leur critère de rattachement. Mais en procédant ainsi, on se méprendrait par deux fois.

Une première fois parce qu'on éluderait les développements de la Cour qui vont au-delà de la simple question préjudicielle. Une seconde fois parce que demeurerait incomprise la place réelle de la loi d'un État Membre pour une société. En effet, la Cour va plus loin que la simple question préjudicielle posée par le tribunal hongrois puisqu'elle va introduire une nouvelle opération dans le champ de la liberté d'établissement. Cette introduction témoigne de cette tentative d'adaptation de la partition normative au contexte du marché intérieur.

À partir des points 110 et suivants elle opère une distinction fondamentale à cet égard: un État Membre peut définir le lien de rattachement qu'il souhaite pour les sociétés constituées en conformité avec sa loi, *i.e* il peut maintenir sa conception du siège réel pour les sociétés s'incorporant sous son droit. Il peut même s'opposer au déplacement du siège réel de cette société ayant pour effet induit une dissociation entre le siège réel et le siège statutaire de nature à remettre en cause, à ces yeux, le lien de rattachement avec son ordre juridique. Mais cette faculté « *loin d'impliquer une quelconque immunité* »<sup>237</sup> ne lui permet pas de s'opposer à ce qu'une société constituée en conformité avec son droit national se déplace vers un autre État Membre et se transforme en une société du droit de cet autre État Membre. Se dessine ici le mécanisme de la transformation transfrontalière, modalité d'exercice de la liberté d'établissement, introduit au moyen d'un *obiter dictum*<sup>238</sup>.

Une des interprétations que l'on pourrait donner à ces deux arrêts pour les rendre compatibles avec la jurisprudence *Centros-Inspire Art*, mais aussi plus globalement donc avec la présence des deux théories du siège, seraient alors de dire que les sociétés sont constituées valablement selon la loi d'un État Membre et jouissent d'une certaine mobilité dans la limite accordée par cette loi. Cette mobilité doit ensuite être reconnue par l'État Membre d'accueil. Formulé différemment, le point 110 de l'arrêt *Cartesio* nous invite à penser que les États Membres peuvent librement déterminer les conditions de constitution d'une société et de bénéfice de la liberté d'établissement mais doivent, par effet miroir, reconnaître la mobilité offerte par le droit d'un autre État Membre. Si cette tentative d'accommodation permet de faire subsister l'égalité entre les deux théories de rattachement, elle ne remédie pas aux morcellements que celles-ci induisent. Comment pourrait alors, dans ces conditions, émerger un marché *unique* de l'incorporation ?

---

<sup>237</sup> §112 de l'arrêt *Cartesio*.

<sup>238</sup> SZYDLO M., note sous l'arrêt *Cartesio*, *CMLR*, 46 :703,722, 2009.



## II. Le dépassement de la partition normative

À ce stade du raisonnement il est opportun de mettre en lumière deux tentatives de dépassement de la partition normative. La première est celle fournie par l'Avocat Général Maduro dans ses conclusions sous l'affaire *Cartesio*. La seconde permet une nouvelle fois de comparer la situation de l'Union Européenne avec celle en vigueur aux Etats-Unis.

À la vision fragmentée offerte par la solution de la Cour de Justice s'opposent les conclusions de l'Avocat Général Maduro sous la même affaire, qui vont bien au-delà de la solution adoptée par la Cour. Cette solution avait d'ailleurs déçu certaines espérances<sup>239</sup>. En effet si la double conclusion que l'on peut tirer de l'arrêt *Cartesio* dépend précisément du changement de loi applicable, l'avocat général Maduro avait lui adopté une solution considérablement plus audacieuse et uniforme. Cette solution conduisait à relativiser l'importance de la *lex societatis* pour l'exercice de la liberté d'établissement<sup>240</sup>. Certes les sociétés sont constituées conformément à la loi d'un État Membre, mais ces derniers ne devraient pas, par cet intermédiaire influencer sur la jouissance de la liberté d'établissement<sup>241</sup>. Les théories du siège réel ou de l'incorporation peuvent continuer à subsister, mais comme le préconise l'Avocat Général, pour un exercice effectif de la liberté d'établissement, « aucune de ces deux théories ne peut être appliquée jusque dans ses dernières limites logiques »<sup>242</sup>. Le critère de rattachement ainsi relativisé, la solution obtenue dans l'arrêt *Paul v. Virginia* peut se réaliser : la société valablement constituée selon le droit d'un État Membre peut ensuite jouir de la liberté d'établissement pour exercer son activité effective sur le territoire européen<sup>243</sup>. Cela pourrait à terme aboutir à l'émergence d'un marché de l'incorporation, non disloqué entre des asymétries de mobilité selon les variables nationales.

Mais ainsi qu'il a été relevé, la Cour de Justice n'est pas allée aussi loin et le critère du siège réel demeure d'actualité. Il existe donc des marchés nationaux de l'incorporation et par conséquent des protections variables de la liberté d'établissement selon les ordres juridiques<sup>244</sup>. Dans l'affaire *Vale Epitesi*<sup>245</sup> la Cour de Justice mettra en application l'opération de transformation transfrontalière, envisagée dans *Cartesio*. Les faits à l'origine

---

<sup>239</sup> PIESSKALLA M., « Verhindbare Gesellschaftssitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat als Gründungsmitgliedstaat », *EuZW*, Heft 3/2009 p75.

<sup>240</sup> notamment §31 des conclusions de l'Avocat Général Maduro.

<sup>241</sup> GROHMANN U., GRUSCHINSKE N., « Beschränkungen des Wegzugs von Gesellschaften innerhalb der EU- die Rechtssache *Cartesio* », *EuZW*, Heft 15/2008 p463.

<sup>242</sup> Conclusions de monsieur l'Avocat général, §30.

<sup>243</sup> Dans ses conclusions, Monsieur l'avocat général Maduro parle lui aussi d'un certain degré de reconnaissance mutuelle, voir §30.

<sup>244</sup> BOLLACHER P., « Keine Verletzung der Niederlassungsfreiheit bei Wegzug von Gesellschaften », *RIW*, Heft 3/2009, p150.

<sup>245</sup> CJUE, 12 juillet 2012, *VALE Epitesi kft*, aff. C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440.

du litige peuvent être résumés de la manière suivante : la société Vale Construzioni, de droit italien, a demandé sa radiation du registre des sociétés italien en communiquant son intention de transférer son siège et toute son activité en Hongrie. Elle fut donc radiée du registre avec la mention de ce transfert. Par la suite la société a demandé son enregistrement auprès de la Cour de Budapest, selon le droit hongrois, avec la mention de la société Vale Construzioni en tant que prédécesseur en droit. Sa demande a été rejetée pour plusieurs raisons : le droit hongrois ne permet pas le transfert du siège d'une société de droit étranger et la mention de prédécesseur en droit ne peut pas être donnée à une société n'étant pas de droit hongrois.

Avant de revenir sur la solution de la Cour, il est possible de hiérarchiser l'importance de ces deux arrêts selon la formation de jugement : l'arrêt *Cartesio* est rendu en formation de grande chambre, l'arrêt *Vale*, faisant application du principe dégagé, est rendu par la troisième chambre. La solution ne condamne toujours pas le critère du siège réel, ni ne fait application des conclusions de l'Avocat Général, mais elle condamne cette impossibilité absolue du droit hongrois de changer de loi applicable pour devenir une société de droit hongrois. Les modalités de ce changement relèvent certes du droit national<sup>246</sup>, mais n'en demeurent pas moins encadrées par les très prégnants principes d'équivalence (l'État Membre ne peut pas traiter moins favorablement les opérations transnationales que les opérations internes) et d'effectivité (l'État Membre ne doit pas rendre impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits que le justiciable tire de l'ordre juridique de l'Union)<sup>247</sup>.

À ce stade du raisonnement il est possible de synthétiser ces apports jurisprudentiels pour cette étude: si la possibilité de transformation transfrontalière permet effectivement dans le cadre de la liberté d'établissement primaire de choisir la loi applicable à la société ainsi constituée, ce choix revêt une importance considérable puisque le droit national élu déterminera, dans une certaine mesure, l'usage de la liberté d'établissement. Le marché normatif est composé d'offres hétérogènes avec des demandeurs absolument libres dans leur choix. Mais les États Membres doivent accepter la sortie des opérateurs, sortie facilitée depuis *Vale* : au prisme de la jurisprudence *Paul.v. Virginia* cette solution est relativement instable. Elle impose la reconnaissance du degré de mobilité sans aller jusqu'à oser faciliter l'incorporation puis la jouissance de la liberté d'établissement de toutes les sociétés comme le préconisait l'Avocat Général Maduro. On ne peut donc pas dire que le modèle de fédéralisme compétitif tel qu'il résulte notamment de la jurisprudence précitée a véritablement émergé sur le marché intérieur. Cependant on a vu germer un déséquilibre

---

<sup>246</sup> §43 de l'arrêt.

<sup>247</sup> §48 de l'arrêt et nos développements sur l'encadrement de l'autonomie normative infra p128.

qui a conduit les États Membres à réaménager une partie de leur droit national des sociétés<sup>248</sup>, sans toutefois remettre en cause leur théorie du siège réel ; ce que la Cour de Justice, au demeurant, ne les obligeait nullement à faire. Telle était donc la situation avant le 25 octobre 2017<sup>249</sup>.

D'un point de vue législatif ensuite, il convient de noter un relatif immobilisme puisqu'en effet la 14<sup>ème</sup> directive sur le transfert transfrontalier n'a toujours pas été adoptée<sup>250</sup>. Cette absence est d'ailleurs pointée du doigt par la Cour de Justice dans l'arrêt *Vale* qui note que « le droit dérivé de l'union ne prévoyant pas, en l'état actuel, de règles spécifiques régissant des transformations transfrontalières »<sup>251</sup>. Cette absence de progression législative nous permet un nouveau parallèle avec le fédéralisme compétitif américain. En effet, il est de commune mesure de comparer l'effet Delaware à une dérégulation intense entraînant une « *race to the bottom* ». Or c'est éluder l'intense préemption régulatrice fédérale qui accompagne ce mouvement et rééquilibre les offres au point de créer une « *race to converge* »<sup>252</sup>, en ce point analogue à la fixation d'un prix d'équilibre. Cela revient dans notre cas, comme expliqué précédemment, à fixer la norme à un certain point de qualité d'équilibre. L'exemple le plus communément cité à ce point est bien évidemment la loi Sarbanes-Oxley<sup>253</sup>. On constate donc que d'une part la jurisprudence de la Cour et l'absence, d'autre part, de progrès législatif invitent à une certaine précaution dans la comparaison entre le modèle européen et le modèle américain du fédéralisme compétitif.

---

<sup>248</sup> *op.cit.* JOHNSTON A., SYRPIS P., « *Regulatory Competition in European Company Law after Cartesio* » n° 206, où les auteurs font état notamment de la diminution du capital social dans les législations nationales et d'une « *defensive regulatory competition* », le même constat est partagé par Iris M. BARSAN, « *Que reste-t-il du critère du siège social réel après l'arrêt Polbud ?* », (2018) 3 *Europe* 6-13.

<sup>249</sup> Pour un aperçu global : KLEINER C., « Le transfert de siège social en droit international privé », *Journal du droit international (Clunet)*, n°2, Avril 2010, 4.

<sup>250</sup> BALLESTER B., DEL MONTE M., EUROPEAN PARLIAMENT et DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL POLICIES OF THE UNION, *Évaluation de la valeur ajoutée européenne: directive sur le transfert transfrontalier du siège statutaire d'une société (14e directive sur le droit des sociétés)*, Brussels, European Parliament, 2013.

<sup>251</sup> §43 de l'arrêt *Vale*.

<sup>252</sup> DEAKIN S., « *Legal Diversity and Regulatory Competition: Which Model for Europe?* », (2006) 12-4 *Eur. Law J.* 440-454.

<sup>253</sup> The Sarbanes-Oxley Act of 2002 (Pub.L. 107-204, 116 Stat. 745, enacted July 30, 2002) ; HURSTEL D., MOUGEL J., « La loi Sarbanes-Oxley doit-elle inspirer une réforme du gouvernement d'entreprise en France », *RS*, 2003, p. 13.

### III. Personnes morales, personnes physiques : une même cause et des solutions communes ?

La brève étude jurisprudentielle menée jusqu'à présent nous invite aussi à dresser un parallèle avec les personnes physiques. Ce parallèle permet aussi de saisir, par comparaison et avec plus de réalité, les difficultés de mobilités des sociétés. Cet anthropomorphisme se retrouve d'ailleurs dans les conclusions de l'avocat général Maduro, lorsqu'il est question « *de la vie et de la mort des sociétés* ». Notons aussi que ces deux ensembles se rejoignent sur un point central : la personne physique par la nationalité et la personne morale par le lien de rattachement témoignent de l'exercice dans un cadre européen intégré de compétences étatiques particulièrement sensibles<sup>254</sup>.

Certains auteurs tempèrent néanmoins l'assimilation qu'il est possible de faire entre les personnes morales et les personnes physiques<sup>255</sup>. Il est vrai que la jurisprudence relative à la liberté d'établissement des personnes physiques et les entraves, qu'il est possible de leur imposer, est beaucoup plus audacieuse<sup>256</sup>. Cela s'explique aussi par l'absence de position relative que l'on peut adopter à l'égard d'une personne physique : la liberté d'établissement ne peut être que totale ou elle n'est pas ; la restreindre deviendrait discriminatoire. En revanche pour une personne morale, du fait même du rattachement *via* la *lex societatis* définie selon des critères nationaux ainsi que de la dualité établissement primaire/secondaire, il est possible d'adopter une lecture plus nuancée : on peut par exemple accepter qu'un État Membre définisse les critères de rattachement d'une société à son ordre juridique. Mais il doit reconnaître la mobilité plus étendue que celle offerte par son droit national dont peuvent disposer d'autres sociétés constituées selon le droit d'autres États Membres. Ces développements nous invitent donc à ne pas conclure trop hâtivement que nationalité et *lex societatis* sont équivalents. Une approche de droit comparé ne fait que renforcer une telle conviction<sup>257</sup>.

Néanmoins, on ne résiste pas à l'envie de dresser un parallèle entre deux affaires qu'*a priori* tout oppose : d'une part l'affaire *Vale* et d'autre part l'affaire *Rottman*<sup>258</sup>. Dans la seconde, un citoyen autrichien a souhaité acquérir la nationalité allemande ce qui aboutit donc, en vertu du droit autrichien, à la perte de la nationalité autrichienne. Cependant, M. Rottmann avait dissimulé certaines infractions pénales pour obtenir la nationalité

---

<sup>254</sup> Pour un exemple de sensibilité et d'un raisonnement contorsionné de la Cour on peut citer: CJUE, 14 novembre 2017, *Toufik Lounes contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-165/16, ECLI:EU:C:2017:862.

<sup>255</sup> KOVAR R., « La mobilité des sociétés dans l'espace européen », *Recueil Dalloz*, 2009, p465.

<sup>256</sup> CJCE, 11 mars 2004, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, aff. C-9/02 ECLI:EU:C:2004:138.

<sup>257</sup> MENJUCQ M., *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 285, Paris, L.G.D.J., 1997. p30

<sup>258</sup> CJUE, 2 mars 2010, *Janko Rottmann contre Freistaat Bayern*, aff. C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104.

allemande, ce qui a donc conduit les autorités allemandes à une décision de retrait de cette nationalité, acquise frauduleusement. Mais, en perdant la nationalité allemande, le requérant allait aussi perdre la citoyenneté européenne qui s’y ajoute<sup>259</sup>. Ce lien de rattachement avec l’ordre juridique de l’Union a permis à la Cour de Justice de conclure que, certes les États Membres ont la compétence de procéder à un tel retrait, mais celui-ci doit se faire dans le cadre du respect du principe de proportionnalité. Dans les faits cela se traduit par un délai laissé au requérant pour recouvrer la nationalité autrichienne avant de perdre la nationalité allemande. Dans le cas *Vale* comme dans le cas *Rottmann*, les États Membres demeurent compétents pour déterminer les modalités d’accès à la nationalité ou à la *lex societatis* (avec passage d’un État Membre à un autre) : ils peuvent exercer cette compétence souveraine mais dans les deux cas la Cour de Justice construit un lien de rattachement avec le droit de l’Union pour encadrer l’exercice de cette compétence. Cet encadrement se fait soit par le principe de proportionnalité<sup>260</sup> soit les principes d’équivalence et d’effectivité<sup>261</sup>. Cela offre donc à ces arrêts, pour reprendre la formule de E. Pataut<sup>262</sup>, une certaine modestie en ce sens que les compétences des États Membres sont préservées mais aussi de riches potentialités pour les opérateurs économiques ou les citoyens. Un raisonnement analogue à celui adopté dans le cadre de la citoyenneté<sup>263</sup> est d’ailleurs aussi ce que semble faire la Cour de Justice dans l’arrêt *Polbud* du 25 octobre 2017<sup>264</sup>.

### Sous-section 3. Après *Polbud*, la fin de l’obstacle du siège réel ?

L’arrêt *Polbud* constitue un tournant pour nous amener à conclure sur la persistance du critère du siège réel en tant qu’obstacle à l’émergence d’un marché de l’incorporation. Il faudra tout d’abord présenter les faits du litige (I), les conclusions de l’Avocate Générale Kokott (II) avant de conclure sur l’obstacle que pourrait ne plus constituer la théorie du siège réel (III).

---

<sup>259</sup> Sur les rapports entre la nationalité et la citoyenneté on peut citer les conclusions de Monsieur l’Avocat Général Léger sous l’affaire : CJCE, 20 février 2001, *The Queen contre Secretary of State for the Home Department, ex parte: Manjit Kaur*, aff. C-192/99, ECLI:EU:C:2001:106.

<sup>260</sup> §55 de l’arrêt *Rottmann*.

<sup>261</sup> §48 de l’arrêt *Vale*.

<sup>262</sup> PATAUT E., « Citoyenneté de l’Union européenne et nationalité étatique », *RTD Eur*, 2010, P617.

<sup>263</sup> D’AVOUT L., « Vers l’itinérance inconditionnelle (ou nomadisme) des sociétés en Europe ? », *RDS*, (2017) 43.

<sup>264</sup> CJUE, 25 octobre 2017, *Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o.*, aff. C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804.

## I. Rappel des faits du litige : entre *Cartesio* et *Centros*

Le litige à l'origine de cet arrêt, rendu en formation de grande chambre, se rapproche aussi bien des faits de l'affaire *Cartesio* que de l'affaire *Centros*, une telle parenté laissant ainsi présager à cet arrêt un intérêt digne de ses aïeux. La société Polbud, société de droit polonais, avait décidé dans le cadre d'une assemblée générale son transfert de siège statutaire vers le Luxembourg. La société requiert à cette fin l'ouverture d'une procédure de liquidation auprès du registre du commerce polonais. Cependant, sans attendre l'issue de cette procédure, la société transfère effectivement son siège vers le Luxembourg. Elle dépose par la suite une demande de radiation du registre du commerce polonais en raison de ce transfert. Le tribunal *ad quo* a alors sollicité de la société certains documents prouvant la mise en œuvre correcte de la liquidation de la société<sup>265</sup>. La société Polbud a cependant refusé de remettre de tels documents et a critiqué l'obligation de liquidation qui s'imposait à elle en vue de transférer son siège au Luxembourg, la société étant désormais soumise au droit luxembourgeois<sup>266</sup>. Par ailleurs, il n'est pas certain que dans les faits la société Polbud ait eu l'intention de transférer son siège réel vers le Luxembourg<sup>267</sup>, contrairement aux faits ayant donné lieu à l'arrêt *Vale*. Les juridictions polonaises ont donc posé plusieurs questions préjudicielles à la Cour de Justice, une portant sur l'applicabilité de la liberté d'établissement à une telle situation de transfert de siège statutaire vers un État Membre, indépendamment du siège réel. On conçoit alors l'importance du lien de rattachement précédemment évoqué, importance particulièrement mise en exergue par les conclusions de l'Avocate Générale Kokott<sup>268</sup>.

## II. Les conclusions de l'Avocate Générale Kokott

À la différence de l'Avocat Général Maduro dans l'affaire *Cartesio*, Madame l'Avocate Générale a orienté son raisonnement presque exclusivement sur le champ d'application. Cette problématique traverse les libertés de circulation<sup>269</sup>; les conclusions sous l'affaire *Polbud* témoignent véritablement de l'enjeu que celle-ci recèle. L'avocate Générale rappellera en effet la définition de la liberté d'établissement et les conséquences que la Cour

---

<sup>265</sup> §11 de l'arrêt.

<sup>266</sup> §14 de l'arrêt.

<sup>267</sup> §26 de l'arrêt.

<sup>268</sup> Conclusions de Madame l'avocate général Kokott sous l'affaire Polbud, C-106/16.

<sup>269</sup> DUBOUT E., « Les mutations du champ d'application des libertés de circulation : la triple inconstance » dans Chahira BOUTAYEB, Jean-Claude MASCLLET et CENTRE D'ETUDES ET DE RECHERCHES SUR L'ADMINISTRATION PUBLIQUE (dir.), *La Constitution, l'Europe et le droit: mélanges en l'honneur de Jean-Claude Mascllet: liber amicorum discipulorumque*, coll. De Republica, n°11, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013.

en a tirée, notamment concernant l'exercice d'une activité économique effective<sup>270</sup>. Or si l'existence d'un établissement est une condition d'application de la liberté d'établissement et puisque cet établissement doit révéler une activité économique réelle et effective, il en découle pour l'Avocate Générale que la liberté d'établissement s'applique aux seuls cas d'établissement avec une implantation réelle.

On ne peut nier le fait que se concentrer sur le champ d'application est un moyen ingénieux de lutter contre certaines pratiques d'immatriculation fictive de sociétés. En effet au moment de l'application concrète de la liberté d'établissement rares sont les justifications pouvant satisfaire le test de proportionnalité de la Cour de Justice<sup>271</sup>. Dès lors reporter en amont le débat semble *a priori* efficace, et ce d'autant plus que dans l'affaire *Vale*, la Cour avait semblé soumettre la réalisation d'une transformation transfrontalière à un exercice effectif de l'activité<sup>272</sup>. Ce raisonnement amènera l'Avocate Générale à conclure au point 38 de ses conclusions que la liberté d'établissement « *accorde aux opérateurs économiques dans l'Union le libre choix du lieu d'exercice de leur activité économique, elle ne leur donne pas le libre choix du droit applicable* » (nous soulignons). Mais on ne peut tout à fait s'accorder avec ce dernier point. Tout d'abord parce que dissocier le droit applicable de l'activité économique est, d'un point de vue purement pratique, tout à fait discutable, c'est d'ailleurs la motivation exactement inverse qui anime le déplacement de certains opérateurs économiques. Ensuite parce que, nous l'avons dit, l'arrêt *Polbud* tient beaucoup de l'arrêt *Centros* et le point 27 de cet arrêt semble être toujours d'une prégnante actualité. En effet, la Cour de Justice ne va pas suivre son Avocate Générale et en cela l'arrêt *Polbud* opère une sorte de retour dans le passé<sup>273</sup>. La Cour de Justice rappellera en effet que l'applicabilité de la liberté d'établissement est une question distincte de l'exercice de celle-ci, que cet exercice soit fictif ou abusif<sup>274</sup>. Il n'existerait donc après l'arrêt *Polbud* plus qu'une seule condition pour pouvoir jouir de la liberté d'établissement, celle de l'article 54§1 TFUE, *i.e.* être constituée en conformité avec le droit d'un État Membre.

---

<sup>270</sup> §34 des conclusions de Madame l'avocate générale.

<sup>271</sup> ADAMS Z., DEAKIN S., « *Freedom of Establishment and regulatory competition* », dans *The Oxford handbook of European Union law*, Oxford, Oxford University Press, 2015

<sup>272</sup> *op.cit.* *Vale Epitesi* §34

<sup>273</sup> MENJUCQ M., « La Cour de justice libéralise la transformation transfrontalière des sociétés ; Note sous Cour de Justice de l'Union Européenne, 25 octobre 2017, affaire numéro C-106/16, POLBUD - WYKONAWSTWO », *JCP E.*, (2018) 1-2.

<sup>274</sup> §39 de l'arrêt.



### III. La théorie du siège réel: toujours un obstacle à l'émergence d'un marché de l'incorporation?

Si la solution de la Cour est affirmée avec force, elle n'en demeure pas moins relativement obscure dans la forme (A). Malgré cette caractéristique, elle nous permettra de tirer plusieurs enseignements sur la nature d'obstacle du critère du siège réel (B).

#### A. La solution adoptée ou la forme au désavantage du fond

La conclusion de la Cour, selon laquelle la société Polbud peut jouir de la liberté d'établissement et que l'obligation de liquidation entrave une telle jouissance, nous amène de nouveau vers la problématique de la disparité des législations des États Membres. Pour aboutir à ce que certains auteurs qualifient de libéralisation de ce qui constituerait un droit (et non une liberté ?) d'établissement, la Cour n'accorde aucune immunité de principe aux législations organisant le transfert de siège<sup>275</sup>, dans l'attente toujours d'une directive sur ce point<sup>276</sup>. Si l'absence d'immunité à l'égard des dispositions nationales imposant une liquidation ou une dissolution pouvait transparaître de l'arrêt *Cartesio*, elle est ici, sinon clairement, à tout le moins vivement condamnée par la Cour<sup>277</sup>.

En effet si l'on comprend la solution, on peut être critique sur la clarté de celle-ci<sup>278</sup>. Prenons l'exemple des points 50 et 51 : au point 50 la Cour explicite la procédure de liquidation (recouvrement des créances, exécution des engagements etc..) et au point 51 elle en conclut une entrave à la transformation transfrontalière sans expliquer comment, dans les faits, l'entrave peut exister. Cette dernière opération est d'ailleurs normalement protégée par les principes d'équivalence et d'effectivité. Mais ici, la Cour n'en dit mot. Or il est regrettable que la Cour se satisfasse de cette économie de raisonnement car on voit poindre déjà la critique à l'égard de cet arrêt, pourtant parfaitement cohérent au regard de la jurisprudence antérieure. Cette critique doctrinale incante, sans doute à la manière de Cicéron<sup>279</sup>, jusqu'où ira l'audace effrénée de la Cour en faveur de cette libéralisation, de ce nomadisme, de « *l'itinérance inconditionnelle des sociétés* »<sup>280</sup>. Mais en s'inscrivant dans cette jurisprudence antérieure, l'arrêt *Polbud* la complète : s'il était possible de réaliser un law shopping *a priori* depuis l'arrêt *Centros*, i.e. un choix de loi par la manipulation d'un

---

<sup>275</sup> MARSULLO T., « Droit à la transformation transfrontalière des sociétés dans l'Union : la CJUE passe la troisième ! », (2018) 1 *BMIS*.

<sup>276</sup> BARSAN I., « Que reste-t-il du critère du siège social réel après l'arrêt Polbud ? », (2018) 3 *Europe* 6-13.

<sup>277</sup> §57 à 59 de l'arrêt *Polbud*.

<sup>278</sup> D'AVOUT L., « Vers l'itinérance inconditionnelle (ou nomadisme) des sociétés en Europe ? », *RDS*, (2017) 43.

<sup>279</sup> Référence ici est faite au texte de la première des quatre catilinaires, prononcées par Cicéron en -63.

<sup>280</sup> *op.cit.*, D'AVOUT L., « Vers l'itinérance inconditionnelle (ou nomadisme) des sociétés en Europe ? », n°278.



critère de rattachement (et non forum shopping comme on le voit de nombreuses fois dans la doctrine), il est maintenant possible de réaliser un law shopping *a posteriori*, c'est-à-dire au cours de la vie de la société en choisissant de transférer son siège statutaire pour être considéré comme une société d'un autre État Membre et bénéficier de l'application de son corpus normatif. En termes de concurrence normative, cela nous livre deux enseignements sur la persistance de l'obstacle que pourrait constituer la théorie du siège réel.

#### B. Les enseignements de l'arrêt Polbud : la fin de l'obstacle de la théorie du siège réel

Le premier enseignement est que le mécanisme décrit ci-dessus, à savoir la subjectivisation de la liberté d'établissement pour permettre à l'opérateur économique de se saisir de l'offre normative de son choix, se développe dans toutes les composantes de la liberté d'établissement. Mais le critère du siège réel, bien qu'une nouvelle fois amoindri, n'en demeure toujours pas moins en place. Les États Membres pourront en effet continuer à recourir à un tel critère de rattachement, mais ils ne pourront pas empêcher une société de changer de *lex societatis* applicable, d'optimiser le choix de loi, tout en exerçant sur leur territoire toutes leurs activités.

Le second enseignement est que l'obstacle peut bien demeurer, il n'en est plus un. La réorientation des opérateurs vers une autre offre normative semble pouvoir se faire sans véritable coût (coût qui pourrait être engendré par une opération de dissolution par exemple). En effet, la norme n'est certes pas fixée en un point de convergence ou d'équilibre (qui serait la théorie de l'incorporation), mais sa qualité en devient tellement encadrée (notamment par les principes d'effectivité, d'équivalence ou de proportionnalité) que dans les faits le résultat semble analogue. Cela entraîne, *ad consequentiam*, une baisse des coûts de substitution normative, indépendamment de l'émergence d'un marché de l'incorporation. Cet enseignement vient confirmer que le modèle européen de concurrence normative n'est pas tout à fait identique au modèle américain. Simon Deakin a lui aussi nuancé, depuis lors, cette assimilation. Observant la jurisprudence *Cartesio-Vale* il constate que « *The European Union has moved several steps closer to realizing the condition for a market for incorporation* »<sup>281</sup>.

Finalement, l'arrêt *Polbud* nous rappelle aussi que l'accent doit être davantage mis sur les demandeurs, opérateurs économiques en mouvement sur le marché de

---

<sup>281</sup> *op.cit.*, ADAMS Z., DEAKIN S., «*Freedom of Establishment and regulatory competition*», n°271.

l'incorporation : la Cour de Justice condamne d'ailleurs une fois de plus les législations instaurant une présomption générale d'abus de ces derniers<sup>282</sup>.

## SECTION 2. Le conflit de systèmes et ses passagers clandestins

Les limites du fédéralisme compétitif en matière d'offre ayant été présentées, il s'agit maintenant de se concentrer toujours sur ces limites, provenant cette fois-ci des demandeurs ou opérateurs économiques évoluant sur le marché intérieur de la norme.

Pour déterminer comment la présence de passagers clandestins peut engendrer un conflit de systèmes il convient de revenir théoriquement sur les implications de ces deux notions, à savoir celle de conflits de systèmes et de passager clandestin (Sous-section 1). Il faudra ensuite présenter le cas le plus généralement mis en avant de passager clandestin sur le marché intérieur de la norme en matière de liberté d'établissement des personnes morales, à savoir celui de la fraude (Sous-section 2).

Enfin, même si ce type de passager clandestin peut induire un conflit de systèmes entre les règles de droit international privé des États Membres et le droit de l'Union, ce conflit semble dérisoire à côté de celui qui se présente dans le cas de la faillite de la personne morale (Sous-section 3).

### Sous-section 1. Introduction aux concepts de conflits de systèmes et de passager clandestin

Mettre en lumière le concept de conflits de systèmes doit d'abord nous inviter à revenir sur la théorie des rapports de systèmes (I) puisqu'en effet le rapport préexiste au conflit. Ensuite il faudra préciser ce que l'on entend par passager clandestin, ce qui nous permettra d'évoquer les problèmes que celui-ci peut susciter dans le cadre des rapports de systèmes, au point donc d'aboutir au conflit (II).

#### I. La théorie des rapports de systèmes

Le marché intérieur de la norme, marché intégré, marché intérieur, marché commun selon les appellations, présente l'ambivalence d'être à la fois le tout et la multitude: il est un

---

<sup>282</sup> §64 de l'arrêt l'arret *Polbud*.

marché qui se veut unique<sup>283</sup>, mais composé de 28 marchés nationaux présentant tous une diversité de solutions normatives. Présenté autrement, le marché unique constitue un système mais aussi une constellation elle-même composée de « sous-systèmes ». Dans cette perspective, le droit de l'Union se rapproche presque de l'astrophysique : comment une pluralité d'entités, de corps stellaires avec des propriétés diverses s'accordent-elles pour évoluer ensemble ? C'est précisément ce point que se propose d'aborder la doctrine sur les rapports de systèmes. Il s'agit ici d'étudier quelles sont les conséquences de l'interpénétration des ordres juridiques dans le cadre du marché intérieur. Le premier constat que l'on peut faire est que cette doctrine a eu le mérite de bouleverser la manière dont on comprenait généralement notre système normatif, c'est-à-dire dans une conception kelsenienne pyramidale. Le courant du *Multilevel constitutionalism*<sup>284</sup> nous fait envisager les ordres juridiques de manière imbriquée, convergente, enchevêtrée, en réseau<sup>285</sup>. Dans ce cadre, le droit constitutionnel européen deviendrait une discipline de « *la jointure des ordres juridiques, celle de la lecture transversale du langage commun, de la réconciliation scientifique* »<sup>286</sup>. Vlad Constantinesco nous aide à en comprendre la problématique dans le cadre du marché intérieur puisqu'il définit cet état comme étant « *une situation dans laquelle une même problématique, intéressant les questions de nature constitutionnelles, serait abordée par des ordres juridiques distincts, ayant chacun leur propre logique de fonctionnement et leur propre juridiction interprétative* »<sup>287</sup>. Rappelons que la réalisation du marché intérieur fait l'objet d'une compétence partagée<sup>288</sup> ; en outre, dans son fondement, la liberté d'établissement est certainement la liberté de circulation qui repose le plus sur la législation des États Membres tout en tentant de s'en départir afin d'élaborer son propre système<sup>289</sup>. C'est dans une dynamique conciliatrice que la Cour de Justice, la première, s'emploie à articuler les compétences normatives étatiques pour aboutir au mieux à l'intégration des marchés nationaux. L'objectif, d'un point de vue concurrentiel, est de réussir une conciliation efficace des offres normatives : l'efficacité se mesure alors au degré

---

<sup>283</sup> Article 26§2 TFUE «Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du traité. »

<sup>284</sup> PERNICE I., « Multilevel constitutionalism in the European Union », *WHI*, Paper 5/02

<sup>285</sup> TORCOL S., « Le droit constitutionnel européen, droit de la conciliation des ordres juridiques », *RFD Const*, (2016) 105, 101-126.

<sup>286</sup> PINON S., « Le droit constitutionnel européen, une discipline autonome ? » *Annuaire de droit européen*, vol. VI-2008, Bruxelles, Bruylant, septembre 2011, pp61-73.

<sup>287</sup> Il est fait référence à l'intervention de CONSTANTINESCO V., « Table ronde: compte rendu des débats » dans Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *L'identité la croisée des Etats et de l'Europe: quel sens? Quelles fonctions?*, coll. À la croisée des droits, n°14, Bruxelles, Bruylant, 2015. p355-388.

<sup>288</sup> Article 4§2 a) TFUE.

<sup>289</sup> Voir nos développements infra sur l'émergence d'une concurrence p112.

d'intégration réalisé<sup>290</sup>. Cet impératif de conciliation est d'ailleurs souligné par l'Avocat Général Maduro dans ses conclusions sous l'affaire *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e.a* : « comment assurer la protection de la Constitution dans l'ordre juridique interne sans attenter à l'exigence existentielle de primauté du droit communautaire? Cette revendication concurrente de souveraineté juridique est la manifestation même du pluralisme juridique qui marque l'originalité du processus d'intégration européenne. »<sup>291</sup>. L'objectif final est donc bien de réussir cette coexistence normative pacifique pour ordonner la multiplicité sans la fondre dans l'uniformité. Formulé par Jean-Paul Jacqué, cet objectif devient la recherche « d'un compromis existentiel entre les systèmes juridiques de telle sorte qu'aucun des interlocuteurs ne soit contraint d'abandonner son point de vue initial »<sup>292</sup>.

## II. La problématique du passager clandestin

Face à cet impératif s'en dresse un autre, celui de l'appréhension du passager clandestin. Très schématiquement présenté, le comportement d'un passager clandestin définit une attitude opportuniste pour tirer profit d'une situation donnée. On en attribue parfois la première définition à David Hume pour qui : « chacun cherche un prétexte pour se libérer des ennuis et de la dépense et souhaiterait faire porter le fardeau à tous les autres »<sup>293</sup>. Une définition plus fine du concept nécessite une mise en contexte plus globale. La première apparition de ce terme se fait sous la plume de M. Olson<sup>294</sup> et se trouve intimement lié aux développements de la doctrine sur les biens collectifs, c'est-à-dire des biens publics où il n'existe aucune rivalité dans la consommation et dont on ne peut empêcher la consommation par un individu. Il existe alors une forte tentation de se comporter en passager clandestin, c'est-à-dire de ne pas financer le bien public tout en espérant que la contribution des autres puisse en permettre le financement et, *in fine*, pouvoir y accéder<sup>295</sup>. Par la suite, en se détachant du concept de bien public, le problème du passager clandestin (ou *free rider*) est employé pour caractériser toute situation dans laquelle un individu qui ne coopère pas sera malgré tout récompensé avec le reste de la

---

<sup>290</sup> Voir nos développements supra (Section 2: La mobilité des acteurs au service de l'interpénétration normative).

<sup>291</sup> Conclusions de Monsieur l'avocat général Maduro sous l'affaire C-127/07.

<sup>292</sup> JACQUÉ J.-P., « L'évolution des rapports entre le droit de l'Union et le droit national du point de vue de l'Union » dans SCHWARZE J. (dir), *Das Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht im Wandel der Zeit*, Nomos, 2012

<sup>293</sup> HUME D., *Traité de la nature humaine*, Paris, GF Flammarion, 1991. livre 3, partie 2, section 8

<sup>294</sup> OLSON M., *Logic of Collective Action : Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, 1965.

<sup>295</sup> LENOBLE-LIAUD H., « L'union monétaire européenne : faut-il avoir peur du passager clandestin ?, Summary », (2001) 111-6 *Rev. Déconomie Polit.* 861-884.

communauté<sup>296</sup>. À ce stade du raisonnement, il est possible de dresser un parallèle entre le bien public non financé et la norme. En effet, le bien public-norme peut, sur le marché intérieur, être employé librement tout en offrant la possibilité à l'individu de ne pas participer à son financement, ou devrait-on dire, son fonctionnement tel qu'envisagé dans un cadre étatique. Plus précisément, cela impliquerait en théorie de participer au bon fonctionnement du bien public-norme par la préservation des intérêts qu'elle protège. En pratique, l'opérateur économique-passager clandestin n'est cependant pas contraint de participer à ce bon fonctionnement de la norme : c'est d'ailleurs ce que la Cour nous dit au point 27 de l'arrêt *Centros* : l'individu peut choisir le lieu de constitution de sa société puis orienter son activité vers un autre État Membre dont la loi fut éludée, *i.e.* il n'est pas contraint de participer à son fonctionnement correct. En l'espèce les requérants avaient éludé la loi danoise sur le capital minimum, loi qui vise à protéger les intérêts des créanciers. L'opérateur économique-passager clandestin peut donc se saisir d'un bien public et échapper à son financement.

Mais d'un point de vue théorique, tout d'abord, le passager clandestin pose plusieurs difficultés.

La première est celle mise en lumière par Catherine Barnard<sup>297</sup> qui identifie six critères à satisfaire pour que le fédéralisme compétitif soit efficace<sup>298</sup>. Parmi ceux-ci figurent une internalisation des coûts et bénéfices de la norme directement sur les offreurs et consommateurs. Selon l'auteur, cela signifie que l'offreur normatif, l'État entrant en compétition, doit être capable de prévenir la duplication des innovations de ladite norme sans en payer le coût. L'émergence d'un passager clandestin s'oppose donc directement à la mise en place d'un fédéralisme compétitif efficace puisqu'il ne peut entraver l'opérateur usant de sa liberté de circulation pour dupliquer ces innovations.

La seconde difficulté s'inscrit dans la lignée de la première. En effet, le passager clandestin met en échec l'articulation harmonieuse des systèmes normatifs qui entrent alors en conflit du fait des externalités négatives d'un tel comportement. Simon Deakin<sup>299</sup> et Miguel Poiaras Maduro<sup>300</sup> notent la présence de telles externalités négatives qui se caractérisent, par exemple, par un déséquilibre entre les coûts supportés par l'État régulant

---

<sup>296</sup> BRETON A., *Competitiv governments: an economic theory of politics and public finance*, Cambridge university press, p295.

<sup>297</sup> BARNARD C., « Social dumping revisited: some lessons from the Delaware ? », *ECSAs Sixth Bienn. Int. Conf.* 1999.

<sup>298</sup> Voir nos développements en introduction sur les six conditions à satisfaire p9.

<sup>299</sup> DEAKIN S., « Is regulatory competition the future for european integration? », *Swed. Econ. Policy Rev.* 2006.13.71-95.

<sup>300</sup> MADURO M., *We the court: the European Court of Justice and the European Economic Constitution: a critical reading of Article 30 of the EC Treaty*, Oxford : Evanston, Ill., USA, Hart Pub. ; Distributed in the United States by Northwestern University Press, 1998. p137.

et les bénéficiaires de l'opérateur économique. N'oublions pas que cet opérateur agit dans le cadre d'un marché intégré, duquel il reçoit une grande liberté de mouvement. On voit difficilement comment il serait alors possible de réaliser une cohabitation apaisée entre les systèmes, ce que se propose de résoudre le multilevel constitutionalism, en présence d'un tel passager clandestin tirant profit d'un système pour éluder les obligations imposées pour le fonctionnement (ou le financement) de l'autre. Bien au contraire, les systèmes normatifs entrent en conflit, puisque nécessairement, l'un se sentira lésé tandis que l'autre sera réhabilité à sa juste valeur. La mobilité des agents allant en s'accroissant, c'est un spill-over cette fois-ci négatif qui s'enclenche.

## Sous-section 2. Le cas général du passager clandestin en matière de liberté d'établissement : la fraude au droit national

Le cas le plus généralement admis de passager clandestin en matière de liberté d'établissement est donc celui de la fraude au droit national. Mais face à la pluralité des notions que nous allons envisager, il convient tout d'abord de présenter théoriquement ces concepts (I). Ensuite, il faudra s'intéresser à la manière dont la Cour de Justice se saisit de ces mêmes concepts en matière de liberté d'établissement (II).

### I. Présentation théorique des concepts de fraude et d'abus

Le comportement du passager clandestin est donc souvent appréhendé sous l'aspect de la fraude ou de l'abus de droit. En effet, certains opérateurs jouent du rapport de systèmes imbriqués pour tirer un maximum de profits de ces derniers. Gardons ensuite à l'esprit pour le reste des développements la morale de la fable des Abeilles de Bernard Mandeville<sup>301</sup> : « *C'est ainsi que l'on trouve le vice avantageux, lorsque la justice l'émonde, en ôte l'excès, et le lie.* », allégorie de l'utilité sociale de l'égoïsme.

L'analyse de l'égoïsme, dans une dimension juridique, est aussi présente dans la pensée du Doyen Ripert pour qui le droit subjectif est par nature un droit égoïste<sup>302</sup>. À cette analyse s'oppose la théorie de Josserand qui analyse l'abus non pas sous l'angle des rapports sociaux mais plutôt dans le rapport à l'institution qui émet la norme, l'abus de droit est alors « *l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité* »<sup>303</sup>. Dans une perspective plus actuelle, la fraude ou l'abus de droit apparaissent comme les limites

---

<sup>301</sup> MANDEVILLE B., *La fable des abeilles*, Paris, Institut Coppet.

<sup>302</sup> RIPERT G., BOULANGER J., *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 2, n°970.

<sup>303</sup> JOSSERAND L., *Essais de téléologie juridique. théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Dalloz, 2006.

subjectives à l'exercice d'un droit, par nature égoïste<sup>304</sup>. Dans une perspective européenne ensuite, la fraude qui corrompt tout, corrompt aussi « *l'intégration européenne, c'est-à-dire ce lien juridique, économique, social et politique que l'Union, les États membres et les particuliers tissent depuis les origines de la construction communautaire* »<sup>305</sup>. Les études relatives à l'abus ou à la fraude dans le contexte européen sont nombreuses<sup>306</sup>. Aussi seront ici uniquement abordés les points les plus importants dans le cadre de l'étude de la concurrence normative.

Le premier constat qu'il convient de faire est celui du flottement sémantique qui existe à ce sujet : fraude, fraude à la loi, abus de droit... La Cour de Justice emploie en ce sens une formule absolument révélatrice « *les justiciables ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes communautaires* »<sup>307</sup>. On peut néanmoins tenter de distinguer les deux concepts. En effet, la fraude consiste pour un opérateur économique par exemple à revendiquer l'application d'un droit sur une base mensongère, irrégulière. À l'origine de la fraude se trouve donc ce comportement irrégulier entraînant une illégalité. A *contrario*, l'abus consisterait plutôt en une application formellement légale du droit mais pour parvenir à une autre finalité que celle prévue par la règle<sup>308</sup>. Le comportement est donc légal mais irrégulier. L'abus de droit comporte une double dimension dans le cadre du droit de l'Union. Il peut être un abus de droit stricto sensu, c'est-à-dire que l'objet de l'abus est le droit de l'Union lui-même. Mais l'abus de droit peut se comprendre aussi *lato sensu* et recouvrir alors les hypothèses dans le cadre desquelles le droit de l'Union est l'instrument de l'abus, instrument qui permet d'éluder l'application de certaines lois nationales en agissant sur les facteurs de rattachement : on retrouve là une définition de la fraude à la loi en droit international privé classique<sup>309</sup>. Mais identifier l'abus requiert plus de précision.

---

<sup>304</sup> MASTRULLO T., *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, Paul Cézanne- Aix Marseille III, 2009. p 235.

<sup>305</sup> « Introduction » dans, Dominique BERLIN, Francesco MARTUCCI, Fabrice PICOD et CENTRE DE DROIT EUROPEEN (dir.), *La fraude et le droit de l'Union européenne*, coll. Collection droit de l'Union européenne Colloques, n°37, Bruxelles, Bruylant, 2017.

<sup>306</sup> On citera par exemple la thèse très complète de IONESCU R., *L'abus de droit en droit l'Union européenne*, coll. Collection Droit de l'Union Européenne Thèses, n°24, Bruxelles, Bruylant, 2012.

<sup>307</sup> Voir par exemple CJCE, 12 mai 1998, *Alexandros Kefalas*, aff. C-367/96, ECLI:EU:C:1998:222, §20 et jurisprudence citée.

<sup>308</sup> BOUVERESSE Aude., « La fraude dans l'abus », dans Dominique BERLIN, Francesco MARTUCCI, Fabrice PICOD et CENTRE DE DROIT EUROPEEN (dir.), *La fraude et le droit de l'Union européenne*, coll. Collection droit de l'Union européenne Colloques, n°37, Bruxelles, Bruylant, 2017.

<sup>309</sup> CLAVEL S., *Droit international privé*, Dalloz, Hypercours, 2016.



## II. L'identification pratique de la fraude à la loi en matière de liberté d'établissement

Si l'identification pratique de la fraude à la loi et de l'abus en matière de liberté d'établissement est un mécanisme auquel la Cour de Justice semble rompue (A), les systèmes nationaux de droit international privé définissant également une telle fraude semblent, eux, ne pas y résister (B).

### A. L'identification systématique et combinée de la fraude et de l'abus

Si la Cour de Justice a consacré un principe général de lutte contre l'abus de droit<sup>310</sup>, elle a aussi mis en place deux critères pour permettre d'appréhender ce phénomène<sup>311</sup>. Le premier est un critère objectif qui consiste en la constatation selon laquelle, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation européenne, l'objectif poursuivi par cette réglementation n'a pas été atteint<sup>312</sup>. Le critère subjectif, ensuite, résulte de la volonté d'obtenir un avantage de la réglementation communautaire en créant artificiellement les conditions requises pour son obtention<sup>313</sup>. Il est important de noter à ce stade que la Cour n'examine pas toujours de la même manière ces deux critères.

Si le droit de l'Union est l'objet de l'abus (ce cas concerne en particulier le contentieux en matière de TVA<sup>314</sup>), la Cour se penchera surtout sur le premier critère pour contrôler l'opérateur économique. Le critère objectif va prévaloir dès lors que l'opérateur met en danger la réalisation d'un objectif de l'Union<sup>315</sup> et le critère subjectif requiert simplement la démonstration d'un comportement artificiel. Formulé à l'aune de la problématique du passager clandestin, dans ce cas l'opérateur élude le financement de la norme de l'Union en n'atteignant pas l'objectif que celle-ci a fixé.

En revanche lorsque le droit de l'Union est l'instrument de l'abus, la Cour se concentre alors sur le critère subjectif et exige la démonstration du caractère « *purement artificiel* »<sup>316</sup> de la manœuvre de l'opérateur économique, *i.e.* dépourvue de toute réalité économique. En effet dans pareil cas ce dernier utilise le droit de l'Union et participe donc à

---

<sup>310</sup> CJCE, 21 février 2006, *Halifax plc*, aff. C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121.

<sup>311</sup> CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland-Stärke GmbH*, aff. C-110/99, ECLI:EU:C:2000:695.

<sup>312</sup> *ibid.* §52.

<sup>313</sup> *ibid.* §53.

<sup>314</sup> TRAVERSA E., CECI E., « La lutte contre la fraude en droit fiscal », dans Dominique BERLIN, Francesco MARTUCCI, Fabrice PICOD et CENTRE DE DROIT EUROPEEN (dir.), *La fraude et le droit de l'Union européenne*, coll. Collection droit de l'Union européenne Colloques, n°37, Bruxelles, Bruylant, 2017.

<sup>315</sup> Voir par exemple: CJUE, 18 décembre 2014, *Schoenimport « Italmoda »*, aff. C-131/13, ECLI:EU:C:2014:2455.

<sup>316</sup> CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc*, aff. C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, §55.



son application effective<sup>317</sup> ; *a contrario* l'État Membre, prenant des mesures dites « anti-abus » entrave une telle effectivité. Ce sont ces mesures qui feront l'objet de toute l'attention de la Cour. Le caractère purement artificiel est donc difficile à satisfaire, la Cour l'ayant par exemple reconnu dans l'affaire *Diamantis*<sup>318</sup> où un actionnaire minoritaire avait fait usage d'une voie de droit portant un préjudice particulièrement grave aux intérêts légitimes d'autrui (à savoir les actionnaires d'une société au bord de la cessation de paiements). On retrouve donc un comportement typiquement frauduleux<sup>319</sup>, qui permettra de satisfaire le critère subjectif de l'abus. La fraude se trouve donc absorbée par le concept d'abus<sup>320</sup>.

## B. Le conflit de systèmes entre le droit international privé des États Membres et le droit de l'Union

Cet aparté sur la fraude et l'abus, bien que relativement expéditif, démontre toutes les tensions qui peuvent exister autour de ces concepts. Il convient de rappeler une fois de plus le conflit qui peut exister entre cette appréhension de droit de l'Union et celle de droit international privé de la fraude. Dans une dimension conciliatrice, Michel Menjuq parle par exemple de mobilité frauduleuse<sup>321</sup> en distinguant sous ce concept la fraude à la loi (éluder l'application d'une règle comme dans les affaires *Centros* ou *Cadbury Schweppes*) et la fraude aux droits des tiers (alors typiquement le cas *Diamantis*). Il convient effectivement de noter que même si le droit de l'Union dans le contrôle des mesures anti-abus s'intéresse au droit matériel des États Membres, les règles nationales de conflit de loi ne sont pas à l'abri d'un tel contrôle<sup>322</sup> : ainsi ce qui peut être perçu comme une fraude au sens de la règle de conflit de loi serait en fait une mise en œuvre pleine et entière d'une liberté de circulation offerte par le traité<sup>323</sup>. Dès lors opérer une distinction entre la fraude à la loi et aux droits des tiers permet une conciliation plus satisfaisante avec la jurisprudence de la Cour, mais

---

<sup>317</sup> PESCATORE P., *Études de droit communautaire européen, 1962-2007: avec une liste bibliographique complémentaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008.p43 où l'auteur discute de l'idée de finalité et d'effet utile dans la jurisprudence de la Cour.

<sup>318</sup> CJCE, 23 mars 2000, *Dyonisios Diamantis*, aff. C-373/97, ECLI:EU:C:2000:150.

<sup>319</sup> Pour une même définition reposant sur l'atteinte aux intérêts des tiers on peut citer l'affaire Clément Bayard, Cour de Cassation, 1ère civ, 3 août 1915, n°00-02378 . Jossierand considère lui que l'intention de nuire est « le centre de gravité de la théorie de l'abus de droit ».

<sup>320</sup> BOUVERESSE A., « La fraude dans l'abus », dans Dominique BERLIN, Francesco MARTUCCI, Fabrice PICOD et CENTRE DE DROIT EUROPEEN (dir.), *La fraude et le droit de l'Union européenne*, coll. Collection droit de l'Union européenne Colloques, n°37, Bruxelles, Bruylant, 2017.

<sup>321</sup> MENJUCQ M., *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 285, Paris, L.G.D.J, 1997. p380.

<sup>322</sup> *op.cit* , IONESCU R., *L'abus de droit en droit l'Union européenne*, n°306.

<sup>323</sup> Pour un exemple en droit de la famille : CJCE, 23 septembre 2003, *Secretary of State for the Home Department contre Hacene Akrich*, aff. C-109/01, ECLI:EU:C:2003:491.

aussi, dans la dimension du multilevel constitutionalism, de réaliser une coexistence normative apaisée. Cette réorganisation normative témoigne d'une nouvelle propriété actuelle de la norme : celle-ci dispose d'un domaine de validité relatif dans l'espace et selon l'échelle et le prisme adoptés, sa validité pourrait être remise en cause.

Une fois encore, la présence même de l'article 54 TFUE fait de la liberté d'établissement des personnes morales un exemple particulièrement intéressant : la tension entre les règles matérielles nationales, les règles de conflit et la liberté d'établissement se retrouvent au sein du même article. Cette tension était déjà sous-jacente dans l'affaire originelle<sup>324</sup>, *Centros*, et plus encore dans les conclusions de Monsieur l'Avocat Général La Pergola<sup>325</sup>. Elle se caractérise par la balance qui est faite entre d'une part l'effectivité du droit de l'Union européenne ainsi que la protection, pour reprendre les termes de l'Avocat Général, de « l'opportunité d'une initiative économique » dont jouit l'opérateur-passager clandestin et, d'autre part, la protection d'intérêts nationaux voire européens qui permettent un fonctionnement efficace du bien public-norme. Mais jusqu'où vraiment la Cour de Justice peut-elle aller pour préserver l'effectivité du droit de l'Union ? Jusqu'où peut-elle tolérer la mise en conflit, par le passager clandestin, des systèmes normatifs ?

Sous-section 3. La faillite de la personne morale ou le conflit de systèmes à son paroxysme

Répondre à ces questions peut nécessiter une analyse théorique poussée. Mais répondre à ces questions peut aussi se faire par un exemple éloquent. C'est en ce sens que l'étude se portera désormais sur l'insolvabilité de la personne morale. L'étude de l'insolvabilité nous semble, à ce stade, pertinente pour de nombreuses raisons qu'il faudra présenter (I) avant de présenter le conflit de systèmes (II) et les solutions envisagées pour l'apaiser (III).

#### I. De l'intérêt d'étudier la faillite de la personne morale

Au delà de l'*argumentum ad novitatem*, la problématique de la faillite de la personne morale pose d'abord un problème de champ d'application : en adoptant le même schéma que l'Avocate Générale Kokott dans ses conclusions sous l'affaire *Polbud*, on peut se demander ce qu'il reste de l'établissement effectif, de l'interpénétration économique et

---

<sup>324</sup> *op.cit.*, D'AVOUT L., « Vers l'itinérance inconditionnelle (ou nomadisme) des sociétés en Europe ? », n°278.

<sup>325</sup> Conclusions de Monsieur l'Avocat Général La Pergola sous l'affaire C-212/97, §20.

sociale lorsqu'une société fait faillite ? On conçoit avec plus de clarté la prégnance du débat lorsqu'on oppose les affaires *Vale* et *Polbud* mais aussi les affaires *Centros* et *Factortame II*<sup>326</sup>. Dans l'affaire *Factortame*, la Cour de Justice a pu affirmer que la notion d'établissement comporte « l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans un autre État membre pour une durée indéterminée »<sup>327</sup>. Cette affirmation est totalement passée sous silence dans l'affaire *Centros*, même si l'on peut expliquer cet oubli par l'objet du litige. Dans l'affaire *Factortame*, était en effet en jeu le champ d'application personnel de l'article 49, l'affaire *Centros* concernait le contenu matériel de la liberté d'établissement<sup>328</sup>. Mais ce contenu contient-il, pour l'opérateur économique, la faculté de faire faillite là où il le souhaite ?

Ensuite, le droit de l'insolvabilité est un droit essentiellement procédural<sup>329</sup>. Dans ce cadre le choix du for est primordial. La règle de conflit principale est en effet celle de la *lex fori concursus*<sup>330</sup>, i.e. la loi du for s'appliquera à la procédure<sup>331</sup>. Dès lors, en cas de manipulation (frauduleuse) le « shopping » est double : un forum shopping s'accompagnera toujours d'un law shopping<sup>332</sup>. Formulé autrement, la fraude à la compétence, c'est-à-dire la manipulation du critère de rattachement afin d'obtenir la compétence d'une juridiction<sup>333</sup>, constitue l'élément matériel de la fraude à la loi.

Ajoutons à cela l'importante superposition des ordres juridiques en matière d'insolvabilité. La liberté d'établissement peut trouver à s'appliquer, tout comme des textes de droit dérivé adoptés suite à la communautarisation, par le traité d'Amsterdam, de la coopération judiciaire en matière civile nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur<sup>334</sup>. Mais on trouve aussi du droit national et même du droit local<sup>335</sup>.

Enfin l'étude de l'insolvabilité est intéressante en ce qu'elle s'oppose aux types de mobilités habituellement rencontrées. En effet, la majorité des affaires jusqu'ici envisagées témoigne d'un déplacement de sociétés qui choisissent de s'incorporer dans un état

---

<sup>326</sup> CJCE, 25 juillet 1991, *The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd et autres*, aff. C-221/89, ECLI:EU:C:1991:320, l'affaire concernait l'immatriculation de bateaux de pêches britanniques.

<sup>327</sup> §20 de l'arrêt.

<sup>328</sup> LOUIJESTIN-CLEARIE A., « Centros Ltd- a complete U-Turn in the right of establishment for companies ? », *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 49, No. 3 (Jul., 2000), pp. 621-642.

<sup>329</sup> LEGAIS D., *Droit commercial et des affaires*, SIREY, 2017. §1004 et suivants.

<sup>330</sup> Par exemple: article 7 du Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, (2015) OJ L, 32015R0848.

<sup>331</sup> *op.cit.*, CLAVEL S., *Droit international privé*, Dalloz, 2016. §887

<sup>332</sup> VAREILLES-SOMMIERES P., « Le forum shopping devant les juridictions françaises », (1999) 1998-1999 *Trav. Com. Fr. Droit Int. Privé* 49-82.

<sup>333</sup> *op.cit.*, CLAVEL S., *Droit international privé*, Dalloz, 2016.

<sup>334</sup> Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, (2015) OJ L, 32015R0848.

<sup>335</sup> Voir par exemple les articles L670-1 Code de Commerce et suivant sur les dispositions dérogatoires particulières aux départements de Moselle, du Bas Rhin et du Haut Rhin.

pratiquant la théorie de l'incorporation puis orientent leurs activités vers les autres États Membres de l'Union. Or en matière d'insolvabilité, la ligne de démarcation est toute autre. Il existe par exemple une très nette opposition entre le droit français et le droit allemand de l'insolvabilité : le premier se donne pour objectif de sauver, autant que faire se peut, l'activité de l'entreprise<sup>336</sup>. Le second se concentre surtout sur la satisfaction des créanciers<sup>337</sup> et appréhende le droit de l'insolvabilité comme une voie d'exécution et non comme une branche du droit commercial<sup>338</sup>.

Cela nous amène au dernier point expliquant l'intérêt de l'insolvabilité, c'est-à-dire l'orientation vers de nouveaux intérêts à protéger. La notion d'insolvabilité n'est pas présente dans les arrêts précités de la Cour mais transparait sans doute dans certaines raisons impérieuses d'intérêt général mises en avant par les États Membres, notamment la protection des créanciers<sup>339</sup>. Louis D'Avout note<sup>340</sup> que cette problématique affleure dans l'arrêt *Polbud* au point 55 lorsque la Cour affirme que la liberté d'établissement ne s'oppose pas, « *en principe, à des mesures d'un État membre visant à ce que les intérêts des créanciers, des associés minoritaires ainsi que des travailleurs d'une société, qui a été constituée conformément à son droit **et continue à exercer ses activités sur le territoire national, ne soient pas indûment affectés par le transfert du siège statutaire de cette société et sa transformation (...)*** ». Cette problématique était aussi présente dans les conclusions de l'Avocat Général La Pergola dans l'affaire *Kefalas*<sup>341</sup>. La protection des intérêts créanciers dans le cadre de la procédure d'insolvabilité ainsi que le maintien de leur égalité constitue par ailleurs « *l'âme des procédures collectives* »<sup>342</sup>. Le droit de l'Union est conscient de cet impératif et l'a intégré dans sa production normative qui aménage des règles de conflit de loi en la matière<sup>343</sup>.

---

<sup>336</sup> Voir par exemple l'article L620-1 code de commerce sur la procédure de sauvegarde « Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. ».

<sup>337</sup> Voir par exemple §1 du InsO : « Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen. » (L'objectif de la procédure d'insolvabilité est de satisfaire ensemble tous les créanciers du débiteur).

<sup>338</sup> DELZANT E., « Étude comparative de la pratique des restructurations en France et en Allemagne », (2014) 1 *RPC*. 15-18; MENJUCQ M., « La compétitivité des principaux droits de l'insolvabilité européens : étude comparée des droits français, allemand et britannique », (2012) 5 *RPC*. 59-68.

<sup>339</sup> Voir par exemple : arrêt *Polbud* §54, arrêt *Sevic Systems* §28.

<sup>340</sup> D'AVOUT L., « Vers l'itinérance inconditionnelle (ou nomadisme) des sociétés en Europe ? », *RDS*, (2017) 43.

<sup>341</sup> Conclusions de Monsieur l'Avocat Général La Pergola sous l'affaire C-367/96.

<sup>342</sup> KLEIDER E., *L'égalité des créanciers dans les faillites internationales franco-suisse*, Strasbourg, 2015. et SOINNE B., « Le bateau ivre », *RPC*, 1997, p105

<sup>343</sup> Voir par exemple considérant 11 du règlement 2015/848.

## II. Présentation du conflit normatif suscité par les passagers clandestins

La situation est donc la suivante : la gestion de l'insolvabilité fait apparaître une pluralité de systèmes normatifs, implique de lutter contre des comportements remettant en cause des intérêts intégrés tant par le droit des États Membres que le droit de l'Union, invite à reconsidérer la partition (et la conciliation) normative entre ces mêmes États Membres mais aussi le champ d'application global de la liberté d'établissement.

Dès lors, il est possible d'aboutir à un conflit de systèmes normatifs lorsqu'il sera question pour un débiteur de déplacer son centre des intérêts principaux<sup>344</sup>, qui est le facteur de rattachement choisi par le règlement insolvabilité<sup>345</sup> mais qui ne coïncide pas tout à fait avec les critères siège réel/siège statutaire. En effet même si le règlement pose une présomption réfragable à propos du siège statutaire<sup>346</sup>, le critère du centre des intérêts principaux fait l'objet d'une interprétation autonome.

Toujours est-il qu'un tel déplacement peut se faire en usant de sa liberté d'établissement *via*, par exemple, l'opération de la transformation transfrontalière, ce déplacement pouvant être motivé par la volonté de se voir appliquer un droit moins contraignant. Cette éventualité se produit, à intervalles réguliers, devant la Cour d'Appel de Colmar qui, statuant sur la compétence des juges du fond, est confrontée au déplacement de débiteurs allemands. Néanmoins, il faut noter avec quelle rigueur la Cour d'Appel sanctionne un tel déplacement. Si dans certains cas, les manœuvres mises en place visent clairement à nuire aux intérêts des créanciers<sup>347</sup> pour reprendre les termes de l'arrêt *Diamantis*, il en est d'autres où il est permis de douter de l'existence de telles manœuvres<sup>348</sup>. Mais la juridiction maintient sa ligne jurisprudentielle, au point même de faire peser une présomption de fraude en raison de la nationalité du débiteur<sup>349</sup>. Le déplacement du centre des intérêts principaux avant l'ouverture d'une procédure fait donc peser sur le débiteur une présomption de forum (et par extension *law shopping*<sup>350</sup>, déplacement qui se fait, devons-nous le rappeler, au moyen de la liberté d'établissement.

---

<sup>344</sup> Cette notion fait l'objet d'une interprétation autonome; CJCE, 2 mai 2006, *Eurofood IFSC Ltd*, aff. C-341/04, ECLI:EU:C:2006:281.

<sup>345</sup> Article 3 règlement 2015/848 et par extension article 7 du même règlement.

<sup>346</sup> Considérant 30 du règlement 2015/848.

<sup>347</sup> Par exemple CA Colmar 2 février 2010 ou Cass Com 15 février 2011, n°10-13.832.

<sup>348</sup> CA Colmar, 1<sup>re</sup> ch. civ., sect. A, 26 juin 2013, n° 13/00143, *JurisData*, n° 2013-024482 ; *Rev. proc. coll.*, n° 1/2014, comm. 11, obs. M. Menjucq.

<sup>349</sup> VALLANSSAN J., « Le droit français de l'insolvabilité est attractif, surtout le droit d'Alsace-Moselle pour les frontaliers personnes physiques, à condition de ne pas en abuser ! », *LAPC*, n°5, mars 2011.

<sup>350</sup> CUNIBERTI G., *Droit européen de l'insolvabilité: règlement (UE) 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité*, 2017. §191 et suivants.

Certains auteurs notent effectivement qu'une application trop stricte de la notion de fraude pourrait limiter une telle liberté<sup>351</sup>. Mais la balance entre le maintien de l'effectivité des différents systèmes normatifs est complexe à réaliser : il faut parvenir à maintenir toute la portée et la valeur intégrative de la liberté d'établissement (qui peut être discutée lorsque la société se déplace pour faire faillite), tout en ne remettant pas drastiquement en cause les mécanismes de protection des créanciers mis en place, tant à l'échelle européenne que nationale, et en premier lieu *via* le règlement 2015/848. À cela s'ajoute la gestion de l'insolvabilité en tant que telle, avec les conséquences économiques et sociales qui s'y attachent.

La Cour de Justice, quant à elle, livre une application plus nuancée. Ainsi, en matière d'insolvabilité, le critère subjectif semble requérir uniquement la démonstration d'un comportement artificiel, et non purement artificiel<sup>352</sup>. Le critère subjectif est donc relativisé et le critère objectif semble prendre le dessus. Or tel était le cas lorsque le droit de l'Union était l'objet de l'abus. Mais le droit de l'Union est-il vraiment, dans notre cas, l'objet de l'abus ? Certes, l'opérateur abuse ici de la règle de compétence fixée dans le règlement insolvabilité, mais *a contrario* du contentieux en matière de TVA<sup>353</sup>, cette règle ne fixe aucun contenu matériel. Dans les faits l'opérateur instrumentalise la liberté d'établissement du droit primaire pour éluder, par application des critères du droit dérivé, un droit national de l'insolvabilité. Dans une formulation différente, on peut affirmer que les opérateurs économiques, profitant du défaut d'accoutance du critère du centre des intérêts principaux dans le cadre plus global de la liberté d'établissement peuvent choisir la norme applicable à leur insolvabilité, malgré la présence d'une norme de droit de l'Union<sup>354</sup>. Ce dernier est donc à la fois l'objet et l'instrument de l'abus : l'opérateur abuse du critère de répartition normative en instrumentalisant sa liberté de circulation. En se comportant en passager clandestin, il profite d'une imbrication maximale des ordres juridiques pour tirer profit du bien public-norme et ainsi éluder la contribution au bon fonctionnement de celle-ci, *i.e.* la contrepartie que constitue la préservation des intérêts des tiers, en l'espèce les créanciers.

---

<sup>351</sup> VALLENS J-L., « Forum shopping », (2009) 5 *Cah. Droit Entrep.*

<sup>352</sup> Voir par exemple CJUE, 8 juin 2017, *Vinlys Italia*, aff. C-54/16, ECLI:EU:C:2017:433, §55 à propos de l'article 13 du règlement 1346/2000 (nouvel article 16 du règlement 848/2015).

<sup>353</sup> *op.cit.*, TRAVERSA E., CECI E., « La lutte contre la fraude en droit fiscal », n°314.

<sup>354</sup> CARPANO E., « La concurrence réglementaire entre law shopping et dérégulation compétitive », dans *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, coll. Collection Europe(s), Bruxelles, Larcier, 2016. et EIDENMÜLLER H., « Free choice in international company insolvency law in Europe », *EBOLR*, vol 6, n°3, 2005, pp 423-448.

### III. Les tentatives de dépassement des conflits normatifs

Il existe plusieurs tentatives de dépassement du conflit normatif qui se présente en la matière. La première solution serait de repenser le concept de fraude (A), la seconde serait d'opérer une rationalisation normative (B).

#### A. Repenser le concept de fraude

Cette contradiction, ce conflit, invite sans doute à repenser le concept de fraude. Etienne Pataut note que, en se fondant sur la liberté d'établissement, la Cour de Justice a vidé le concept de fraude à la loi « *d'une grande partie de sa substance* »<sup>355</sup>. Certains auteurs souhaiteraient alors voir émerger le concept de fraude au droit des tiers, comme évoqué précédemment<sup>356</sup>. Dans ce cadre, si les juridictions nationales sanctionnent trop strictement la fraude à la loi, elles contreviendraient à la liberté d'établissement. *A contrario* si elles se fondent sur la fraude au droit des tiers, une plus large marge de manœuvre serait autorisée puisqu'elles protègent ainsi un intérêt tant national qu'euro péen. Cette marge de manœuvre est confortée par le fait que, en agissant *ex post via* un contrôle juridictionnel, au cas par cas, la tentation d'une présomption générale est écartée, présomption qui ne passera jamais le test de proportionnalité imposé par la Cour de Justice<sup>357</sup>. Ainsi lorsque cette dernière laisse la possibilité aux autorités des États Membres de prendre toutes mesures pour sanctionner la fraude<sup>358</sup>, elle s'adresserait dans les faits prioritairement aux juridictions nationales<sup>359</sup>.

Cette proposition, formulée autrement, invite à considérer que les mécanismes de protection, *ex ante*, des créanciers, contenus dans les ordres juridiques nationaux, sont mis en danger par la jurisprudence de la Cour de Justice et le comportement des passagers clandestins; le conflit de systèmes normatifs a entraîné leur disparition, la jouissance du bien public-norme l'a emporté face à la contribution au bon fonctionnement de celle-ci. *A contrario*, les mécanismes de correction *ex post* des juridictions ont plus de chance de survie. Pour garantir l'effectivité du droit de l'Union, les États Membres sont invités à « expulser » ces mécanismes vers le droit de l'insolvabilité<sup>360</sup>, et plus globalement à repenser leur offre

---

<sup>355</sup> Note Pataut sous l'arrêt Inspire Art p493.

<sup>356</sup> MARSULLO T., *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, Paul Cézanne- Aix Marseille III, 2009.

<sup>357</sup> Voir par exemple l'arrêt *Polbud* §63 ou l'arrêt *National grid Indus* §84.

<sup>358</sup> Voir arrêt *Centros*, §39.

<sup>359</sup> DOM J-P., « Société à l'étranger et succursale chez soi: le law shopping communautaire », (1999) 6 *BMIS* 705–712. On peut aussi se reporter au considérant 30 du règlement 2015/848.

<sup>360</sup> COTIGA A., *Le droit européen des sociétés: compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2013.



normative. La liberté d'établissement telle que mise en œuvre par la Cour de Justice impacte donc les mécanismes de droit international privé des États Membres<sup>361</sup> mais aussi leur ordre normatif dans sa globalité, ce qui nous invite à affirmer que le droit de l'Union gagnerait sans doute à s'intéresser, dans une dimension de droit comparé, aux systèmes normatifs nationaux.

Il nous semble que la remise en cause du concept de fraude pourrait être un remède, mais celui-ci aurait le défaut d'être ponctuel puisqu'en adéquation uniquement avec l'insolvabilité de la personne morale. Or s'il s'agit là d'un cas de conflit de systèmes, il n'est pas le seul et l'on voit difficilement par exemple comment le concept de fraude au droit des tiers pourrait s'appliquer lorsqu'il s'agit d'éluder une norme environnementale<sup>362</sup>. Par ailleurs, si intervenir *ex post* présente le mérite de la proportionnalité, cette intervention ne fait pas disparaître le conflit mais a simplement vocation à le résorber et le financement du bien public-norme sera, lui, éludé.

À propos du droit comparé, on peut également noter un certain progrès sur ce point, le règlement insolvabilité refondu aménageant une durée de présomption pour le déplacement du siège<sup>363</sup> qui témoigne sans doute de la prise en compte de ces systèmes normatifs nationaux<sup>364</sup>. Le droit de l'Union se montre ainsi plus enclin à empêcher les passagers clandestins de profiter du bien public-norme tout en éludant la contribution à son fonctionnement, *i.e.* à empêcher les passagers clandestins à remettre en cause l'ordre normatif étatique.

#### B. La rationalisation normative de la liberté d'établissement des personnes morales

Mais repenser le concept de fraude n'est pas un remède global à ce qu'Andra Cotiga qualifie d'« *altération des méthodes de protection des créanciers dans l'Union Européenne sous l'emprise de la jurisprudence de la Cour de Justice relative à la liberté d'établissement des sociétés* ». Certains auteurs, dans une volonté de réorganisation des systèmes normatifs,

---

<sup>361</sup> Pour un aperçu global, mais se concentrant uniquement sur le test de non-discrimination : PULJAK M-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

<sup>362</sup> Voir par exemple à propos de l'attribution d'un bonus écologique lors de l'immatriculation de véhicules étrangers: CJUE, 6 octobre 2011, *Bonnarde contre Agence de services et de paiement*, aff. C-443/10, ECLI:EU:C:2011:641.

<sup>363</sup> Considérant 31 et article 3§1 du règlement 2015/848.

<sup>364</sup> COTIGA A., *Le droit européen des sociétés: compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2013. §566.



proposent alors d'adopter la théorie de la partition normative<sup>365</sup> qui consiste à isoler la liberté d'établissement du droit de l'insolvabilité et à concentrer la première uniquement sur le droit substantiel des sociétés. On peut formuler deux critiques à l'égard de cette théorie.

La première tient au fait que la Cour de Justice s'attache uniquement au contenu matériel de la législation en cause, à son caractère entravant et non à la qualification qu'elle reçoit en droit interne<sup>366</sup>.

Ensuite la seconde critique tient à la limite de cette théorie : jusqu'où doit-on alors vider la liberté d'établissement de sa substance ? Cette dernière a été pensée dans le cadre de l'élaboration globale d'un marché intérieur et non de manière sectorielle. Certes, la présence de passager clandestin met en échec les bénéfices d'une telle élaboration et suscite une tension entre les systèmes normatifs des États Membres. Mais doit-on se satisfaire d'une stricte partition pour empêcher une sorte de contamination ? Aussi, si le droit de l'insolvabilité doit être exclu, doit-on en faire de même avec le droit social<sup>367</sup> ? Avec le droit de la construction ou de l'environnement ?<sup>368</sup> La théorie de la partition normative offre une solution partielle aux problèmes que suscite la présence de passagers clandestins. Elle préfère une mise en quarantaine des droits nationaux pour éviter une contagion de l'esprit de mobilité européen. Nous ne partageons pas cette volonté. Certes les opérateurs économiques peuvent en venir à abuser du système normatif intégré que constitue le marché intérieur, à déséquilibrer ce système, mais ils participent aussi à son élaboration *via* la mise en œuvre du fédéralisme compétitif sur le marché intérieur de la norme. Celui-ci présente certaines limites qui ne se satisfont pas d'une approche pointilleuse et de concepts de guérison *ex-post* d'un ordre normatif ébranlé. Bien au contraire, le marché intérieur peut tirer profit de la concurrence normative, mais cela invite à se placer dans une logique refondatrice. Aussi cette théorie néglige totalement l'implication d'une multitude d'autres acteurs, on en vient alors à se demander, comme S. Deakin et Z. Adams « *Whether the Court*

---

<sup>365</sup> ARMOUR J., *Who Should Make Corporate Law? EC Legislation Versus Regulatory Competition*, SSRN Scholarly Paper, ID 860444, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2005.

<sup>366</sup> Voir par exemple l'affaire *Inspire Art* où le gouvernement néerlandais et le registre des sociétés soutiendront que les règles en cause ne concernent ni la constitution ni l'immatriculation des sociétés. La Cour balayera cet argument au point 100 de son arrêt en tenant exclusivement compte du fait que ces règles s'appliquent effectivement pour en examiner ensuite leur caractère entravant.

<sup>367</sup> Voir notamment les affaires : CJCE, 11 novembre 2007, *Viking Line*, aff. C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, aff. C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809.

<sup>368</sup> Voir par exemple : CJUE, 24 mars 2011, *Commission Européenne c./ Royaume d'Espagne*, aff. C-400/08, ECLI:EU:C:2011:172; plus récemment : CJUE, 26 avril 2018, affaires jointes C-233 à 237/16 : *Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED)/Generalitat de Catalunya (C-233/16)*, *Consejería de Economía y Hacienda del Principado de Asturias (C-234/16)*, *Consejo de Gobierno del Principado de Asturias (C-235/16)*, *Diputación General de Aragón (C-236/16)* et *Diputación General de Aragón (C-237/16)*.

*is the right institution to decide the future of a complex social-political compromise such as codetermination is open to question »<sup>369</sup>.*

Finalement, on constate que si le critère du siège réel avait semblé, dans les premiers temps de la construction européenne, être un obstacle à la mise en œuvre d'un véritable fédéralisme compétitif, ce sont surtout les passagers clandestins qui, tirant profit de la superposition des systèmes normatifs au sein de l'Union Européenne, remettent le plus en cause un tel modèle. En effet, si la théorie du siège réel peut être une entrave à l'émergence d'un marché de l'incorporation, elle n'a jamais été véritablement et frontalement remise en cause, tout au plus ce sont ses applications les plus extrêmes qui ont été nuancées par la Cour de Justice. Au contraire, on l'a vu, la présence de passagers clandestins met directement en cause les systèmes de droit international privé des États Membres, mais aussi une partie de leur arsenal législatif comme le droit de l'insolvabilité. Si dans le cadre de l'application de la théorie du siège réel, l'Union ne trouvait aucun profit direct, en ce sens que toutes les règles alors en cause relevaient du droit national, tel n'est pas le cas pour la problématique des passagers clandestins qui remettent en cause le système normatif du marché intérieur dans son intégralité.

Le fédéralisme compétitif, en tant que forme primitive de concurrence normative, a permis de nombreuses avancées sur le marché intérieur dans le sens d'une intégration négative toujours plus poussée. L'accès au marché et la reconnaissance automatique des sociétés sont deux victoires de taille face aux entraves à l'émergence d'un véritable marché commun sur lequel les personnes morales peuvent librement s'établir. Les inflexions législatives qu'un tel mouvement a incité sont autant de flexibilisations et de facilitations dans le sens d'une mobilité accrue pour permettre aux sociétés de profiter pleinement du cadre européen. Néanmoins, si le fédéralisme compétitif a permis de nombreuses avancées, il a aussi été confronté à certaines limites provenant des offreurs de norme que sont les États Membres comme des demandeurs que sont les opérateurs économiques. La première limite, celle de la théorie du siège, semble cependant, au fil de la jurisprudence de la Cour, ne plus vraiment constituer un obstacle à la mobilité des sociétés. Mais si elle ne constitue

---

<sup>369</sup> ADAMS Z., DEAKIN S., «*Freedom of Establishment and regulatory competition*», dans *The Oxford handbook of European Union law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

plus une limite, elle démontre néanmoins le caractère obsolète du fédéralisme compétitif puisqu'elle remet en cause sa grille de lecture et ses présupposés.

En outre, on peut craindre avec raison les limites provenant des demandeurs qui, par une remise en cause des ordres normatifs, peuvent engendrer une allocation inefficace de la norme<sup>370</sup>, *i.e.* une norme qui produit finalement plus d'externalités négatives que positives pour l'État Membre qui l'émet. Si certaines solutions ont été avancées pour permettre de remédier à certaines de ces limites, l'esprit même de la construction européenne nous invite à formuler une réponse plus ambitieuse qui consiste à repenser la concurrence normative, dans une dimension moins frontale et uniaxiale que celle offerte par le fédéralisme compétitif, mais au contraire plus ouverte sur les acteurs et sur les sources mobilisables pour offrir, au sein de l'unité européenne, une diversité de solutions.

---

<sup>370</sup> Simon DEAKIN, « Legal Diversity and Regulatory Competition: Which Model for Europe? », (2006) 12-4 *Eur. Law J.* 440-454.

### CHAPITRE 3. LES FONDEMENTS D'UNE NOUVELLE CONCURRENCE NORMATIVE EN MATIERE DE LIBERTE D'ETABLISSEMENT : LE DEPASSEMENT DU FEDERALISME COMPETITIF

Poser les fondements d'une nouvelle concurrence normative nécessite de se rappeler les conditions mises en exergue en introduction quant à ce que devrait nécessairement aborder ce modèle. Ainsi, nous avons tout d'abord envisagé l'émergence d'une concurrence normative en trois dimensions : une concurrence horizontale classique entre les États Membres, une concurrence verticale entre l'Union et ces mêmes États Membres et une concurrence conglomérale entre le système de l'Union et d'autres systèmes normatifs.

Cependant, il est tout aussi nécessaire de ne pas perdre de vue la méthode d'analyse que nous avons mise en œuvre dans nos développements à savoir l'appréhension des interactions à l'aune de la concurrence, normative dans le cas qui nous occupe. Examinant les différents remèdes employés pour réguler en des termes concurrentiels un marché, nous pouvons établir la distinction suivante.

Pour poser les fondements d'une nouvelle concurrence normative, on peut tout d'abord penser à poser certaines bases pour influencer, en termes de contenu, sur les pratiques normatives anticoncurrentielles. L'objectif serait d'examiner comment, avec quels outils d'ordre matériels, il est possible d'intervenir sur le marché intérieur de la norme (Section 1). Cette problématique permet alors d'appréhender plus finement les méthodes de l'Union Européenne pour agir dans le cadre de sa propre concurrence normative.

Mais poser les bases d'une nouvelle concurrence normative en s'intéressant uniquement aux pratiques normatives ne suffit pas. Il convient d'élargir notre appréhension du marché intérieur pour s'intéresser aux acteurs et à leurs comportements sur ce marché, au delà du contenu qu'ils donnent à leurs agissements. La problématique des remèdes comportementaux permettra de compléter le modèle de la concurrence normative au sein de l'Union Européenne (Section 2).

#### SECTION 1. Influencer sur le contenu des pratiques normatives anticoncurrentielles

Tenter de dépasser le modèle du fédéralisme compétitif impose de rechercher une alternative viable en ce qui concerne les pratiques normatives qui pourraient s'avérer anticoncurrentielles. Par pratiques on entend le contenu des agissements qui peuvent effectivement être réalisés sur le marché de la norme que constitue le marché intérieur de l'Union Européenne. En effet, abstraction faite des agents dont l'attitude vis-à-vis de ces pratiques sera évoquée ultérieurement, il convient de donner une base de raisonnement pour appréhender le contenu matériel de ces pratiques. Le fédéralisme compétitif offrait un

schéma assez prosaïque : les demandeurs étant libres de circuler sur le marché, les offreurs-États membres entraient alors en concurrence normative pour attirer sur leur territoire, dans leur ordre juridique la réalisation de certaines opérations et dans notre cas l'établissement d'une société, d'une filiale ou d'une succursale. La Cour de Justice venait alors encadrer les comportements de ces différents acteurs, qu'ils s'agissent des offreurs ou des demandeurs, au moyen de l'interprétation des Traités. L'encadrement des pratiques se faisait entre des offreurs en horizontalité, principalement sous l'égide de la Cour. Repenser le fédéralisme compétitif invite à envisager d'autres acteurs, d'autres méthodes qui finalement pourraient aboutir à d'autres résultats.

Dans le cadre de l'Union Européenne, dépasser le fédéralisme compétitif appelle à plus de finesse dans le raisonnement. La structure constitutionnelle de l'Union Européenne, en ce qu'elle repose éminemment sur le concept d'intégration<sup>371</sup>, appelle la première précaution de la compétence. En effet, si le modèle de fédéralisme compétitif prenait pour exemple le modèle américain et sa répartition fédérale des compétences, la question de la répartition des compétences est relativement plus complexe en ce qui concerne l'Union Européenne mais aussi la nouvelle forme de concurrence normative qu'elle pourrait inspirer (Sous-section 1).

La question de la compétence éludée, on en viendra plus facilement à s'interroger sur les instruments qui pourraient être employés par l'autorité ainsi désignée (Sous-section 2). En effet, si le fédéralisme compétitif mis en mouvement par l'interprétation de la Cour reposait essentiellement sur le Traité et la législation des États Membres, dépasser le fédéralisme compétitif invite à se saisir de nouveaux instruments.

Finalement, il sera alors temps de tirer les premiers enseignements d'un tel dépassement, *i.e.* il conviendra d'envisager à quels résultats nous mènent l'exercice d'une compétence au moyen de ces instruments (Sous-section 3). On verra alors dans quelle mesure les institutions de l'Union Européenne ont déjà, à leur manière, dépassé le modèle du fédéralisme compétitif.

---

<sup>371</sup> SIMON D., *Le système juridique communautaire*, PUF, 2001, 3ème édition, §51 et suivant.

## Sous section 1. La répartition des compétences en matière de concurrence normative

Il a déjà été affirmé que la question de la compétence dans le cadre de l'Union Européenne est épineuse<sup>372</sup>. Mais on pourrait aussi dire, dans le cadre de la concurrence normative, que la compétence est à l'Union Européenne ce qu'est Éris à la mythologie grecque : la discorde<sup>373</sup>. L'objet de ces développements sera précisément de rappeler tout d'abord comment se répartissent habituellement ces épineuses compétences entre l'Union Européenne et les États Membres, et surtout selon quels critères (I). Ensuite il faudra envisager, *via* les critères ainsi dégagés comment se répartissent alors les compétences à l'aune de la concurrence normative en matière de liberté d'établissement des personnes morales (II).

### I. La répartition traditionnelle des compétences dans l'ordre juridique de l'Union Européenne

En dépit du classicisme du sujet, présenter la répartition traditionnelle des compétences est nécessaire et impose de rappeler les principes fondateurs qui en gouvernent l'exercice et la répartition (A). Mais ces principes n'offrent une image que partielle de la compétence, celle-ci connaissant des variations dans sa pratique (B). Enfin, aborder le thème de la liberté d'établissement et plus globalement du marché intérieur nous invite à préciser le concept dynamique de la compétence partagée (C).

#### A. La notion de compétence et les principes fondateurs

La notion de compétence peut être très simplement définie comme étant le titre juridique qui habilite son titulaire à exercer le pouvoir d'adopter des actes produisant des effets de droit<sup>374</sup>. Dans le cadre de l'Union Européenne ce titulaire est alors un organe, un organisme ou une institution. Autour de la compétence se trouvent en orbite trois principes fondamentaux, au sens premier du terme. Le premier est le principe d'attribution, qui implique donc que l'Union Européenne ne dispose que des compétences qui lui sont

---

<sup>372</sup> Jean-Paul Jacqué a pu faire remarquer le rôle important joué par l'Allemagne pour une rationalisation accrue de la répartition des compétences dans le cadre de la Convention sur l'avenir de l'Europe : JACQUÉ J-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 2015, 8<sup>ème</sup> édition.

<sup>373</sup> Dans la mythologie grecque, Éris est la déesse ayant jeté la pomme du même nom, qui engendra la contestation entre plusieurs divinités, le jugement de Paris, l'enlèvement d'Hélène et finalement la guerre de Troie.

<sup>374</sup> MARTUCCI F, *Droit de l'Union Européenne*, coll. hypercours dalloz, Paris, Dalloz, 2017. §254.

attribuées par les Traités<sup>375</sup>. Ce principe agit donc sur la délimitation desdites compétences<sup>376</sup>. La nature ayant horreur du vide<sup>377</sup>, tout comme les Traités européens, le principe d'attribution implique donc que toute compétence non attribuée à l'Union est attribuée aux États Membres. À côté de ce principe cardinal, et toujours en orbite, se trouvent les principes de proportionnalité et de subsidiarité. Tout deux interviennent alors dans l'exercice de la compétence. Le premier<sup>378</sup> a été défini par la Cour de Justice<sup>379</sup> comme étant l'exigence imposée aux institutions d'adopter des actes qui ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché. La subsidiarité, quant à elle, a connu une place et une définition beaucoup plus agitée dans l'histoire de la construction européenne<sup>380</sup>. Objet de confusions et de tensions, ce principe est d'une importance capitale en ce qui concerne l'exercice des compétences, puisqu'il est un régulateur de celui-ci en invitant à se demander qui doit intervenir pour adopter l'acte en cause. Pour le Professeur Francesco Martucci, la problématique de la subsidiarité est capitale dans le cadre des compétences partagées, puisqu'il existerait alors une présomption : les États Membres seraient compétents pour agir à moins d'établir deux critères, la nécessité et la valeur ajoutée<sup>381</sup>. Dans le cadre de la concurrence normative, on peut d'ores et déjà affirmer la nature primordiale d'un tel principe puisqu'il semble marquer l'importance de la protection de la diversité normative<sup>382</sup>, qualifié par certains de revers de l'harmonisation<sup>383</sup>. Dans le contentieux cette tension normative autour du principe de subsidiarité trouve sa meilleure expression dans l'affaire *Allemagne c. Parlement et Conseil*<sup>384</sup>. Dans le cadre de cette affaire portant sur l'harmonisation en matière de publicité du tabac, l'Allemagne avait objecté le principe de subsidiarité pour tenter de limiter l'harmonisation. Il est remarquable de noter que la Cour, sur le point très précis de la publicité des produits dérivés, décidera effectivement que cette harmonisation va trop loin en ce qu'elle interdit la circulation des produits qu'elle harmonise, là où l'objectif de l'harmonisation est précisément de réduire les obstacles à la liberté de circulation. Le

---

<sup>375</sup> Article 5§1 TUE.

<sup>376</sup> *op.cit.* MARTUCCI F, *Droit de l'Union Européenne*, n°374.

<sup>377</sup> On doit cet aphorisme à Aristote, bien que l'expérience de la feuille d'or de Rutherford en ait démontré la fausseté!

<sup>378</sup> Article 5§4 TUE.

<sup>379</sup> CJCE, 17 mai 1984, *Denkavit Nederland BV* aff. C-15/83, ECLI:EU:C:1984:183, §25.

<sup>380</sup> JACQUÉ J-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 8e édition, coll. Cours Dalloz Série Droit public, Paris, Dalloz, 2015, §231 et suivants.

<sup>381</sup> *op.cit.* MARTUCCI F, *Droit de l'Union Européenne*, n°374, §285.

<sup>382</sup> COTIGA A., *Le droit européen des sociétés: compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2013, §166 et suivants.

<sup>383</sup> EHLERMANN C-D., « Compétition entre systèmes réglementaires », (1995) 387 *Rev. Marché Commun Union Eur.* 220–227.

<sup>384</sup> CJCE, 5 octobre 2000, aff. C-376/98, *Allemagne c. Parlement et Conseil*, ECLI:EU:C:2000:544.

principe régulateur de subsidiarité permet ainsi de trouver l'équilibre le plus adéquat entre une pression harmonisante-centralisatrice et une pression décentralisatrice.

## B. Les variations pratiques de l'exercice de la compétence

Dans le cadre d'une étude de la compétence, se contenter du simple article 5 TUE est réducteur pour deux raisons.

D'une part, la délimitation mais aussi l'exercice d'une compétence dépendent en grande partie du domaine concerné<sup>385</sup> comme l'affirme l'article 2§6 TFUE « *L'étendue et les modalités d'exercice des compétences de l'Union sont déterminées par les dispositions des traités relatives à chaque domaine* ». Pour le cas de notre étude, la délimitation et l'exercice dépend donc du Chapitre 2 du titre 4 relatif à la liberté d'établissement. À cela s'ajoutent aussi les objectifs de l'Union<sup>386</sup> dont la liaison avec les compétences (partagées) est « *centrale dans l'ordre juridique de l'union* »<sup>387</sup>.

D'autre part cette lecture est réductrice en ce qu'elle passe sous silence un outil primordial dans notre tentative de dépassement du fédéralisme compétitif. En effet, se concentrer sur l'article 5 TUE ou le chapitre relatif à la liberté d'établissement ne doit pas conduire à éluder le mécanisme de la clause de flexibilité de l'Article 352 TFUE, modifiée en dernier lieu par le traité de Lisbonne<sup>388</sup>. Cette clause fait elle aussi très nettement référence aux objectifs de l'Union et permet très précisément, pour Jean Paul Jacqué, un ajustement des compétences de l'Union à ces mêmes objectifs<sup>389</sup>. Elle permet en effet de combler une lacune textuelle, *i.e.* le défaut de coïncidence entre un de ces objectifs et le pouvoir exercé dans le cadre d'une compétence attribuée à l'Union. Le recours à cette clause est néanmoins encadré par plusieurs critères: l'action doit effectivement poursuivre un des objectifs, les Traités ne doivent pas avoir prévu de pouvoir d'action spécifique, l'action doit être nécessaire pour atteindre l'objectif et la clause ne peut intervenir dans un domaine où est exclue toute harmonisation des législations. Il est important d'avoir à l'esprit ces critères lorsque nous envisagerons les instruments employés et les résultats obtenus dans l'encadrement des pratiques normatives anticoncurrentielles.

Par ailleurs, la liberté d'établissement des personnes morales s'inscrit dans le domaine plus général que constitue le marché intérieur. Conformément à l'article 4§2a

---

<sup>385</sup> op.cit. JACQUÉ J-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne* et MARTUCCI F., *Droit de l'Union Européenne*, les deux auteurs sont en accord sur ce point.

<sup>386</sup> Article 2 TUE.

<sup>387</sup> POTVIN-SOLIS L., « Compétences partagées et objectifs matériels » dans Eleftheria NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union Européenne*, coll. Collection droit de l'Union européenne Colloques, n°20, Bruxelles, Bruylant, 2013.

<sup>388</sup> NOWAK C., *Europarecht nach Lissabon*, coll. PraxisEuroparecht, Baden-Baden, Nomos, 2011, §74.

<sup>389</sup> op.cit JACQUÉ J-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, n°380, §242 et suivants.



TFUE, l'Union Européenne dispose en la matière d'une compétence partagée, *i.e.* l'Union et les États Membres peuvent adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine<sup>390</sup>. Dans la doctrine, le terme de compétence partagée fait l'objet de variations sémantiques. Ainsi, il est possible de rencontrer les termes de compétences concurrentes<sup>391</sup>, parallèles et certains auteurs, comme Jean-Paul Jacqué, viennent à en critiquer le terme de « partagées » consacré par le Traité de Lisbonne. En effet, celui-ci entretiendrait la confusion d'une simultanéité d'action normative entre les États Membres et l'Union Européenne<sup>392</sup>. Or, tel n'est pas toujours le cas, par exemple, lorsque l'Union Européenne adopte une législation couvrant l'intégralité du domaine concerné. Toujours est-il que, lorsque l'Union n'a pas couvert le domaine en cause, les États Membres conservent la capacité d'agir mais toujours dans la limite du respect du Traité. Cette affirmation est itérativement mise en avant par la doctrine<sup>393</sup> et la jurisprudence<sup>394</sup>, elle constitue en fait l'expression même du principe de primauté<sup>395</sup>. S'éloigne alors l'image des États Membres « *Herren der Verträge* »<sup>396</sup> et se rapproche l'idée (ou plutôt l'illusion) d'une Union Européenne Léviathan normatif qui « *écarterait la souveraineté nationale au profit de l'accroissement de ses compétences* »<sup>397</sup>. Si l'on réorganise ces considérations on entre-aperçoit déjà en quoi les maîtres des traités ont perdu de leur omnipotence : dans le cadre de compétences partagées, plusieurs autorités se retrouvent en concurrence pour agir normativement dans un domaine. Outre cette appréhension théorique de la compétence partagée, celle-ci est habitée par une dynamique qu'il convient maintenant d'envisager

### C. La dynamique de la compétence partagée

Le Professeur Martucci nous invite à réaliser, à ce stade, une distinction des plus utiles, surtout en matière de liberté d'établissement. Cette distinction se fait entre la

<sup>390</sup> Article 2§2TFUE.

<sup>391</sup> GUILLOUD-COLLIAT L., *L'action normative de l'Union Européenne*, coll. Collection Droit de l'Union Européenne / Monographies, n°5, Bruxelles, Bruylant, 2014, §152.

<sup>392</sup> *op.cit* JACQUÉ J-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, n°380, §259.

<sup>393</sup> Pour le professeur Martucci, cela tiendrait surtout à la formule « Dans la mesure où » contenue dans l'article.

<sup>394</sup> Pour un exemple récent de l'exercice, par les États Membres, de leur compétence dans le respect des traités on peut citer à propos des personnes physiques cette fois: CJUE, 5 juin 2018, *Coman e.a.*, aff.C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385 §38.

<sup>395</sup> CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff.C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

<sup>396</sup> Le terme fait référence à la formule du Bundesverfassungsgericht dans son arrêt „Maastricht“, BverfGE, 12 octobre 1993, et plus spécialement au point 112 « *Deutschland ist einer der "Herren der Verträge", die ihre Gebundenheit an den "auf unbegrenzte Zeit" geschlossenen Unions-Vertrag (Art. Q EUV) mit dem Willen zur langfristigen Mitgliedschaft begründet haben, diese Zugehörigkeit aber letztlich durch einen gegenläufigen Akt auch wieder aufheben könnten.* ».

<sup>397</sup> DE SADELEER N., « La gouvernance économique européenne: Léviathan ou colosse aux pieds d'argile ? », *Europe*, n°4, 2012, p9.

compétence partagée détenue et la compétence partagée exercée. Théoriquement, cette distinction caractérise particulièrement bien la dynamique qui habite la compétence partagée, dynamique ordonnant le passage de l'un à l'autre qui est l'objet même de la théorie de la préemption. Qualifiée de phénomène de substitution normative<sup>398</sup>, c'est véritablement sur ce point que se joue une confrontation des compétences normatives, une compétition des offreurs en vue de déterminer qui va pouvoir agir, réglementer l'opération juridique en cause. Textuellement cette distinction, cette tension, se matérialise prioritairement dans la problématique de la base légale. En effet, ces compétences partagées témoignent de ce que Pierre Pescatore qualifiait d'« *absence de pouvoir réglementaire général* »<sup>399</sup> et auquel nous ajouterons le qualificatif d'indépendant. En effet, avant que la compétence partagée détenue puisse devenir une compétence exercée, l'institution de l'Union adoptant un acte dans un domaine de compétence doit mettre en avant cette base légale pour justifier l'exercice de ce pouvoir, base légale dont la Cour de Justice assure toujours le contrôle<sup>400</sup>. Cependant, contrairement au modèle du fédéralisme compétitif elle doit désormais surveiller un autre offeror sur le marché de la norme : l'institution européenne. Poser la question de la compétence est le premier témoin du dépassement du modèle du fédéralisme compétitif en ce que la concurrence normative s'ouvre désormais à une pluralité d'acteurs. À cette justification de la base légale doivent aussi se joindre celles relevant des principes de proportionnalité et de subsidiarité. Finalement, la compétence habilite l'institution à agir dans un domaine précis en respectant les principes susmentionnés et ce n'est qu'après avoir franchi ces obstacles que l'institution pourra déployer son activité sur le marché de la norme, *i.e.* devenir un acteur sur ce marché.

## II. La répartition des compétences dans le cadre de la concurrence normative

La notion même de répartition des compétences doit être précisée dans le cadre de la concurrence normative. Cette précision invite tout d'abord à considérer cette répartition sous un angle historique (A), à reconsidérer le rôle joué par l'article 54 TFUE (B) pour finalement conclure dans le sens d'un basculement du rapport de compétence en faveur de l'Union Européenne (C).

---

<sup>398</sup> *op.cit.* MARTUCCI F, *Droit de l'Union Européenne*, n°374, §299.

<sup>399</sup> PESCATORE P., *L'ordre juridique des Communautés européennes étude des sources du droit communautaire*, Bruxelles, E. Bruylant, 2007, p69.

<sup>400</sup> Base légale ou base juridique dont la Cour assure le contrôle (article 263 TFUE) , pour un exposé on peut citer : WACHSMANN A., « Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour », *Europe*, janvier 1993, chron n°1.

## A. L'évolution de la répartition des compétences dans le cadre de la concurrence normative

Historiquement la base légale en matière d'établissement des personnes morales a été l'objet de controverses mais aussi d'évolutions. En effet, la pluralité normative existant sur le marché intérieur au moment de la rédaction du traité de Rome a été perçue comme un obstacle à la réalisation de ce dernier<sup>401</sup>. La Commission et le Conseil ont alors reçu compétence de coordonner, *via* l'article 54 §3, g), « *dans la mesure du nécessaire en vue de les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées dans les États Membres des sociétés au sens de l'article 58 alinéa 2 CEE* ». La controverse est née, comme le rappelle Madame Andra Cotiga, au sein même de la Commission entre la Direction générale du Marché intérieur et celle de la Concurrence. La première témoignait alors d'une volonté de correction *stricto sensu* des disparités normatives, la seconde d'un rapprochement normatif ; toutes les deux avec l'objectif d'assurer à la liberté d'établissement sa plénitude sur le marché intérieur. Néanmoins comme le professeur Houin<sup>402</sup>, on peut douter du fait que l'équivalence des garanties soit réellement favorable à la liberté d'établissement, tout du moins en toutes circonstances (on pense par exemple à l'obligation de constituer un capital social minimum, ou à l'exigence de libération de celui-ci). Bien au contraire, le texte invite la Commission et le Conseil à favoriser la liberté d'établissement et à l'accompagner pour en ôter les excès<sup>403</sup>. Il s'agit donc là du témoin de deux tentations concurrentielles normatives différentes dans le cadre de la répartition des compétences et l'usage à en faire: encadrer et accélérer.

Historiquement toujours, notons que les Traités avaient prévu la possibilité pour les États Membres d'engager des négociations pour favoriser la reconnaissance mutuelle des sociétés<sup>404</sup> mais la Cour n'y verra aucune réserve de compétence législative dans l'arrêt *Überseering*<sup>405</sup>. Cette clause témoigne certes de la nécessité d'agir normativement pour les États Membres, mais elle ne constitue plus aucun obstacle à l'intervention des institutions sur le marché de la norme pour favoriser, elles aussi, la reconnaissance mutuelle des sociétés, accélérateur de concurrence normative.

---

<sup>401</sup> *op.cit.* COTIGA A., *Le droit européen des sociétés: compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne*, n°382, §67 et suivants.

<sup>402</sup> HOUIN R., « Le régime juridique des sociétés dans la Communauté économique européenne », *RTD Eur.*, 1965, n°1 p 11.

<sup>403</sup> *op.cit.* COTIGA A., *Le droit européen des sociétés: compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne*, n°382, §69.

<sup>404</sup> Article 293 TCE.

<sup>405</sup> CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, aff. C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632.

Historiquement enfin, il est à noter que la sémantique même de la compétence attribuée aux institutions de l'Union a évolué. L'article 54 du Traité de Rome prévoyait la mise en place d'un « *programme général* »<sup>406</sup>, le terme a disparu dans l'article 50 TFUE pour donner une forme plus directe à la compétence du Conseil mais également du Parlement, puisque tous deux « *statuent* » désormais par voie de directive. Cet examen sous l'angle historique de la répartition des compétences témoigne déjà de l'importance grandissante de celle accordée à l'Union au détriment des États Membres.

#### B. Le partenariat entre l'Union et les États Membres : l'article 54§1 TFUE

On a itérativement rappelé au cours de cette étude que la spécificité de la liberté d'établissement est qu'elle repose en grande partie sur les ordres juridiques nationaux, du fait même de la présence de l'article 54 TFUE. Cette analyse est juste dans le cadre du fédéralisme compétitif ; elle doit être nuancée dès lors qu'on cherche à dépasser ce modèle.

Certes on peut adopter la vision d'une liberté de circulation de dimension européenne rattachée aux droits nationaux. Mais on peut aussi adopter la vision inverse, *i.e.* celles de compétences normatives des États Membres qui, en étant rattachées à la liberté d'établissement en deviennent limitées et liées. C'est la vision qu'adopte le Professeur Vlad Constantinesco<sup>407</sup> : dans le Traité de Rome les États Membres étaient soumis à l'obligation de *stand still*<sup>408</sup>. Si cette obligation a disparu à l'issue de la période de transition, les États Membres demeurent en matière de liberté d'établissement, *via* une relation textuelle étroite, plus que jamais liés par les Traités. Cette évolution, ajoutée à celle portant sur le programme général, témoigne pour l'auteur de l'évolution générale des compétences de l'Union Européenne. Les États Membres deviennent titulaire de compétences limitées en étendue et en direction. Mais l'Union Européenne n'en acquiert pas seulement la contrepartie résiduelle perdue par les États Membres dans une chiralité parfaite. Bien au contraire émerge une compétence nouvelle : gérer les opérations juridiques transnationales et coordonner ces dernières pour accompagner le développement de la liberté d'établissement<sup>409</sup>.

---

<sup>406</sup> *op.cit.* PESCATORE P., *L'ordre juridique des Communautés européennes étude des sources du droit communautaire*, n°399, p114.

<sup>407</sup> CONSTANTINESCO V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, Nancy, spécifiquement p148. Il est à noter l'importance de l'étude de l'auteur dans la conception européenne de la compétence.

<sup>408</sup> Article 53 TCE.

<sup>409</sup> *op.cit.* CONSTANTINESCO V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, n°47, p150-151.

S'il apparaît donc clairement que les États Membres sont plus que liés dans cette compétence partagée et que les institutions ont un rôle à jouer, il faut maintenant envisager comment, dans le cadre de la concurrence normative, ces dernières vont pouvoir préempter une telle compétence. Formulé autrement, il convient de se demander ce qui doit alors faire passer la compétence partagée de détenue à exercée mais aussi comment cette distinction peut se trouver marginalisée.

### C. Le basculement du rapport de compétences en faveur de l'Union Européenne

Ce basculement se produit selon deux axes présentés dans le cadre du rappel théorique de la répartition des compétences : la préemption de la compétence partagée (1) et le dépassement par l'objectif (2). Si ce basculement se réalise à la faveur de l'Union Européenne, il permet aussi de dépasser le reliquaire du fédéralisme compétitif.

#### 1. La préemption toujours plus forte de la compétence partagée

Théoriquement tout d'abord, la problématique de la préemption invite à se demander à partir de quel degré de conflits normatifs une telle préemption s'impose<sup>410</sup>. Il existe de nombreux conflits de systèmes au sein du marché intérieur de la norme<sup>411</sup>. Une méthode doctrinale d'appréhension de la préemption est alors de la mettre en lien avec de tels conflits normatifs indirects<sup>412</sup>. Ces conflits témoigneraient de l'incompatibilité de la mesure nationale avec les objectifs de l'Union. Il est donc nécessaire pour cette dernière de préempter cette compétence. Dans notre cas, la liberté d'établissement sert l'objectif de construction du marché intérieur. Or si l'on prend l'exemple de la théorie du siège réel, elle semble susciter un conflit normatif indirect témoignant de son incompatibilité avec le marché intérieur et les objectifs qui sous-tendent ce dernier.

Une autre méthode d'analyse de la préemption est d'envisager les conflits normatifs directs<sup>413</sup>. Ces méthodes sont proches des critères pratiques explicités en amont pour renverser la présomption réfragable selon laquelle les États Membres sont compétents à

---

<sup>410</sup> SCHÜTZE R., « Supremacy without pre-emption? the very slowly emergent doctrine of community pre-emption. », *CMRL*, 43 (4). pp. 1023-1048.

<sup>411</sup> Voir supra nos développements au chapitre 2 section 2.

<sup>412</sup> WAELBROECK M., « The emergent doctrine of Community pre-emption – Consent and redelegation », dans SANDALOW et STEIN, *Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*, Vol. II (OUP, 1982), pp. 548–580.

<sup>413</sup> *op.cit.* SCHÜTZE R., « Supremacy without pre-emption? the very slowly emergent doctrine of community pre-emption. », n°410. Notons néanmoins que le législateur n'est pas toujours clair sur ce point.

agir, en vertu du principe de subsidiarité, sous réserve de la nécessité (les objectifs ne peuvent être réalisés par les États Membres) et de la valeur ajoutée (les objectifs peuvent être mieux réalisés par l'Union). En effet, du point de vue pratique, l'exercice de cette compétence partagée par l'Union apparaîtra des plus nécessaires et présentera une valeur ajoutée lorsqu'elle permettra de remédier aux défaillances les plus flagrantes du marché de la norme. Ainsi, l'Union pourra considérer que face à cette concurrence délétère, il lui revient de préempter cette compétence pour garantir l'accomplissement des objectifs fixés par le Traité, bien que cette action se traduise par une diminution de la compétence des États Membres et, par extension, de leur autonomie normative<sup>414</sup>. Il s'agit donc, une fois encore, d'un équilibre à trouver dans l'exercice de cette compétence, toujours encadrée par la proportionnalité et aussi la subsidiarité.

Plus spécialement, et pour continuer dans cette vision concurrentielle, il s'agit pour l'Union d'une part de remédier, dans les faits, à une allocation normative inefficace mais aussi de contrôler la qualité de ces normes. Par exemple, en adoptant la directive fusion<sup>415</sup>, elle a d'une part mis en place des règles de conflit de lois pour organiser la répartition des offres normatives, mais elle y a ajouté aussi un contenu matériel pour alléger les risques d'une double charge normative pour la société en cause<sup>416</sup>. Il s'agit donc d'une préemption normative pour rétablir les conditions d'une concurrence efficace<sup>417</sup> en remédiant aux conflits normatifs au sein du marché intérieur.

## 2. Le dépassement par l'objectif

Mais cette présentation de la préemption demeure toutefois assez classique, tout comme l'analyse binaire (et assumée) de la gestion de l'autonomie normative du Professeur Dominique Berlin<sup>418</sup>. Au delà de cette préemption dans le cadre de la compétence partagée et de l'article 50 TFUE, il convient de noter que l'Union peut agir, non pas seulement en tant que régulatrice, mais en tant qu'actrice puisqu'elle en a la compétence. Formulé autrement, dans le cadre de la concurrence normative, la répartition des compétences est double. Elle concerne, d'une part, l'utilité de la préemption de la compétence partagée *via* l'utilisation de

---

<sup>414</sup> BERLIN D., « Concurrence normative entre les États. Comment est-elle gérée par le droit européen? », dans Catherine KESSEDIAN et COLLEGE EUROPEEN DE PARIS (dir.), *Autonomie en droit européen: stratégie des citoyens, des entreprises et des États*; coll. Colloques, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2013.

<sup>415</sup> Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux.

<sup>416</sup> voir *infra* sur la directive fusion p109.

<sup>417</sup> SNELL J., « Who's Got the Power? Free Movement and Allocation of Competences in EC Law », (2003) 22-1 *Yearb. Eur. Law* 323.

<sup>418</sup> *op.cit.* BERLIN D., « Concurrence normative entre les États. Comment est-elle gérée par le droit européen? » n°414.

l'article 50 TFUE que nous avons décrit. À ce stade l'Union demeure coordinatrice et la figure du fédéralisme compétitif n'est pas si éloignée. D'autre part elle recouvre également la concurrence normative que l'on pourrait qualifier de concurrence verticale lorsque l'Union agit par exemple *via* l'intermédiaire de la clause de flexibilité, en vue de réajuster sa compétence à l'aune de la réalisation des objectifs : on sort donc du cadre de la compétence partagée. Elle devient offreur sur le marché, offreur animé par un ou plusieurs objectifs et saisie de cette nouvelle compétence, elle acte le dépassement du fédéralisme compétitif. Si cette double dimension nous invite à adopter une approche différenciée dans la suite des raisonnements, elle invite aussi de manière globale à questionner les conséquences de cette répartition pour les États Membres. Pour ce qui est de l'article 50 TFUE, la doctrine nous invite à peu d'optimisme quant à la force des principes de subsidiarité et de proportionnalité pour juguler l'exercice de sa compétence par l'Union<sup>419</sup>. La compétence demeure ici certes partagée<sup>420</sup> mais, pour reprendre la terminologie du Professeur Michel, la dominance communautaire y est croissante<sup>421</sup>. Pour ce qui est de la clause de flexibilité, l'obstacle le plus prégnant semble l'unanimité imposée pour adopter un règlement sur cette base<sup>422</sup>. Mais l'un comme l'autre nous invite à considérer l'émergence d'un nouvel acteur aux capacités d'actions multiples, mû par la réalisation des objectifs fixés par les Traités.

Les compétences et leur répartition évolutive dans le cadre de la concurrence normative ayant été présentée, il convient maintenant de s'intéresser plus précisément aux instruments qui ont été et qui pourraient à l'avenir être employés dans le cadre de cet exercice. Cet enchaînement est d'autant plus logique qu'il semblerait que la détermination de la compétence de l'Union joue un rôle dans l'intensité normative du pouvoir ainsi conféré<sup>423</sup>.

## Sous section 2. Des différentes formes de l'encadrement : de l'harmonisation minimale à la soft law

Une simple présentation des différentes formes de l'encadrement n'aurait rien d'intellectuellement satisfaisant. En effet, il faudrait encore présenter, concomitamment, l'intérêt de tels instruments dans les tentatives de dépassement du fédéralisme compétitif et dans l'édification d'une nouvelle concurrence normative.

---

<sup>419</sup> *op.cit.* POTVIN-SOLIS L., « Compétences partagées et objectifs matériels », n°387.

<sup>420</sup> On reprend la critique professeur Martucci sur le terme de compétence exclusive par exercice, *op.cit.* MARTUCCI F, *Droit de l'Union Européenne*, n°374.

<sup>421</sup> MICHEL V., *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, 2003, p315.

<sup>422</sup> Article 352 TFUE.

<sup>423</sup> *op.cit.* MARTUCCI F, *Droit de l'Union Européenne*, n°374, §261.



À titre liminaire, rappelons que le questionnement de l'instrument renvoie en fait au critère instrumental de l'exercice de la compétence<sup>424</sup>, critère qui couvre deux questions : celle de la liberté de l'auteur à choisir la manière dont il va agir et sur les instruments *strico sensu* dont il dispose. Si les Traités nous invitent à penser que l'Union est plutôt contrainte dans le choix de la manière d'agir<sup>425</sup>, force est cependant de constater qu'elle développe en fait de nombreuses stratégies innovantes. Ainsi, nous sommes en accord avec S. Bartolini qui a pu affirmer que « *the EU has been probably the most active and innovative producer of new types of decision-making arrangements* »<sup>426</sup>. Dans ce cadre, la Commission joue un rôle particulièrement important en ce qu'elle coordonne et catalyse la production normative de l'Union Européenne<sup>427</sup>. Au delà de ces remarques préliminaires il convient déjà de noter l'importance du choix de l'instrument dans le développement de la concurrence normative. Pour appuyer cette affirmation, nous partirons de la double dimension déjà envisagée, selon que l'Union intervienne uniquement pour coordonner et fixer quelques exigences à la base de la concurrence entre les États Membres ou selon que l'Union intervienne, elle aussi, en tant qu'offreuse sur le marché de la norme.

#### I. Le recours à la directive pour coordonner la concurrence normative

La première approche est donc relativement classique, elle concerne principalement le rôle de coordination de l'Union. À ce stade, elle dispose d'un instrument topique et particulièrement privilégié pour ce type d'action : la directive. En effet, l'article 50§1 TFUE habilite le Parlement et le Conseil, statuant selon la procédure législative ordinaire, à adopter des directives pour réaliser la liberté d'établissement. Plus spécifiquement a été mis en œuvre l'article 50§2 g) qui prévoit l'adoption de tels actes, tout en opposant un critère de nécessité à cette action. Si ce critère a pu faire l'objet d'un débat dans la doctrine allemande, on peut adopter la position médiane consistant en l'affirmation que la coordination sur le fondement de l'article 50§2g) ne repose pas exclusivement sur la réalisation de la liberté

---

<sup>424</sup> *op.cit.* CONSTANTINESCO V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, n°47, p76.

<sup>425</sup> L'article 288 § 1 TFUE dispose « Pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis » mais on assiste aux développements d'actes qualifiés d'atypiques, pour plus de précisions on se reportera à SIMON D., *Le système juridique communautaire*, *op.cit.* n°371, §271 et suivants.

<sup>426</sup> BARTOLINI S., « An Introduction » dans Adrienne WINDHOFF-HERITIER et Martin RHODES, *New modes of governance in Europe: governing in the shadow of hierarchy*, London; New York, Palgrave Macmillan, 2011.

<sup>427</sup> BOUVERESSE A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, coll. Collection Droit de l'Union Européenne Thèses, n°14, Bruxelles, Bruylant, 2010, p552.



d'établissement mais les directives déjà adoptées démontrent qu'elle doit tout de même y renvoyer<sup>428</sup>.

#### A. Les propriétés techniques de la directive

La formule est un classique, mais rappelons que le Professeur Robert Kovar a pu affirmer que la directive « *intrigue, dérange, divise* »<sup>429</sup>, le Professeur Denys Simon la qualifie de « *méthode législative à double détente* »<sup>430</sup> puisqu'elle rassemble l'adoption d'un acte au niveau de l'Union fixant des objectifs à atteindre et des actes nationaux la traduisant dans les ordres juridiques des États Membres. Ce caractère normatif indirect ressort aussi de l'analyse de Pierre Pescatore, pour qui la directive est un mode de législation indirecte qui oblige les États Membres à légiférer en déterminant un contenu plus ou moins prégnant d'exigences, tout en leur laissant la liberté de transposition<sup>431</sup>. Cette liberté est relativement étendue en matière d'harmonisation minimale, l'Union fixera alors ce que l'on appelle communément un « *floor of rights* » tout en laissant la faculté aux États Membres d'adopter des mesures plus strictes, pour par exemple protéger les intérêts des associés et des tiers<sup>432</sup>.

Cette méthode dénote d'un classicisme patent dont la concurrence normative ne peut plus se satisfaire. La directive semble en effet apaiser la concurrence normative délétère entre les États Membres puisqu'elle intervient pour pallier à certaines lacunes du marché de la norme lorsque cela est « nécessaire ». Cependant, comme le démontre le Professeur Dominique Berlin, le recours à l'harmonisation minimale traduit aussi la volonté de certains États Membres de ne pas se trouver « *dans un carcan trop serré les empêchant de profiter de leur avantage économique* »<sup>433</sup>. Deux dangers peuvent alors se présenter : soit l'État Membre peut effectivement adopter des mesures de protection plus strictes dans le cadre de la transposition de la directive, soit il peut en dehors du cadre de la directive continuer à exercer sa compétence et exciper des raisons impérieuses d'intérêt général<sup>434</sup>. Si la seconde hypothèse est relativement connue de la doctrine, et ces dérives largement neutralisées par la jurisprudence de la Cour *via* le contrôle de proportionnalité, la première est parfois sous-estimée.

---

<sup>428</sup> FRENZ W., *Handbuch Europarecht*, 2. Aufl, Berlin ; New York, Springer, 2012, §2703 et suivants.

<sup>429</sup> KOVAR R., « Observations sur l'intensité normative des directives », dans *Mélanges en l'Honneur de Pierre Pescatore*, 1987, p359-372.

<sup>430</sup> *op.cit.* SIMON D., *Le système juridique communautaire*, n°371, p 324.

<sup>431</sup> *op.cit.* PESCATORE P., *L'ordre juridique des Communautés européennes étude des sources du droit communautaire*, n°399, p 119.

<sup>432</sup> *op.cit.* DEAKIN S., « Regulatory Competition versus Harmonization in European Company Law », n°227.

<sup>433</sup> *op.cit.* BERLIN D., « Concurrence normative entre les États. Comment est-elle gérée par le droit européen? » n°414, §136.

<sup>434</sup> Les États Membres peuvent exciper de raisons impérieuses d'intérêt général pour justifier une atteinte à une liberté de circulation, mais cela suppose l'absence d'une norme européenne d'harmonisation sur ce point : CJCE, 22 octobre 2002, *National Farmer's Union*, aff. C- 241/01, ECLI:EU:C:2002:604, § 48.

## B. La problématique de la transposition

C'est donc dans le cadre de la transposition que se trouve la potentialité d'une concurrence normative. Le Professeur Robert Kovar rappelait qu'une telle opération ne doit « *entraîner aucune déperdition de la force normative des directives communautaires* »<sup>435</sup>. Cette opération peut être définie comme l'adoption par les autorités nationales compétentes, dans le délai imparti, de mesures nationales nécessaires à l'application dans l'ordre juridique interne des normes établies par la directive<sup>436</sup>. L'article 288 TFUE laisse une totale liberté quant à la forme et aux moyens de la mise en œuvre. Tout au plus cette liberté est-elle encadrée par les principes d'équivalence et d'effectivité<sup>437</sup>.

### 1. Une même directive, deux transpositions en conflit : le cas *Unamar*

L'exemple de l'affaire *Unamar*<sup>438</sup> est particulièrement éloquent en ce qui concerne les dérives de la transposition et ses conséquences pour la concurrence normative. Elle faisait apparaître la transposition par deux États Membres, la Bulgarie et la Belgique, de la directive 86/653 sur les agents commerciaux indépendants. Comme le note Monsieur l'Avocat Général<sup>439</sup>, les deux États Membres avaient correctement transposé cette directive mais la Belgique, au cours de cette opération, avait adopté une loi de police sur le point spécifique de l'indemnisation en cas de rupture du contrat d'agence par le commettant. Dans le litige au principal, une société de droit belge avait conclu un contrat avec une société bulgare et ce contrat était soumis au droit bulgare. Le contrat fut résilié et cette résiliation donna lieu à une action devant le juge belge conformément au droit belge. Les juges belges s'interrogent alors sur l'application de la loi belge en tant que loi de police à la place de la loi bulgare, désignée par la règle de conflit de loi ; les deux lois étant les transpositions de la même directive. La Cour a considéré que cette faculté d'émettre une loi de police dépendait du type d'harmonisation et en présence d'une directive réalisant une harmonisation minimale, il est effectivement possible d'aboutir à l'adoption d'une telle norme. En termes de concurrence normative, le problème sous-jacent est capital. Il serait alors possible pour des opérateurs de profiter de telles transpositions pour éluder une loi normalement

---

<sup>435</sup> *op.cit.* KOVAR R., « Observations sur l'intensité normative des directives », n°429.

<sup>436</sup> *op.cit.* SIMON D., *Le système juridique communautaire*, n°371, p 327.

<sup>437</sup> CJCE, 12 septembre 1996, *Procédure pénales c. Sando Gallotti*, affaires jointes C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 et C-157/95, ECLI:EU:C:1996:323.

<sup>438</sup> CJUE, 17 octobre 2013, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contre Navigation Maritime Bulgare*, aff. C- 184/12, ECLI:EU:C:2013:663.

<sup>439</sup> Conclusions de Monsieur l'Avocat Général Wahl sous l'affaire C-184/12, §25.

applicable. Dans les faits il suffit pour l'opérateur de conclure une clause d'élection de for pour localiser le contentieux dans une juridiction ayant transposé la directive de la manière qui lui sied le mieux. En cas de litige, le juge appliquera alors prioritairement cette loi de police du for. Ainsi les progrès réalisés par l'harmonisation, *i.e.* la recherche de l'équivalence, sont éludés par le jeu de telles clauses qui conduisent à une nouvelle polarisation des activités induites par la concurrence normative issue de la transposition de la directive.

## 2. La transposition de l'affaire *Unamar* en matière de liberté d'établissement

Une telle situation pourrait elle se rencontrer dans le cadre de la liberté d'établissement des personnes morales ? Il n'est pas toujours évident de discerner l'intensité d'harmonisation réalisée par le législateur<sup>440</sup>. Néanmoins, on peut partir de l'exemple de la directive 2017/1132<sup>441</sup> qui réalise une codification des nombreuses directives adoptées sur le fondement de l'article 50§2 TFUE. Le considérant 3 parle d'une « *équivalence minimale* » dans la protection des créanciers et associés alors que l'article 11, relatif aux conditions de nullité d'une société, impose que « *La législation des États membres ne peut organiser le régime de nullité des sociétés que dans les conditions suivantes* », fixant ainsi une liste limitative. La Cour de Justice nous livre quelques instructions dans sa jurisprudence, ainsi il conviendrait d'examiner les termes, leur contexte et l'objectif poursuivi par la règle<sup>442</sup>. Dans le cadre spécifique de la transposition des directives en droit des sociétés, les auteurs font le commun constat d'une transposition allant au delà des exigences minimales<sup>443</sup>, comme dans l'affaire *Unamar*. La Cour de Justice a, elle aussi, déjà reconnu<sup>444</sup> cette faculté pour les États Membres à propos de la directive 89/592<sup>445</sup>.

Finalement, si la technique de la directive permet, certes, de maintenir les diversités normatives des États Membres<sup>446</sup>, elle n'est pas sans conséquence sur la concurrence

---

<sup>440</sup> Pour Dominique Berlin : « il faut convenir qu'il n'est pas toujours facile de savoir en présence de quel type d'harmonisation l'on se trouve d'autant que le Conseil n'a pas toujours eu forcément conscience de la question et qu'il se peut fort bien qu'un même texte comporte une harmonisation totale pour une partie et partielle pour une autre », *op.cit.* BERLIN D., « Concurrence normative entre les États. Comment est-elle gérée par le droit européen ? » n°414.

<sup>441</sup> Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés.

<sup>442</sup> CJCE, 16 juillet 1998, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG contre Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, aff. C-355/96, ECLI:EU:C:1998:374, §22.

<sup>443</sup> MENJUCQ M., *Droit international des sociétés*, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz.

<sup>444</sup> CJCE, 3 mai 2001, *Verdonck E.A.*, aff. C-28/99, ECLI:EU:C:2001:238.

<sup>445</sup> *Directive 89/592/CEE du Conseil, du 13 novembre 1989, concernant la coordination des réglementations relatives aux opérations d'initiés.*

<sup>446</sup> *op.cit.* SNELL J., « Who's Got the Power? Free Movement and Allocation of Competences in EC Law », n°417.

normative. En effet, dans les domaines où il existe une forte concurrence normative<sup>447</sup>, l'intervention d'une directive n'apportera rien à ce mécanisme si l'harmonisation demeure minimale. Elle permettra au contraire aux États Membres de maintenir des standards plus élevés et potentiellement divergents au sein de l'Union ; la compétence mais aussi l'autonomie normative des États Membres s'en trouve renforcée et la fragmentation du marché intérieur est maximale<sup>448</sup>. Théoriquement la directive porte donc en elle la faiblesse avouée d'un fédéralisme compétitif au mieux contenu, au pire débridé mais en tout cas pas dépassé.

## II. Le recours au règlement pour agir dans la concurrence normative

La seconde approche, plus novatrice dans le cadre de la concurrence normative, est celle résultant du règlement. Dans ce cadre, l'Union n'agit plus en tant que coordinatrice en tentant de réguler une concurrence horizontale entre les États Membres pour l'adapter au contexte européen du marché intérieur. Au contraire, elle s'inscrit dans une concurrence verticale en devenant offreuse sur le marché de la norme, *i.e.* elle exerce une influence directe sur celui-ci.

### A. Les propriétés techniques du règlement

Le règlement figure en bonne place dans la nomenclature de l'article 288 TFUE même si on ne devrait pas y voir une hiérarchisation<sup>449</sup>. Il comporte trois caractéristiques principales : il régit des situations générales et impersonnelles, il est obligatoire et il est surtout directement applicable dans tous les États Membres à la différence de la directive. On perçoit déjà la capacité de cet instrument à dépasser le fédéralisme compétitif. Disposant d'une intensité normative verticalement illimitée<sup>450</sup>, produira effet dans l'ordre juridique national sans que l'État Membre concerné ait à prendre des mesures de transposition. Formulé autrement, le règlement est indépendant de la conduite normative des États Membres. Ce principe a rapidement été affirmé dans la jurisprudence de la Cour<sup>451</sup> : « *attendu que l'applicabilité directe d'un règlement exige que son entrée en vigueur et son application en faveur ou à la charge des sujets de droit se réalisent sans aucune*

---

<sup>447</sup> On pense aux règles sur la constitution et la libération du capital, sur l'information des tiers.

<sup>448</sup> *op.cit.* COTIGA A., *Le droit européen des sociétés: compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne*, n°382, §165.

<sup>449</sup> *op.cit.* MARTUCCI F., *Droit de l'Union Européenne*, n°374, §103.

<sup>450</sup> Nous empruntons ce descriptif à : SIMON D., *Le système juridique communautaire*, n°371, §256.

<sup>451</sup> CJCE, 10 octobre 1973, *Fratelli Variola*, aff. C- 34/73, ECLI:EU:C:1973:101.

*mesure portant réception dans le droit national* »<sup>452</sup>. Les opérateurs peuvent donc se saisir de toutes les potentialités juridiques qu'il contient, l'Union devient un offreur indépendant sur le marché qui n'aurait pas à souffrir d'une intégration verticale dans un réseau de distribution normative produisant un effet de forclusion<sup>453</sup>. Par ailleurs, le recours au règlement est particulièrement dans l'air normative du temps. En effet, depuis le lancement de la politique « Mieux Légiférer » en 2002<sup>454</sup>, l'Union Européenne a procédé à une rationalisation normative. Au-delà, les procédures RECAST<sup>455</sup> visent à simplifier la législation de l'Union notamment en codifiant les différents actes dans un corpus unique en vue de limiter ce que le Conseil d'État avait pu qualifier de « *logorrhée législative et réglementaire* »<sup>456</sup> mais aussi en remplaçant les directives par des règlements.

#### B. Le recours au règlement par l'intermédiaire de la clause de flexibilité

Dans le cadre plus spécifique de la liberté d'établissement des personnes morales, la base légale mise en œuvre pour adopter de tels règlements est l'article 352 TFUE ou clause de flexibilité. Certes l'article 352 TFUE ne fait pas expressément référence au règlement, mais il offre la possibilité au législateur de l'Union d'adopter « *les dispositions appropriées* ». Il convient de rappeler que cette clause permet d'ajuster l'exercice d'une compétence par l'Union pour atteindre un objectif fixé par le Traité. S'il est vrai que l'extension des compétences de l'Union a rendu le recours à cette clause rare, celle-ci devant être employée lorsque les Traités ne confèrent aucun pouvoir d'action spécifique, le droit des sociétés semble échapper à cette tendance. Outre les quatre critères déjà présentés, l'adoption de cet instrument nécessite de parvenir au bout d'une procédure législative relativement lourde mais qui apparaît pour certains auteurs « *équilibrée* »<sup>457</sup>. En effet, l'article 352 TFUE prévoit que le Conseil doit statuer à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen. La lourdeur de la procédure transparaît alors principalement dans la nécessité d'aboutir à l'unanimité lors du vote au Conseil. Cette unanimité permet à chaque État Membre, individuellement, de faire valoir ses intérêts. L'équilibre transparaît lui dans l'implication des différentes institutions, notamment le

---

<sup>452</sup> §10 de l'arrêt *Variola*.

<sup>453</sup> Pour un exposé du concept de forclusion on peut citer : REY P., TIROLE J., « A Primer on Foreclosure », *Handbook of Industrial Organization*, vol.3, North-Holland.

<sup>454</sup> On peut se reporter à l'accord interinstitutionnel de 2003, Journal officiel n° C 321 du 31/12/2003 p. 0001 – 0005.

<sup>455</sup> L'exposé de la procédure RECAST a notamment été développé dans l'Accord interinstitutionnel, du 28 novembre 2001, pour un recours plus structuré à la technique de la refonte des actes juridiques.

<sup>456</sup> Rapport public du Conseil d'État, « De la sécurité juridique », 1991.

<sup>457</sup> *op.cit.* MARTUCCI F, *Droit de l'Union Européenne*, n°374, §267.

Parlement Européen qui doit donner son approbation. En matière de liberté d'établissement des personnes morales, un recours à l'article 352 TFUE a eu lieu pour l'adoption du règlement relatif au statut de la société européenne<sup>458</sup>. Son préambule comporte clairement la référence au premier critère et à ce qui justifie l'existence même de cette clause : les objectifs, qui peuvent être sectoriels ou généraux. Ainsi le premier point de ce préambule rappelle que « **L'achèvement du marché intérieur et l'amélioration de la situation économique et sociale qu'il entraîne dans l'ensemble de la Communauté impliquent, outre l'élimination des entraves aux échanges, une adaptation des structures de production à la dimension de la Communauté.** ». Il est alors possible de lire ce premier point de la manière suivante : l'article 49 TFUE mais aussi les directives de l'article 50 permettent d'éliminer les entraves aux échanges pour réaliser le marché intérieur. Mais cette élimination n'est pas suffisante, ainsi l'Union se propose, pour atteindre cet objectif, de mettre en place des structures adaptées à la réalisation de cet objectif. Pour appuyer le caractère nécessaire de cette intervention, le préambule fera référence notamment aux entraves considérables que peut créer l'ancrage national pour une société de dimension communautaire<sup>459</sup> et l'entrave que peut par la suite provoquer la disparité des législations<sup>460</sup>. Dans son exposé des motifs et du choix de la base légale, la proposition de règlement relatif à la société privée européenne fait le constat suivant « *L'article 308 constitue la base juridique des formes existantes de sociétés européennes, c'est-à-dire la société européenne, le groupement européen d'intérêt économique et la société coopérative européenne.* ». Cette insertion fait quasiment référence à une pratique actée, une sorte de règle du précédent qui peut justifier, en l'absence d'extension du pouvoir spécifique d'harmonisation sur ce point dans les Traités, le recours à la clause de flexibilité.

### C. La mise à disposition d'un contenu normatif : l'harmonisation optionnelle

Cette proposition de sujets de droit nouveaux<sup>461</sup> par le recours à l'article 352 TFUE peut s'apparenter à une forme d'harmonisation optionnelle. Dans ce cadre, le législateur met en place une norme commune mais qui demeure facultative. Les premières formes d'harmonisation optionnelle sont à trouver dans l'harmonisation des poids et mesures<sup>462</sup>. Un

---

<sup>458</sup> Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE).

<sup>459</sup> §4 du préambule du règlement 2157/2001.

<sup>460</sup> §7 du préambule du règlement 2157/2001.

<sup>461</sup> LECOURT B., *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, Chapitre 1, §46.

<sup>462</sup> Directive 71/316/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux dispositions communes aux instruments de mesurage et aux méthodes de contrôle métrologique.

exemple plus récent est celui de l'élaboration d'un droit commun européen de la vente<sup>463</sup>. Il présente un intérêt particulier pour la vente en ligne puisque l'opérateur souhaitant vendre dans plusieurs pays de l'Union Européenne pourra soit choisir de respecter les droits nationaux de la consommation afférents, soit respecter ce droit commun de la vente. Les différents règlements relatifs à une forme supranationale de société s'inscrivent dans la même lignée.

Historiquement, l'émergence d'une forme supranationale a trouvé une application pratique particulièrement audacieuse lors de la constitution d'une société internationale de la Moselle en 1956. Elle était constituée de capitaux français, allemands et luxembourgeois et une convention internationale régissait le régime de cette entreprise commune<sup>464</sup>. En des termes concurrentiels, l'objectif est donc de constituer une forme attractive de société pour offrir aux opérateurs une structure à la dimension du marché intérieur. Si les opérateurs se saisissent de cette forme, l'Union trouve ici un moyen de réaliser une intégration du marché intérieur plus aboutie. Ce ne sont plus des sociétés nationales qui tentent de dépasser la fragmentation normative des marchés nationaux. C'est une société européenne qui déploie plus souplement son activité sur le marché européen. Le législateur de l'Union offre une alternative normative, élaborée pour donner un avantage concurrentiel aux opérateurs, à eux ensuite de s'en saisir. L'avantage de recourir aux instruments optionnels pour développer son activité concurrentielle normative est aussi d'ordre pragmatique<sup>465</sup> : le processus décisionnel impose certes l'unanimité, mais l'objectif n'est pas de trouver un compromis pour aligner les droits nationaux sur un modèle ; l'objectif est d'offrir à un opérateur une autre forme de société qu'il choisira d'adopter si elle sert ses intérêts : la concurrence devient donc verticale. L'harmonisation optionnelle porte en elle ce dépassement d'un fédéralisme compétitif résultant uniquement d'une concurrence horizontale entre les États Membres.

### III. Le recours à la soft law pour une appréhension globale de la concurrence normative

Enfin la soft law constitue une autre forme d'influence qui peut être exercée sur le contenu des pratiques normatives anticoncurrentielles. Qualifiée de manière caustique de

---

<sup>463</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente» COM(2011) 635 final.

<sup>464</sup> Convention franco-allemande relative à l'aménagement du cours supérieur du Rhin entre Bâle et Strasbourg (27 octobre 1956).

<sup>465</sup> *op.cit.* COTIGA A., *Le droit européen des sociétés: compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne*, n°382, §198.



« *droit mou* », « *droit gazeux* », « *droit instable* »<sup>466</sup>, l'Union Européenne a accueilli cette forme normative avec plus de mesure et de raison. Dans ce cadre la *soft law* peut être définie comme les actes auxquels l'ordre juridique de l'Union n'a pas attaché d'effet juridique contraignant, mais ce défaut de valeur contraignante ne doit pas conduire à conclure à une absence totale d'effet juridique<sup>467</sup>. Dans la nomenclature des actes adoptés par l'Union Européenne, la *soft law* apparaît par exemple dans les recommandations de l'article 288 TFUE. Dans le cadre du droit européen des sociétés, la Commission a adopté trois recommandations : deux sur la rémunération des dirigeants des sociétés cotées<sup>468</sup> et une sur le rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance des sociétés cotées et les comités du conseil d'administration ou de surveillance<sup>469</sup>. En outre il semblerait que la Commission ait l'intention de recourir plus intensément à cet outil à l'avenir<sup>470</sup>.

#### A. La *soft law* telle que conçue dans l'ordre juridique de l'Union

Dans l'ordre juridique de l'Union la *soft law* peut par ailleurs intervenir à des moments différenciés de l'action normative. La *soft law* peut être paralégislative (elle remplace la norme), périlégislative (elle prépare ou accompagne la norme) ou intralégislative (elle précise le contenu de certaines dispositions de la norme). Il est intéressant à ce stade de noter qu'une *soft law* périlégislative a par exemple émergé lors de la transposition en France de la directive 2006/46 sur les comptes annuels de certaines sociétés<sup>471</sup>. Ainsi, la loi du 3 juillet 2008<sup>472</sup> transposant la directive avait invité les sociétés concernées à se référer à des codes de gouvernance d'entreprises, comme le code AFEP-MEDEF, pour notamment transcrire le principe *complain or explain*. Ainsi la directive européenne, dans sa transposition, a fait émerger des instruments de *soft law* pour lui

---

<sup>466</sup> Rapport public du Conseil d'État, « De la sécurité juridique », 1991.

<sup>467</sup> BERTRAND B., « Rapport introductif : les enjeux de la *soft law* dans l'Union Européenne », *RUE*, 2014, p73.

<sup>468</sup> Recomm. no 2004/913 de la Commission, 14 déc. 2004, « encourageant la mise en oeuvre d'un régime approprié de rémunération des administrateurs des sociétés cotées », JOUE, no L 385, 29 déc. – Recomm. no 2009/385, 30 avr. 2009, complétant les recommandations nos 2004/913 et 2005/162 en ce qui concerne le régime de rémunération des administrateurs de sociétés cotées, JOUE, no L 120, 15 mai.

<sup>469</sup> Recomm. no 2005/162 de la Commission, 15 févr. 2005, JOUE, no L 52, 22 février 2005.

<sup>470</sup> Audition publique sur la définition des priorités futures du plan d'action relatif au droit des sociétés et du gouvernement d'entreprise, Bruxelles, 3 mai 2006.

<sup>471</sup> 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.

<sup>472</sup> LOI n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire, (2008) 2008-649.



donner une portée beaucoup plus pragmatique<sup>473</sup>. Il s'agit donc là d'un nouveau partenariat, d'une nouvelle interaction normative entre l'Union Européenne, les États Membres et les opérateurs économiques. L'Union se rapproche ainsi des prédictions de Simon Deakin pour qui : « *the optimal level of regulation cannot be known in advance and without a close regard to context* »<sup>474</sup>.

Dans la lignée de nos développements précédents sur la répartition des compétences en matière de concurrence normative il faut souligner, à l'instar du Professeur Brunessen Bertrand, que la *soft law* remet en cause une telle répartition<sup>475</sup>. Il est vrai que le recours par exemple à la Méthode Ouverte de Coordination<sup>476</sup> (MOC) permet de dépasser le principe d'attribution en ce qu'elle acte un nouveau partenariat avec les États Membres. Elle encourage un rapprochement « *des droits nationaux par le biais d'une coordination horizontale de leurs réglementations, établie sous la responsabilité principale des États Membres* »<sup>477</sup>. Dans la doctrine se présente aussi le concept de « *reflexive harmonisation* », qui est une autre appellation de ce processus d'apprentissage mutuel par l'interaction<sup>478</sup>, même si celui-ci semble mettre un accent plus marqué sur le caractère processuel de l'émergence de la norme<sup>479</sup>. Néanmoins dans la tentative de dépassement du fédéralisme compétitif, il n'est pas certain que cette méthode soit particulièrement appropriée. Il est vrai qu'elle présente le bénéfice de faire porter l'attention sur le processus d'apprentissage qui est endogène à l'existence de la concurrence. Néanmoins, la MOC n'a normalement pas vocation à jouer dans le domaine des compétences partagées mais plutôt dans des domaines de compétences complémentaires ou d'appui<sup>480</sup>.

## B. La soft law de source « extra-Union Européenne »

Outre la soft law de source purement européenne, il faut également ajouter à cette présentation des instruments actant le dépassement du fédéralisme compétitif la soft law trouvant sa source dans une dimension internationale, ou à tout le moins exogène à l'Union Européenne. À ce stade, il convient d'appréhender une nouvelle dimension de la

---

<sup>473</sup> PACLOT Y., « La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », (2011) 7-8 *Rev. Sociétés* 395-403.

<sup>474</sup> *op.cit.* DEAKIN S., « Is regulatory competition the future for european integration? », n°225, p76.

<sup>475</sup> *op.cit.* BERTRAND B., « Rapport introductif : les enjeux de la soft law dans l'Union Européenne », n°467.

<sup>476</sup> L'émergence de cette méthode remonte aux conclusions du Conseil européen réuni à Lisbonne les 23 et 24 mars 2000, actant la « Stratégie Lisbonne 2000 ».

<sup>477</sup> BOUVERESSE A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, coll. Collection Droit de l'Union Européenne Thèses, n°14, Bruxelles, Bruylant, 2010, §774.

<sup>478</sup> TELO M., « Combiner les instruments politiques en vue d'une gestion dynamique des diversités nationales », Jean Monnet Working Paper No.6/01.

<sup>479</sup> *op.cit.* DEAKIN S., « Regulatory Competition versus Harmonization in European Company Law », n°227.

<sup>480</sup> *op.cit.* MICHEL V., *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, n°421, p155.

concurrence normative, à savoir la concurrence conglomérale. Si jusque là les instruments présentés laissent présager l'existence d'une concurrence entre acteurs de l'Union (institutions ou États Membres), l'existence d'une soft law de source internationale pourrait conduire à envisager une concurrence normative avec des acteurs extérieurs, issus de différents systèmes. En effet, il peut exister des recoupements ou des superpositions entre des ensembles normatifs exogènes à l'Union et certains points de sa propre législation<sup>481</sup>. Par exemple la *lex mercatoria*<sup>482</sup> ou la Convention de Vienne sur la Vente internationale de Marchandises (CVIM)<sup>483</sup> recouvrent à maints égards certains points de la proposition de règlement sur le droit commun européen de la vente : les opérateurs économiques auront donc le choix entre des instruments internes et externes à l'Union. Mais loin d'adopter une attitude passive, l'Union européenne fait preuve d'un opportunisme normatif à l'égard de ces instruments en ayant elle-même recours à ces organismes extérieurs qui émettent, dans la sphère internationale, des normes à la portée variable<sup>484</sup>. Au-delà de l'opportunisme, l'Union Européenne témoigne ainsi de sa relative jeunesse<sup>485</sup>. Mais ce jeune âge n'enlève rien à la maturité dont elle fait preuve : en se reposant sur des instruments déjà éprouvés, elle démontre sa tentative réfléchie de dépassement du fédéralisme compétitif, lui même modèle ancien.

Finalement, l'Union dispose aussi bien de la compétence que des outils nécessaires pour dépasser le modèle du fédéralisme compétitif. En effet, l'abandon du paradigme d'une concurrence pure et parfaite en terme normatif est acté par la prise en compte de la diversité des préférences d'opérateurs économiques qui ne peuvent se satisfaire d'un seul modèle rigide mais bien d'une pluralité flexible<sup>486</sup>. Si les avantages théoriques de cette

---

<sup>481</sup> BERGÉ J-S., « Concurrence normative et autonomie en droit européen: de quoi parle-t-on ? » dans KESSEDJIAN C. et COLLEGE EUROPEEN DE PARIS (dir.), *Autonomie en droit européen: stratégie des citoyens, des entreprises et des États* ; coll. Colloques, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2013.

<sup>482</sup> La *lex mercatoria* renvoie ici à des normes spontanément nées au sein de la *societas mercatorum*, principalement des usages ainsi que des principes généraux du droit du commerce international. AUDIT M., BOLLEE S. et CALLE P., *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, *Précis Domat*, 2016, p30.

<sup>483</sup> Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne,1980).

<sup>484</sup> On peut prendre l'exemple des normes « Bâle III » de 2010 qui ont donné lieu à l'adoption de la Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012.

<sup>485</sup> On trouve les prémisses d'une *lex mercatoria* dans le *ius gentium* ayant vocation à régir les relations économiques entre les citoyens romains et étrangers.

<sup>486</sup> *op.cit.* MADURO M, *We the court: the European Court of Justice and the European Economic Constitution: a critical reading of Article 30 of the EC Treat*, n°120, p 135.

pluralité d'instruments ont été présentés, il faut maintenant examiner si, en pratique, ils ont permis d'encadrer de manière nouvelle les pratiques normatives anticoncurrentielles.

### Sous-section 3. Les variations de l'influence exercée sur les pratiques normatives anticoncurrentielles

Dépasser le modèle du fédéralisme compétitif dans l'encadrement des pratiques nécessitait de réexaminer la répartition des compétences et les instruments idoines. Mais au delà de cette appréhension relativement théorique, il convient désormais d'apprécier quelles sont les influences exercées sur ces pratiques. Cet examen doit nous conduire à déployer notre analyse selon les différentes dimensions dans lesquelles pourraient s'inscrire cette concurrence normative. En effet, ces dimensions ont été abordées de manière sous-jacente jusqu'à ce point du raisonnement. Elles doivent désormais être mises en avant pour mieux percevoir les fluctuations qui ont lieu dans l'encadrement et la régulation des pratiques normatives anticoncurrentielles. Cette appréciation différenciée nous amènera à nuancer notre appréciation et offrira un aperçu plus fin et complet de l'élaboration de la concurrence normative de l'Union Européenne.

Avant d'examiner les résultats produits par cet encadrement selon la dimension concurrentielle, et pour reprendre l'analyse de Vlad Constantinesco, il s'agit à présent de prendre la mesure du critère téléologique de la compétence<sup>487</sup>. Ainsi l'auteur a pu affirmer que « *La compétence est ainsi déterminée par les conséquences qu'elle a pour objet d'entraîner, et le titulaire de la compétence reçoit la mission de relier ce but au présent dans lequel il se situe (..)* ». Examinons donc si le titulaire de la compétence a pu, par les instruments présentés, dans le présent dans lequel il se situe, remédier aux incuries du fédéralisme compétitif.

#### I. Les résultats de l'encadrement de la concurrence horizontale par le recours à la directive

Le recours à la directive pour encadrer les pratiques normatives anticoncurrentielles est relativement classique. Le processus d'harmonisation mené par le législateur européen a abouti à ce que certains auteurs qualifient de « patchwork » de directives<sup>488</sup>. Ce processus a été élaboré selon deux étapes.

---

<sup>487</sup> *op.cit.* CONSTANTINESCO V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, n°47, p80.

<sup>488</sup> *op.cit.* COTIGA A., *Le droit européen des sociétés: compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne*, n°382, §131 et suivants.

## A. La modernisation des ordres juridiques

La première a consisté en une harmonisation des règles nationales applicables aux opérations internes. À ce titre ce ne sont pas moins de huit directives qui furent adoptées<sup>489</sup>. Cette première étape fut l'objet de nombreuses critiques, dont celle de la complexité de la méthode employée. Outre la fragmentation des textes, cette complexité s'explique, pour Michel Menjucq, par le constant alignement sur le droit national le plus compliqué<sup>490</sup>. Pour d'autres auteurs, cela s'explique plutôt par un recours substantiel de la Commission aux experts nationaux, ce qui a sans doute permis de faciliter l'acceptation de telle directive par les ordres juridiques nationaux<sup>491</sup>. Un exemple peut être tiré de l'influence du droit allemand sur le droit belge des sociétés : on a pu constater (et critiquer) à cet égard l'importation de la structure externe rigide du droit allemand en droit belge qui employait alors la structure interne, considérée comme beaucoup plus souple<sup>492</sup>. On peut alors se demander si l'harmonisation, dont la philosophie est sans doute mieux exprimée par le terme allemand de « *Rechtskoordinierung* », a réellement eu lieu. L'objectif de l'article 50§2 g TFUE) est de coordonner « *dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes* » les exigences des différents droits internes. Mais plus qu'une « *Rechtskoordinierung* » on aboutit à une « *Rechtsanpassung* », *i.e.* une adaptation normative. Pour nuancer la critique de la complexité et de la méthode, on peut noter l'adoption de la directive 2017/1132<sup>493</sup>. Cette directive réalise une sorte de codification de l'intégralité des directives jusque-là en vigueur dans le domaine du droit des sociétés<sup>494</sup>. On peut néanmoins douter de l'intérêt d'une telle codification puisque les directives ont précisément vocation à s'effacer lors de la transposition dans l'ordre juridique interne<sup>495</sup>.

---

<sup>489</sup> Cette harmonisation a débuté avec la Première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers et s'est achevée avec la douzième directive 89/667/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, en matière de droit des sociétés concernant les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé.

<sup>490</sup> Cette analyse est développée par le professeur Michel MENJUCQ dans le Jurisclasseur Europe, Synthèse Droit des sociétés de l'Union européenne.

<sup>491</sup> SCHRANS G., « *The Instrumentality and the morality of European Economic Law* », dans *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch : Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita*, E. Bruylant : Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972.

<sup>492</sup> *op.cit.* COTIGA A., *Le droit européen des sociétés: compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne*, n°382.

<sup>493</sup> Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, JOUE numéro L. 169/46 du 30 juin 2017 »

<sup>494</sup> LECOURT B., « La codification du droit européen des sociétés ; Note sous Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, JOUE numéro L. 169/46 du 30 juin 2017 », (2017) 11 *Rev. Sociétés* 659–662.

<sup>495</sup> *Ibid.*

## B. La régulation concurrentielle des opérations transfrontalières

La deuxième étape consiste cette fois-ci en l'harmonisation des opérations transfrontalières. Cette étape fut plus ambitieuse mais aussi plus délicate. L'exemple des déboires d'une telle harmonisation peut être trouvé dans la directive OPA<sup>496</sup>. En effet si la première étape d'harmonisation (celle des droits internes) avait pu être critiquée pour sa complexité, la doctrine s'accorde sur le point que la transposition réalisée par les États Membres fut généralement satisfaisante<sup>497</sup>. Ce qui est loin d'être le cas de la directive OPA pour la raison simple qu'elle imposait aux États Membres de lever certaines barrières anti-OPA qui consistaient en fait à contrôler les prises de participation étrangères dans les sociétés nationales. On retrouve sur ce point une forme de patriotisme économique ou *defensive regulatory competition*. Si des progrès ont été faits<sup>498</sup>, la transposition de cette directive démontre, si cela était encore nécessaire, que le développement de la politique industrielle européenne demeure au stade embryonnaire<sup>499</sup>.

L'harmonisation des opérations transfrontalières se trouve par ailleurs aujourd'hui au point mort avec le blocage constant de la quatorzième directive relative au transfert transfrontalier de siège. Sur ce point, les pratiques normatives anticoncurrentielles des États Membres peuvent donc demeurer et certains auteurs y ont même vu une condamnation à l'immobilisme pour les opérateurs économiques<sup>500</sup>. Cependant on a pu voir que le prosélytisme de la Cour de Justice amène quelques encourageantes solutions en ce sens<sup>501</sup>, ce qui tranche avec l'attentisme de la Commission sur ce point<sup>502</sup>.

## C. La combinaison des outils et des acteurs : le cas de la fusion transfrontalière

Si ce premier aperçu du résultat de l'encadrement des pratiques normatives dans la dimension verticale appelle au pessimisme, il convient de tempérer cette première analyse.

---

<sup>496</sup> Directive 2004/25/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition.

<sup>497</sup> Notamment *op.cit.* MENJUCQ M., *Droit international des sociétés*, n°443.

<sup>498</sup> Com. (2012), 347,28 juin 2012

<sup>499</sup> Pour plus de précisions économiques sur ce point on peut citer : GUILLOU S., « La politique industrielle européenne, petite sœur de la politique de concurrence » dans OFCE, *L'économie européenne 2017*, La découverte.

<sup>500</sup> BÉGUIN M., « Les sociétés commerciales sont-elles condamnées à l'immobilité internationale ? », Dans *Aspects organisationnels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Jean Paillusseau*, 2003, Dalloz, p. 43.

<sup>501</sup> CJUE, 25 octobre 2017, *Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o*, aff. C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804.

<sup>502</sup> LECOURT B., « Un nouveau plan d'action en droit européen des sociétés, « 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 », *Rev. sociétés* 2013, p 121.

Ce tempérament peut d'abord être réalisé d'un point de vue théorique et global, puis d'un point de vue plus particulier au travers de l'exemple de la directive fusion.

D'un point de vue global et théorique tout d'abord, il convient de rappeler que la concurrence est certes un processus de mise en compétition des offreurs et demandeurs sur un marché donné, mais ce processus peut aussi être envisagé sous la forme d'un apprentissage mutuel, d'innovation même, des parties prenantes au marché<sup>503</sup>. Or, force est de constater que les différentes directives adoptées par le législateur européen ont été la source de nombreuses innovations, de découvertes normatives et de modernisations des droits nationaux. Cette modernisation a pu se manifester par la prise en compte des travaux préparatoires élaborés dans le cadre des services de la Commission ou *via* l'obligation de transposition des directives. La France a par exemple adapté son droit des sociétés par la loi du 24 juillet 1966<sup>504</sup> suite à l'adoption de la première directive de 1964. De manière plus globale on peut relever que nombreuses étaient les législations nationales dont le vieillissement se faisait sentir dans le contexte de la construction européenne<sup>505</sup>. Le processus concurrentiel de découverte s'est, quant à lui, surtout fait ressentir à propos des formes sociétales : si en France ou en Allemagne le concept de la SARL était déjà solidement ancré dans l'ordre juridique national<sup>506</sup>, tous les États Membres ne connaissaient pas cette forme au moment de l'adoption de la première directive ou de leur adhésion à l'Union Européenne. Ainsi, suite à leur adhésion à la Communauté Européenne, le Danemark, la Finlande et la Suède ont introduit dans leur ordre juridique interne cette forme sociale. Mais l'innovation vaut également pour la protection des intérêts des tiers puisque la transposition de la première directive fut l'occasion pour la majorité des États Membres d'adopter un droit spécifique des nullités (auparavant il n'existait alors qu'un droit commun des nullités relevant du droit civil). L'instrument de la directive a donc permis un progrès technique et juridique au sein des ordres juridiques nationaux. Outre la pure régulation concurrentielle, elle a permis le développement d'un contenu normatif moderne au bénéfice des opérateurs économiques. Si certains observateurs concluront alors que la concurrence se transforme en « *race to converge* », elle nous semble être ici surtout une « *race to the top* » : chaque État Membre a transposé dans son ordre juridique la directive, selon les moyens de son choix.

---

<sup>503</sup> Par exemple : Baumol, W., 1992, « Horizontal Collusion and Innovation », Policy Forum "Regulation of Cartels, Dominant Firms and Mergers", Economic Journal, 102(410), et *op.cit.* SNELL J., « Who's Got the Power? Free Movement and Allocation of Competences in EC Law », n°417.

<sup>504</sup> Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, (1966) 66-537.

<sup>505</sup> Par exemple : Loi luxembourgeoise du 10 octobre 1915 pour la société anonyme et du 18 septembre 1933 pour la SARL ; Loi danoise de 1930 sur la société anonyme ; Loi anglaise Companies Act de 1948 ; Loi grecque de 1920 sur la société anonyme et de 1955 sur la SARL.

<sup>506</sup> Le terme de « société à responsabilité limitée » est apparu pour la première fois dans un loi du 28 mai 1863 ; en Allemagne : Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1892, Nr. 24, Seite 477.

Cette transposition fut alors l'objet d'un travail introspectif source d'une innovation normative qui ne peut être négligée.

D'un point de vue particulier et pratique, la directive fusion<sup>507</sup> nous semble être un très bon exemple de l'encadrement des pratiques anticoncurrentielles dans une dimension horizontale au moyen de la directive. Chronologiquement la Cour de Justice était déjà intervenue pour intégrer cette opération à la liberté d'établissement<sup>508</sup> et la directive 90/434 avait permis une neutralité fiscale de celle-ci<sup>509</sup>. Ainsi une pratique anticoncurrentielle normative qui pouvait consister en une double imposition de la fusion par l'extension, par un État Membre de sa compétence fiscale, est érudée. Mais il restait encore à limiter d'autres pratiques anticoncurrentielles et démêler les compétences normatives sur une telle opération. En effet, la fusion transfrontalière fait apparaître la transmission de valeurs à travers les frontières : il faut donc s'entendre sur la loi applicable aux contrats en cours, aux biens mobiliers ou immobiliers, aux contrats de travail etc. Mais il faut aussi éviter l'application cumulative de deux lois ! En ce sens la directive fusion réalise une belle combinaison. Elle contient, d'une part, des règles de conflit de lois qui organisent une application distributive des droits nationaux pour les opérations réalisées « en interne » par les sociétés qui prennent part à l'opération<sup>510</sup>. D'autre part, elle prévoit des règles matérielles pour éviter l'application cumulative de deux droits, ce qui aurait l'inconvénient d'alourdir l'opération et donc, par extension, d'entraver la liberté d'établissement<sup>511</sup>. Finalement, la version codifiée de l'opération 2017/1132 prévoit le résultat final auquel toute fusion transfrontalière aboutit<sup>512</sup>. La directive fusion a donc permis un encadrement des pratiques normatives des États Membres pour atteindre l'objectif d'une mobilité transfrontalière facilitée<sup>513</sup>. Mais ce constat doit être nuancé. La Cour de Justice et les différentes directives portant sur les aspects de droit fiscal et de droit des sociétés ont levé de nombreux obstacles dans le cadre des fusions transfrontalières, limitant les risques de pratiques normatives anticoncurrentielles et favorisant la mobilité des opérateurs économiques. Mais l'adoption de la directive fusion n'a en fait pu aboutir que grâce à

---

<sup>507</sup> Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux.

<sup>508</sup> CJCE, 13 décembre 2005, *SEVIC Systems AG*, aff. C-411/03, ECLI:EU:C:2005:762.

<sup>509</sup> Cons. UE, Dir. 90/434/CEE, 23 juill. 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents : JOCE n° L 225, 20 août 1990, p. 1.

<sup>510</sup> Par exemple le projet commun de fusion transfrontalière doit être publié selon les modalités prévues par la législation de chaque État membre, article 6 de la directive 2005/56.

<sup>511</sup> Par exemple article 5 directive 2005/56 sur les mentions relatives au projet de fusion.

<sup>512</sup> Ce résultat est le suivant : transfert universel du patrimoine, la dissolution sans liquidation des sociétés absorbées, l'acquisition par les associés de l'absorbée de la qualité d'associé de l'absorbante.

<sup>513</sup> Pour un exemple récent de la mise en oeuvre de la présente directive : CJUE, 7 avril 2016, *KA Finanz AG*, aff. C-484/14, ECLI:EU:C:2016:205.



l'adoption préalable du règlement sur la société européenne<sup>514</sup>.

## II. L'influence limitée dans le cadre de la concurrence verticale par le recours au règlement

Les résultats de l'influence sur les pratiques normatives anticoncurrentielles par le recours au règlement laissent une impression contrastée. Cet encadrement présente un caractère novateur et audacieux où pourraient se loger les fondements d'une nouvelle concurrence normative, au delà du fédéralisme compétitif. Mais cette audace, ajoutée aux contraintes institutionnelles, a été la source d'une crispation entravant et limitant le développement de cette influence.

### A. La concurrence verticale comme nouvelle potentialité de contrôle des contenus normatifs

Le recours au règlement pour réguler les pratiques normatives anticoncurrentielles a permis d'introduire une forte verticalité dans cette régulation. En effet, même si les directives permettent de répartir les compétences normatives anticoncurrentielles ou d'alléger les contraintes normatives de certaines opérations, elles ne parviennent pas véritablement à influencer sur le cloisonnement des marchés nationaux ou ce qu'on pourrait qualifier de position normative dominante acquise par une forme sociale d'un État Membre au détriment des autres<sup>515</sup>. De telles pratiques sont deux résultats opposés du fédéralisme compétitif. La première constitue une forme de réaction défensive à la mise en compétition des systèmes normatifs, la seconde témoigne de l'ascendant pris par un ordre juridique sur tous les autres.

Or, si l'on se souvient de ce que la clause de flexibilité permettait de faire en terme de compétence (atteindre un objectif de l'Union) et des avantages que présentent les instruments que sont le règlement et l'harmonisation optionnelle (mise à disposition directe d'un instrument pour les opérateurs économiques) alors par subsumption on constate en quoi le règlement adopté sur pareil fondement permettrait véritablement de dépasser le fédéralisme compétitif. Il permet en effet au législateur de l'Union d'offrir un instrument supranational, absout des législations nationales pour que les opérateurs déploient leurs

---

<sup>514</sup> MENDJUCQ M. Michel, *Droit international et européen des sociétés*, LGDJ, 2016. §350 : l'auteur explique notamment que l'adoption du règlement SE s'est faite pour apaiser les craintes de l'Allemagne sur la mise en péril du principe de la *Mitbestimmung* dans le cadre d'une fusion.

<sup>515</sup> Simon Deakin note par exemple l'importante « fuite » de sociétés allemandes ou danoises s'incorporant sous le régime britannique après les arrêts Centros et Inspire Art (environ 10 000) : *op.cit.* DEAKIN S., « Is regulatory competition the future for european integration? », n°225.



activités sur le marché intérieur, réalisant pleinement l'interpénétration économique et sociale. L'Union rentre dans le jeu concurrentiel afin de redynamiser celui-ci en proposant sa forme de personne morale, pour influencer sur un marché où elle seule semble avoir la dimension adéquate pour agir.

Cette compétition verticale avait été totalement éludée par les modèles classiques du fédéralisme compétitif qui voyaient en l'Union au mieux une forme d'autorité régulatrice<sup>516</sup>. L'emploi de la clause de flexibilité pour adopter un règlement se distingue en effet de l'intervention normative rencontrée en droit américain et de la préemption d'une compétence partagée<sup>517</sup>. Une telle clause constitue un assouplissement du principe d'attribution<sup>518</sup> et non l'exercice d'une catégorie de compétences. C'est précisément cet assouplissement qui permet à l'Union de déployer la nouvelle potentialité de la concurrence verticale en lien avec les objectifs du Traité. Cela est particulièrement visible quand on considère le champ d'application de la liberté d'établissement. Jouissent d'une telle liberté les sociétés au sens de l'article 54 TFUE, *i.e.* les sociétés constituées en conformité avec la loi d'un État Membre. Or les formes supranationales de sociétés comme la SE disposent elles-aussi d'une telle liberté, bien qu'elles n'aient pas été, à proprement parlées, constituées en conformité avec la loi d'un État Membre mais plutôt selon les modalités du règlement de 2001.

#### B. Les échecs de la mise en concurrence verticale

Mais en pratique, on peut douter de ce que l'Union a effectivement atteint les objectifs visés par le recours à cette clause afin de redynamiser le jeu concurrentiel. Cet échec amène alors à douter de sa capacité d'offreur sur le marché.

Il faut néanmoins, tout d'abord, identifier les objectifs que souhaitaient atteindre le législateur de l'Union. À la lecture du préambule du règlement de 2001 instituant la société européenne, on comprend que l'objectif est celui de la réalisation du marché intérieur en élaborant une forme de société à la dimension de ce marché<sup>519</sup>. De même, dans sa proposition de règlement sur la société privée européenne<sup>520</sup>, la Commission met en avant la nécessité de renforcer la compétitivité des PME au sein du marché unique<sup>521</sup> et ne voit pas

---

<sup>516</sup> Voir nos développements en introduction sur le fédéralisme compétitif p8.

<sup>517</sup> Référence supra sur le lien entre compétence partagée et préemption p90.

<sup>518</sup> Assouplissement qui ne doit cependant pas conduire à l'attribution d'une nouvelle compétence: Avis de la Cour du 28 mars 1996, *Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/94, ECLI:EU:C:1996:140, §30.

<sup>519</sup> §6 et 7 du préambule du règlement 2157/2001.

<sup>520</sup> Proposition de Règlement du Conseil relatif au statut de la société privée européenne, COM (2008)396.

<sup>521</sup> MENJUCQ M, « La proposition de règlement relatif à la société privée européenne : une nouvelle étape en droit communautaire des sociétés ? » ,*Recueil Dalloz*, 2008, p2954.

d'autres moyens d'action que cette clause<sup>522</sup>. Néanmoins, force est de constater que cet objectif n'a pas été véritablement atteint.

## 1. L'abandon du projet de SPE

Tout d'abord, la proposition de règlement relatif à la SPE a été abandonnée<sup>523</sup>. La doctrine note que la crainte d'un mouvement de Private Limited Company à l'européenne<sup>524</sup> voire de l'émergence d'un *near monopoly supplier* marqué par « le sceau du libéralisme »<sup>525</sup> a conduit à un tel abandon. Il faut en fait surtout noter que cette forme de société constituait sans doute la forme de concurrence la plus dure pour les formes sociales des États Membres : la constitution n'était pas subordonnée à un lien de rattachement avec plusieurs États Membres<sup>526</sup>, la création pouvait se faire *ex-nihilo*, le capital minimum s'élevait à 1euro<sup>527</sup> mais surtout, conformément à l'article 7§2 « Une SPE n'est aucunement tenue d'établir son administration centrale ou son principal établissement dans l'État membre de son siège statutaire. », *i.e.* la SPE pouvait dissocier son siège réel de son siège statutaire. Enfin la proposition s'accompagnait de statuts types. L'Union mettait donc à disposition une forme sociale souple, facilement adaptable, rapidement adoptable. La SPE demeure aujourd'hui lettre morte mais il faut noter que les solutions adoptées par la Cour de Justice ne sont pas très loin d'aboutir au même résultat pour les opérateurs économiques se fondant sur les droits nationaux. Cette disparité s'explique par les contraintes institutionnelles qui pèsent sur la clause de flexibilité (adoption du règlement à l'unanimité), contraintes qui ne pèsent pas sur le juge de l'Union<sup>528</sup>. Cette contrainte institutionnelle a également pesé sur l'élaboration du règlement de 2001 sur l'introduction de la SE, l'initiative ayant été lancée dans les années 1970<sup>529</sup>. Par ailleurs le point de crispation de l'implication

---

<sup>522</sup> Considérant 18 de la Proposition de Règlement du Conseil relatif au statut de la société privée européenne, COM (2008)396.

<sup>523</sup> LECOURT B., « La société privée européenne a-t-elle encore un avenir ? (à propos du retrait de la proposition de règlement) », (2014) 2 *Rev. Sociétés* 133-135.

<sup>524</sup> KULMS R., « Europäische Privatgesellschaft », *EuP*, 2009.

<sup>525</sup> BERTEL M., « La société privée européenne, technique de LBO transfrontalier ? », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 6, Novembre 2011, dossier 35

<sup>526</sup> article 5§1 de la Proposition de Règlement du Conseil relatif au statut de la société privée européenne, COM (2008)396.

<sup>527</sup> article 19§4 de la Proposition de Règlement du Conseil relatif au statut de la société privée européenne, COM (2008)396.

<sup>528</sup> Pour un exposé de cette thèse et de ces contraintes: BOUVERESSE A., « La Cour de Justice de l'Union Européenne, gardienne de ses pouvoirs », dans *Liber Amicorum en l'honneur de Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, p109-123.

<sup>529</sup> La première proposition de règlement formulée par la Commission date du 30 juin 1970, JOCE n°124/1 du 10 octobre 1970, Bull 8/70.

des salariés a été relégué dans une directive<sup>530</sup>, adoptée aussi sur le fondement de la clause de flexibilité mais qui offre aux États Membres le contrôle de la transposition.

## 2. Le résultat mitigé de la SE

Pour ce qui est de la SE, justement, le constat d'échec appelle plus de nuances. En effet, d'un point de vue statistique il faut noter que ce sont environ 2600 SE<sup>531</sup> qui ont été constituées dont certaines multinationales qui ont adopté cette forme au cours de leur vie sociale (Allianz, Airbus, Groupe LVMH, Dassault System). Mais l'impression de succès cesse en ce point. En effet, derrière ce chiffre se cache une importante disparité. Si la SE a eu une certaine attractivité en Allemagne<sup>532</sup> ou en République Tchèque<sup>533</sup>, certains États Membres, dont la France, sont restés imperméables à cette nouvelle offre normative. Surtout la SE souffre de deux lacunes qui peuvent conduire à déclarer cette forme sociale théoriquement ambitieuse en terme de concurrence normative mais obsolète en pratique.

La première lacune est ce qu'on a coutume d'appeler l'hybridation normative de la SE<sup>534</sup>. Cette hybridation est expressément prévue par le règlement<sup>535</sup>. Le principe est le suivant : si les questions sont traitées par le règlement, les dispositions applicables sont celles du règlement et lorsque le règlement l'autorise, les statuts. Si les aspects ne sont pas traités par le règlement, les dispositions applicables sont les dispositions nationales relatives aux SE ou les dispositions nationales relatives aux sociétés anonymes n'excluant pas expressément les SE. On voit donc que la tentative de créer une forme supranationale se trouve quasiment anéantie en ce qu'elle ne parvient pas, de son aveu même, à construire une forme autonome et indépendante des droits nationaux. Aussi, les modalités de constitution prévues par le règlement ne permettent pas une constitution *ex-nihilo* mais plutôt une constitution à partir d'une forme nationale déjà existante. Dans son émergence et son fonctionnement la forme supranationale demeure donc, au moins en partie, nationale. L'existence de SE à variations nationales rend aussi le modèle beaucoup moins attractif car peu lisible.

---

<sup>530</sup> Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, projet de loi n°32001L0086 (10 novembre 2001), OJ L (294).

<sup>531</sup> Ces statistiques sont disponibles en ligne sur European Company Database: [http://ecdb.worker-participation.eu/show\\_overview.php?letter=A&orderField=se.se\\_name&status\\_id=3&title=Established%20SEs](http://ecdb.worker-participation.eu/show_overview.php?letter=A&orderField=se.se_name&status_id=3&title=Established%20SEs).

<sup>532</sup> Cette attractivité s'explique par le choix qui était alors laissé entre une structure moniste ou dualiste, l'Allemagne ne connaissant alors que la seconde.

<sup>533</sup> Il semblerait qu'une erreur dans la mise en oeuvre du règlement soit à l'origine d'une telle attractivité et plus précisément la réduction du capital social minimum.

<sup>534</sup> Nous empruntons ce qualificatif notamment à M. MENJUCQ.

<sup>535</sup> Article 9 du Règlement 2157/2001.

La deuxième lacune concerne la mobilité d'une telle forme supranationale. Tout d'abord, elle ne peut dissocier son siège statutaire de son siège réel<sup>536</sup>. Ensuite, au moment de l'adoption du règlement, la société était la seule à pouvoir opérer un transfert transfrontalier de siège<sup>537</sup>, mais depuis l'adoption de la directive fusion et la jurisprudence *Sevic-Cartesio*, sa mobilité semble archaïque. Quant à la question de savoir s'il serait possible d'appliquer la jurisprudence *Polbud* à la SE<sup>538</sup>, c'est à dire le déplacement du siège statutaire à des fins de law shopping, la réponse peut laisser perplexe l'observateur qui pensait voir en cette société une véritable offre normative venant faire concurrence aux offres des États Membres. Les associés constituant une SE connaissent la prohibition de dissociation, comparable à une loi nationale pratiquant le siège réel. Mais une société européenne doit pouvoir changer de droit applicable. Dès lors on peut penser que face à une telle situation, la SE, qui souhaite être véritablement mobile, soit contrainte de redevenir une société totalement de droit national<sup>539</sup>. La SE constitue donc une tentative, mais non un aboutissement du dépassement du modèle du fédéralisme compétitif par l'émergence d'une concurrence verticale, c'est-à-dire entre l'Union Européenne et les États Membres.

### III. Les prémisses d'une influence dans la concurrence conglomérale par le recours à la soft law

Nous avons présenté en amont les différents instruments de soft law qui apparaissent dans la dimension conglomérale de la concurrence normative. Il s'agissait d'instruments issus de sources internes mais aussi internationales. Il convient maintenant d'envisager comment, dans l'encadrement des pratiques anticoncurrentielles, ces instruments pourraient être employés et à quels résultats ils permettent d'aboutir. Dans une dimension plus ouverte sur la multiplicité des systèmes normatifs, l'implication de l'Union dans la concurrence conglomérale par la production de soft law pourrait contenir une solution à certains points de crispation des progrès réalisés dans le cadre de la concurrence verticale. Un point de blocage semble être notamment celui de l'implication des salariés dans l'entreprise. Pour certains auteurs ce blocage est l'illustration d'un phénomène de *path dependance* en droit des sociétés, *i.e.* l'explication de « *l'incidence engendrée sur les*

---

<sup>536</sup> article 7 du Règlement 2157/2001

<sup>537</sup> article 8 du Règlement 2157/2001

<sup>538</sup> La compétence de la Cour de Justice sur la SE et ses implications avaient déjà été envisagées par GOFFIN L., « Powers of the Court of Justice in the draft Regulatory Company (SE) », dans *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch : Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita* E. Bruylant : Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972.

<sup>539</sup> Même si l'on peut souligner que la Cour semble exercer moins de rigueur dans son contrôle à l'égard des normes européennes, *op.cit.* SNELL J., « Who's Got the Power? Free Movement and Allocation of Competences in EC Law », n°417, p23.

développements normatifs futurs par la différence initiale existante entre des structures corporatives nationales »<sup>540</sup>. S'affrontent alors deux modèles : le modèle britannique donnant la primauté aux intérêts des fonctionnaires et le modèle germanique accordant lui plus de place à l'opinion des salariés. Il semblerait que les premiers rédacteurs aient considéré que l'harmonisation des dispositions de droit social n'était pas prioritaire pour la réalisation du marché intérieur<sup>541</sup>. Il nous apparaît pourtant que remédier à un tel blocage normatif l'est devenu aujourd'hui et nécessite flexibilité et audace. Flexibilité dans la forme tout d'abord, puisque l'esprit même de l'implication des salariés a vocation à varier pratiquement selon chaque situation particulière. Audace ensuite par une proposition, une mise à disposition de modèles dont la pratique fera émerger celui présentant la plus grande propension à satisfaire les intérêts en présence<sup>542</sup>. Or force est de constater que seul un instrument de *soft law* peut satisfaire ces exigences.

Dans ce cadre, il semblerait que l'Union Européenne adopte une stratégie qui relève quasiment de la synergie des sources. L'objectif ici n'est pas de procéder à une comparaison matérielle du contenu proposé mais bien plutôt de montrer comment l'Union se sert de cette *soft law* pour développer une nouvelle forme d'encadrement des pratiques normatives anticoncurrentielles. En effet, loin de rester passive face à l'émergence de nouveaux principes directeurs de la vie des entreprises, l'Union catalyse, promeut et coordonne les différentes sources. Ainsi, à propos des codes de bonne gouvernance, la concurrence normative que subit l'Union Européenne est intense. Cette concurrence provient bien sûr des États Membres<sup>543</sup>, mais aussi d'organisations internationales<sup>544</sup>. Mais l'Union n'est pas passive, elle élabore au contraire d'une part des règles de coordination entre ces différents codes<sup>545</sup> mais propose aussi ses propres principes directeurs<sup>546</sup>. La même méthode d'action

---

<sup>540</sup> *op.cit.* COTIGA A., *Le droit européen des sociétés: compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne*, n°382, §171.

<sup>541</sup> *op.cit.* DEAKIN S., « Is regulatory competition the future for european integration? », n°225, p87.

<sup>542</sup> Pour Andra Cotiga, « La codétermination devrait prouver sa valeur par le libre choix fait par les États et les entreprises sur une base volontariste ». *op.cit.* COTIGA A., *Le droit européen des sociétés: compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne*, n°382.

<sup>543</sup> En France on pense au dode AFEP-MEDEF, son homologue allemand est le Deutscher Corporate Governance Kodex.

<sup>544</sup> OCDE (2015), *Principes de gouvernement d'entreprise du G20 et de l'OCDE*, Éditions OCDE, Paris, DEAKIN S., « Is regulatory competition the future for european integration? », *Swed. Econ. Policy Rev.* 2006.13.71-95.

<sup>545</sup> 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.

<sup>546</sup> Recommandation 2014/208/UE de la Commission du 9 avril 2014 sur la qualité de l'information sur la gouvernance d'entreprise (« appliquer ou expliquer »).

se retrouve en matière de Responsabilité Sociale des Entreprises<sup>547</sup> : tout en encourageant le respect des principes issus de la soft law internationale, la Commission développe sa propre stratégie<sup>548</sup>.

Finalement, on aurait pu penser que la transposition de certaines directives allait créer des marges de manœuvres suffisantes pour les États Membres, accélérer le fédéralisme compétitif et favoriser le law shopping des opérateurs économiques. On aurait pu aussi penser que le recours au règlement était véritablement novateur et parviendrait à dépasser le modèle du fédéralisme compétitif. Or force est de constater que l'influence exercée sur le contenu des pratiques normatives est relativement plus nuancée. La transposition des directives n'a pas accéléré la compétition entre les États Membres et l'adoption du règlement relatif à la SE témoigne de la difficulté de se départir des ordres juridiques nationaux pour dépasser totalement le fédéralisme compétitif. Par ailleurs, la 14<sup>ème</sup> directive sur le transfert de siège n'a toujours pas été adoptée et le projet de SPE est un échec : l'un comme l'autre des instruments présentés ont connu des défailances. Serait-il alors impossible de dépasser le modèle du fédéralisme compétitif ? Nous ne le croyons pas. Bien au contraire, il reste à l'Union à se conformer à son *leitmotiv* : unir dans la diversité. Elle est déjà parvenue à le faire au moment de l'adoption de la directive fusion et du règlement sur la SE : la directive reprend de nombreux points du règlement sur les modalités des opérations en cause et le règlement permet d'apaiser les tensions sur la *Mitbestimmung* avec la mise en place du principe du avant/après<sup>549</sup> dans le maintien des droits acquis.

Une autre forme de combinaison se trouve sans doute dans la proposition de directive sur la SUP<sup>550</sup> : adoptée sur le fondement de l'article 50 TFUE, elle constitue une forme de société, à cotés des droits nationaux, qui peut être créée *ex nihilo* ou à partir d'une société existante. Pour ce qui est du point problématique de la dissociation des sièges, le texte amendé renvoie cette possibilité à la discrétion des droits nationaux, mais il est loin de constituer le point final de la réflexion. Finalement la SUP ne serait-elle pas plus dangereuse pour les États Membres ? Elle les oblige en effet à insérer dans leur propre ordre juridique

---

<sup>547</sup> La Responsabilité Sociale des Entreprises désigne l'intégration volontaire par les entreprises des préoccupations sociales, environnementales et éthiques dans leurs activités économiques.

<sup>548</sup> Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social européen et au Comité des régions: Responsabilité Sociale Des Entreprises: Une Nouvelle Stratégie De L'ue Pour La Période 2011-2014 /\* COM/2011/0681 Final.

<sup>549</sup> Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, article 13.

<sup>550</sup> Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative aux sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée /\* COM/2014/0212 final et LECOURT B., « Société unipersonnelle à responsabilité limitée (SUP) : accord du Conseil sur une orientation générale », *RS*, 2015, p692.

national une forme supranationale de personne morale. Cette identité hybride, forme sociale harmonisée mais à la coloration européenne<sup>551</sup> démontre mieux que toutes les autres que l'Union Européenne est en train de dépasser le modèle du fédéralisme compétitif. Les offreurs se multiplient et apparaissent à différents niveaux, les instruments évoluent et les perspectives qu'ils offrent pour la concurrence normative sont démultipliées.

Formellement, cette combinaison des acteurs et des instruments pourrait se présenter sous la forme d'un code européen des droits des sociétés, regroupant les différents textes adoptés, les recommandations de la Commission ainsi que les arrêts rendus par la Cour de Justice. Ce code aurait aussi le mérite d'accroître la visibilité du modèle européen en lui assurant, dans la période actuelle de mondialisation du droit<sup>552</sup>, notoriété et viabilité<sup>553</sup>. Mais si l'encadrement des pratiques peut permettre de dépasser le modèle du fédéralisme compétitif, on constate déjà les difficultés auxquelles pareil encadrement est confronté. Aussi, dépasser le fédéralisme compétitif, dans une perspective plus globale, nécessite également de prendre en compte, outre les pratiques, le rôle des agents sur le marché de la norme.

## SECTION 2. Influencer le comportement des acteurs sur le marché de la norme

On a vu les obstacles auxquels peuvent être confrontées les tentatives de dépassement du fédéralisme compétitif lorsqu'elles tentent de proposer des solutions matérielles pour intervenir directement dans la concurrence normative.

Si l'on souhaite véritablement dépasser le modèle du fédéralisme compétitif il convient de ne pas se concentrer uniquement sur cette approche. Si celle-ci est à l'origine d'avancées certaines elle se doit d'être complétée par d'autres prescriptions. En effet, en matière de concurrence, et pour remédier à une situation anticoncurrentielle sur le marché, il est possible d'appliquer non seulement des mesures correctives structurelles mais aussi des mesures correctives comportementales<sup>554</sup>. Ces mesures, qui ont pour objectif de corriger le comportement problématique d'acteurs sur le marché pour le rendre compatible avec le maintien d'une concurrence libre et non faussée, ont d'ailleurs souvent la primauté

---

<sup>551</sup> LECOURT B., « Société unipersonnelle à responsabilité limitée (SUP) : accord du Conseil sur une orientation générale Commission européenne, Communiqué de presse, n° 377/15, 28 mai 2015 », *RS*, 2015 p692.

<sup>552</sup> RABU G., « La mondialisation et le droit : éléments macrojuridiques de convergence des régimes juridiques », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. xxii, 3, no. 3, 2008, pp. 335-356.

<sup>553</sup> *op.cit.* LECOURT B., « La codification du droit européen des sociétés ; Note sous Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, JOUE numéro L. 169/46 du 30 juin 2017 », n°494.

<sup>554</sup> On citera par exemple l'article 7§1 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.



sur les mesures structurelles<sup>555</sup>. On s'attachera donc, dans cette partie du développement, à envisager quelles prescriptions comportementales l'Union Européenne peut formuler à l'égard des acteurs sur le marché pour poser les bases d'une concurrence, cette fois-ci normative, libre et non faussée.

Il a été mis en exergue que l'Union s'attachait à offrir des solutions tant aux offreurs, c'est-à-dire les États Membres, qu'aux acheteurs, c'est-à-dire les opérateurs. Pour encadrer comportementalement la concurrence normative, l'Union dispose principalement d'outils s'adressant aux offreurs. Cette solution ne devrait pas étonner, en matière de droit de la concurrence la figure est identique<sup>556</sup>.

La première démarche que semble avoir adopté l'Union Européenne pour encadrer les États Membres réside dans le recours au principe de loyauté. Aussi il conviendra donc d'examiner comment ce principe de loyauté à vocation a s'appliquer dans le cadre de la concurrence normative (Sous-section 1).

Enfin il sera temps de confronter ces développements à la réalité. En effet, l'Union va bientôt être confrontée à la disparition d'un offreur sur le marché et l'étude des comportements des acteurs encore présents sur le marché pourra nous amener à rappeler les principaux enjeux de concurrence normative auxquels l'Union sera amenée dans le futur à faire face (Sous-section 2).

#### Sous section 1. De la loyauté dans la concurrence normative

Rechercher l'impact de la loyauté dans le cadre de la concurrence normative peut sembler à la fois intuitivement accessible mais aussi difficilement opérable. En effet si les termes de concurrence et loyauté sont parfois employés concomitamment, le concept de loyauté dans l'ordre juridique de l'Union semble en revanche un peu éloigné de cette conception.

Aussi, pour démontrer comment le principe de loyauté peut avoir vocation à jouer dans le cadre de la concurrence normative en guise de prescription comportementale, il faudra tout d'abord déterminer ce qu'il faut entendre par loyauté et par comportement loyal pour qualifier des acteurs en concurrence (I). L'Union Européenne se saisit elle-aussi de la loyauté pour agir sur les différents acteurs sur le marché (II). Ces deux précisions

---

<sup>555</sup> Par exemple une mesure structurelle (et rare) de démantèlement est celle qui fut adoptée à l'encontre de la Standard Oil Company en 1911 en application du Sherman Antitrust Act de 1890.

<sup>556</sup> L'action d'offrir un bien sur un marché est même ce qui déclenche l'application du droit de la concurrence, l'activité d'achat étant secondaire. Pour un exemple on peut citer: CJCE, 11 juillet 2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-205/03 P, ECLI: ECLI:EU:C:2006:453.



inviteront à considérer comment la loyauté peut encadrer la concurrence normative en matière de liberté d'établissement des personnes morales (III).

#### I. La loyauté et le comportement des acteurs normatifs en concurrence

Donner un sens à une expérience collective *via* la forme juridique exige de revenir sur quelques concepts afférents à la vie d'un groupe et à la manière dont la loyauté doit être comprise dans ce cadre (A). Cette loyauté est elle aussi saisie par le droit, et notamment par le droit des affaires (B). De ces deux développements il sera opportun de tirer les premières conséquences d'une concurrence normative loyale (C).

##### A. Aperçu sociologique de la loyauté

Le processus de socialisation a été maintes fois mis en avant pour examiner les relations entre des individus membres du même groupe. Ce concept a notamment été défini comme « *un processus par lequel nous apprenons à devenir les membres d'une société, à la fois en intériorisant les normes et valeurs d'une société et aussi en apprenant à mettre en oeuvre nos rôles sociaux* »<sup>557</sup>. On constate à la lecture de cette définition que les interactions entre individus mais aussi la problématique de l'apprentissage sont capitales. Or, n'a-t-on pas souscrit précédemment à la thèse selon laquelle la concurrence est aussi un processus d'apprentissage ? La concurrence normative permettrait donc une socialisation des acteurs sur le marché de la norme, les incitant à intégrer dans leur patrimoine normatif les valeurs de l'Union Européenne que pourraient être le principe de non-discrimination, l'accès au marché ou la reconnaissance mutuelle<sup>558</sup>. Néanmoins, le processus se doit tout de même d'être soumis à certains vecteurs s'il souhaite véritablement aboutir à l'émergence d'un groupe. En ce sens, Emile Durkheim insiste sur la nature sociale de la morale de l'Homme<sup>559</sup>. Cette morale pousserait l'homme à adopter une attitude solidaire vis-à-vis du groupe<sup>560</sup>. Si l'invocation de la morale pour « discipliner » le comportement de l'homme au sein du groupe est certes attrayant, il nous semble cependant que le concept de loyauté, qui consiste « *pour un individu donné à servir et à défendre les intérêts du groupe auquel il*

---

<sup>557</sup> Cette définition est issue de: GORDON M., *A dictionary of sociology* (2nd ed). New York Oxford University Press, 1998.

<sup>558</sup> Par exemple: CJUE, 1er mars 2012, *Asociación para la Calidad de los Forjados (Ascafor)*, aff. C- 484/10, ECLI:EU:C:2012:113, § 52 et 53 où la Cour rappelle les trois principes fondamentaux du marché intérieur : la non-discrimination, l'accès au marché et la reconnaissance mutuelle.

<sup>559</sup> DURKHEIM E., Bull. soc. française de phil., 1906, p. 113 sq., repris dans *Sociologie et philosophie*, Paris, PUF, 1967, p. 39 sq.

<sup>560</sup> TERRÉ D., « Droit, morale et sociologie », 54-2 *Année Sociol.* 2004, 483-509.

*appartient* »<sup>561</sup>, est plus adapté pour au moins deux raisons. La première réside dans les perspectives qu’offre cette notion : elle est plurielle en ce sens qu’elle offre une consistance variable selon les groupes et les enjeux. Elle est donc absolument protéiforme. Ensuite le second intérêt, sans doute le plus important pour cette étude, résulte dans la dimension normative de cette notion<sup>562</sup>. En effet, la loyauté a été pleinement saisie par le droit et semble ne pas avoir épuisée toutes ses ressources, ce qui nous encourage dans notre volonté de nous en saisir dans le cadre de la concurrence normative.

## B. La loyauté saisie par le droit

La loyauté saisie par le droit est d’abord symbolisée par sa présence dans le fameux lexique juridique du Doyen Cornu pour qui la loyauté est la droiture et désigne plus spécialement soit la sincérité contractuelle (dans la formation du contrat), soit la bonne foi contractuelle (dans l’exécution du contrat) soit, dans le débat judiciaire, le bon comportement qui consiste pour chaque adversaire à mettre l’autre à même d’organiser sa défense en lui communiquant en temps utile ses moyens de défense et de preuve (article 15 CPC)<sup>563</sup>. La loyauté peut aussi être synonyme de fidélité, *i.e.* le comportement d’un agent qui respecte les devoirs de son état, ou encore de sincérité qui tend alors par exemple à s’appliquer dans une confrontation entre plusieurs agents en leur imposant un comportement franc, droit, en observant les règles du jeu.

On conçoit à la lecture de cette définition que la loyauté pénètre différentes sphères du droit : la sphère contractuelle, procédurale ou encore matrimoniale. Cependant, la sphère qui nous intéresse le plus demeure celle du droit des affaires et plus particulièrement du droit de la concurrence. En effet, le droit français, mais aussi d’autres ordres juridiques<sup>564</sup>, ont développé le concept de concurrence déloyale. Si en France le régime est à l’origine purement prétorien<sup>565</sup>, elle a connu une certaine consécration législative comme l’action en concurrence déloyale<sup>566</sup> qui a vocation à jouer dans les relations entre professionnels et consommateurs. Dès lors, une pratique déloyale<sup>567</sup> doit être mise en avant par la réunion de deux critères : un manquement aux exigences de la diligence professionnelle et une pratique

---

<sup>561</sup> GRAVIER M., « D’une loyauté à l’autre. », *Polit. Eur.* 2003.11.79-98. L’auteur cite également: WALZER M., *Thin and Thick*, University of Notre Dame Press, 1994.

<sup>562</sup> *Ibid.* p80.

<sup>563</sup> CORNU G. et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 9. éd, coll. Quadrige Dicos poche, Paris, Quadrige / PUF, 2011.

<sup>564</sup> SOUTY F. et PALOMBI F., « La modernisation différenciée du droit de la concurrence déloyale en Allemagne et en France, 2004-2015 », *BTL*, N° 3347, 10 janvier 2011.

<sup>565</sup> Les solutions adoptées se fondaient principalement sur l’article 1382 code civ (devenu article 1240).

<sup>566</sup> Notamment : Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation.

<sup>567</sup> Article L 120-1 code de la consommation.

qui altère de manière substantielle le comportement économique du consommateur. A *contrario*, la concurrence sera loyale si le professionnel agit conformément aux prescriptions qui s'imposent à sa profession, le comportement du consommateur ne se trouvera pas altéré.

### C. Les implications pour le comportement des acteurs normatifs

À l'aune des développements précédents il est possible de tirer quelques enseignements sur ce que devrait être le comportement d'un acteur normatif loyal dans le cadre du marché intérieur. Ainsi celui-ci devrait témoigner d'une certaine fidélité au patrimoine de valeurs et de normes que contient le groupe auquel il appartient, à savoir l'Union Européenne. Lorsque cet acteur agit sur le marché, il devrait alors tenir compte des diligences exigées par son statut d'État Membre, sorte de *déontologie professionnelle transposée au contexte de l'intégration européenne* pour ne pas altérer le choix des opérateurs économiques, mais aussi plus globalement, et de manière substantielle, les progrès de l'intégration. Au delà d'une concurrence fondée sur le modèle primitif du fédéralisme compétitif, on cherche véritablement ici à introduire un principe de coopération entre les États Membres pour que tous suivent les mêmes règles du jeu. En ce sens nous rejoignons le questionnement de Simon Deakin<sup>568</sup> « *The question, rather, is what kind of institutions are needed to alter the legal environment in such a way as to induce the cooperation which is needed for regulatory competition to function effectively?* ». Pour répondre à cette question dans le cadre du marché intérieur il convient de s'intéresser comment le droit de l'Union appréhende la question de la loyauté.

## II. La loyauté saisie par le droit de l'Union

Si nous avons mis en avant le concept de concurrence déloyale selon le droit interne français de la concurrence, il faut admettre que ce concept n'a pas réellement de pendant dans le droit de l'Union (A). En revanche, le concept de loyauté fait immédiatement écho à l'exigence de coopération loyale posée par le droit primaire (B). Ce concept présenté, il faudra mettre en avant une de ses implications qui recèle un fort potentiel dans le cadre de la concurrence normative, à savoir l'encadrement de l'autonomie des États Membres (C).

---

<sup>568</sup> DEAKIN S., « Legal Diversity and Regulatory Competition: Which Model for Europe? », (2006) 12-4 *Eur. Law J.* 440-454.

## A. La loyauté dans les transactions économiques

Le concept de concurrence loyale est relativement rare dans la doctrine du droit de la concurrence de l'Union Européenne puisque l'aspect de loyauté de la concurrence ne se trouve pas en tant que tel mais plutôt en association avec l'objectif de protection du consommateur mis en avant par la Commission<sup>569</sup>.

Finalement, l'apparition la plus fréquente du terme de loyauté dans le droit de l'Union se trouve sans doute dans la jurisprudence de la Cour de Justice lorsque l'exigence impérative d'intérêt général de la « *loyauté des transactions commerciales* » est mise en avant par un État Membre pour échapper une mesure indistinctement applicable à la qualification d'entrave à la libre circulation. Si le terme de loyauté des transactions commerciales est apparu pour la première fois dans l'affaire *Cassis de Dijon*<sup>570</sup>, elle se trouve en fait une fois de plus encore assimilée avec l'exigence impérative d'intérêt général que constitue la protection des consommateurs<sup>571</sup>. Dans ce cadre, elle apparaît comme une des exigences le plus souvent mise en avant (avec la protection de la santé publique) par les États Membres<sup>572</sup>.

Mais s'il apparaît que la loyauté est invoquée avec parcimonie dans le droit matériel de l'Union, elle reçoit en droit institutionnel un tout autre accueil.

## B. L'exigence de coopération loyale

La loyauté dans l'ordre juridique de l'Union transparaît effectivement avant tout dans l'exigence de coopération loyale posée à l'article 4§3 TUE qui dispose « *En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États Membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités. Les États Membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes et institutions de l'Union. Les États Membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union.* »

---

<sup>569</sup> Par exemple : Proposition de la Commission relative à la transparence et à la pérennité du modèle de l'UE d'évaluation des risques dans la chaîne alimentaire, 18 avril 2018, faisant suites au communiqué de la Commission du 26 septembre 2017 sur le guide à l'intention des États membres pour les aider à mieux lutter contre les pratiques déloyales.

<sup>570</sup> CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. C-120/88, ECLI:EU:C:1979:42, dans la jurisprudence postérieure on peut citer : CJCE, 22 janvier 1981, *Dansk Supermarked*, aff. C-58/80, ECLI:EU:C:1981:17.

<sup>571</sup> CJCE, 12 mars 1987, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, affaire dite « Loi sur la pureté de la bière », aff. C-178/84, ECLI:EU:C:1987:126.

<sup>572</sup> BARNARD C., *The substantive law of the EU: the four freedoms*, Fifth Edition, Oxford, Oxford University Press, 2016, p 174.

## 1. Introduction historique au principe de coopération loyale

Considéré comme un « *principe de structure fondamentale* »<sup>573</sup>, « *au cœur du système juridique communautaire* »<sup>574</sup>, le recours à la loyauté a irrigué la construction européenne comme en témoigne les multiples comparaisons de cette loyauté avec le principe de fidélité fédérale (*Bundestreue*)<sup>575</sup>. Ce dernier principe vient pallier les silences de la Grundgesetz pour imposer une obligation comportementale aux Länder et au Bund qui doivent tous deux prendre en compte l'intérêt commun fédéral dans leurs relations<sup>576</sup>. On retrouve donc dans les deux principes une loyauté réciproque, *i.e.* une loyauté de l'Union à l'égard des États Membres et inversement. Néanmoins, il faut noter sur ce point une évolution des Traités européens depuis Lisbonne. L'article 5 CEE faisait essentiellement reposer une obligation sur les États Membres pour faciliter la réalisation des objectifs du traité. Pour Pierre Pescatore il s'agissait d'employer la compétence résiduelle des États Membres au service de la Communauté<sup>577</sup>. Cependant, le projet de Constitution pour l'Europe puis le Traité de Lisbonne ont consacré ce que la pratique avait déjà partiellement acté, c'est à dire un devoir également de loyauté des institutions à l'endroit des États Membres. Rappelons enfin d'un point de vue purement sémantique que la version anglaise des traités parle de « *sincere cooperation* » et la version allemande de « *loyalen Zusammenarbeit* ». La version française de la coopération loyale synthétise d'une certaine manière ces deux variantes et nous verrons dans nos développements que l'une comme l'autre exprime à chaque fois mieux une dimension de cette obligation.

## 2. Le contenu de l'obligation de coopération loyale

Précisément il convient de revenir sur le contenu de l'obligation de coopération loyale consacrée à l'article 4 TUE, *i.e.* dans le même article que le principe d'attribution (4§1) et le principe d'égalité des États Membres devant les traités et du respect de leur identité

---

<sup>573</sup> PESCATORE P. « *Les objectifs de la Communauté européennes comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice* » dans *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch : Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita* E. Bruylant : Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972.

<sup>574</sup> SIMON D., *Le système juridique communautaire*, 2001, §100 et suivants.

<sup>575</sup> CONSTANTINESCO V., « L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire » dans *Du droit international au droit de l'intégration: liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges, 1987.

<sup>576</sup> GRÖPL C., *Staatsrecht I: Staatsgrundlagen, Staatsorganisation, Verfassungsprozess ; mit einer Einführung in das juristische Lernen*, 5. Aufl, coll. Lernbücher Jura, München, Beck, 2013. §658.

<sup>577</sup> PESCATORE P., *Le droit de l'intégration : émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruylant, 2005.p41.

nationale (4§2) ce qui sera questionné dans la suite de nos développements<sup>578</sup>. L'article 4§2 plus spécifiquement impose donc le respect de l'égalité des États Membres et même si celle-ci n'est pas absolue<sup>579</sup>, rappelons une fois de plus que la fonction égalitaire se trouve aussi dans la concurrence, elle est même à la base de celle-ci en ce que les opérateurs sont soumis aux mêmes règles pour aboutir à une concurrence non faussée. Par la suite, au sein de cette concurrence sera fixée une sorte de ligne de conduite qui est celle de la loyauté.

Très classiquement on peut rappeler que l'obligation de coopération loyale recouvre deux types d'obligations : une négative (les États Membres doivent s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des buts du traité) et une positive (adopter toute mesure pour faciliter l'accomplissement de leur mission par les institutions). Cette obligation permet parfois de renforcer une obligation préexistante<sup>580</sup>, alors analogue au principe d'exécution de bonne foi des traités internationaux<sup>581</sup>, mais elle est également une source d'obligations autonomes<sup>582</sup>. Plus en lien avec notre étude, il faut souligner que cette obligation peut servir de méthode d'interprétation systématique du comportement des États Membres, que ce soit dans leur exécution du droit de l'Union<sup>583</sup> ou dans les relations extérieures<sup>584</sup>. Finalement, même si notre volonté n'est pas de procéder à une hiérarchisation stérile, le principe de coopération loyale se trouve être tout aussi important que le principe de primauté, auquel il est d'ailleurs parfois associé dans la jurisprudence l'un complétant l'autre, l'autre renforçant le premier<sup>585</sup> : en cela nous abondons dans le sens du Professeur Aude Bouveresse pour qui « *sans la coopération loyale des États pour mettre en application le droit de l'Union, la primauté serait dénuée de toute portée dans les ordres juridiques nationaux* »<sup>586</sup>.

---

<sup>578</sup> Voir infra p132.

<sup>579</sup> Certains d'entre eux peuvent en effet aller plus loin dans l'intégration par le mécanisme des coopérations renforcées, article 20 TUE.

<sup>580</sup> CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH contre Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, aff. C-78/70, ECLI:EU:C:1971:59.

<sup>581</sup> On fait ici référence à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités de 1969.

<sup>582</sup> SIMON D., *Le système juridique communautaire*, Presses Universitaires de France, 2001, §100 et suivants.

<sup>583</sup> CJCE, 2 février 1977, *Amsterdam Bulb BV contre Produktschap voor Siergewassen*, aff. C-50/76, ECLI:EU:C:1977:13, §32.

<sup>584</sup> Les États Membres ne doivent, par exemple, pas conclure des accords internationaux incompatibles avec le droit de l'Union. Actuellement cette problématique se polarise autour des Traités Bilatéraux d'investissements et la nouvelle compétence de l'Union en la matière (article 206 TFUE), on peut citer : CJUE, 6 mars 2018, *Slowakische Republik contre Achmea BV*, aff. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158.

<sup>585</sup> On peut prendre l'exemple de la très éloquente affaire CJCE 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL contre Région wallonne*, aff. C-129/96, ECLI:EU:C:1997:628: la Cour met entre parenthèse la primauté pour assurer l'objectif transversal de protection de l'environnement en se fondant principalement sur l'exigence de coopération loyale. Il est ensuite possible de mettre cette affaire en parallèle avec le cas Winner Wetten (CJUE, 8 septembre 2010, *Winner Wetten GmbH contre Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, aff. C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503), on se reportera à l'article cité dans la note suivante.

<sup>586</sup> BOUVERESSE A., « L'effectivité comme argument d'autorité de la norme » dans RITLENG D. et BOUVERESSE A., *L'effectivité du droit de l'Union européenne.*, Bruxelles, Emile Bruylant, 2017.

Dans le cadre de notre étude et en lien avec nos développements introductifs sur l'appartenance au groupe, il convient de noter que le principe de coopération loyale met aussi l'accent sur les liens qui unissent les États Membres et l'émergence d'une forme d'identité-loyauté-européenne<sup>587</sup>. Formulé par le Professeur Loïc Azoulay, cette appartenance, cette construction d'une identité s'explique notamment par le fait que « *Le droit de l'Union s'efforce de faire entrer les comportements des États dans un cadre qui leur sert de modèle pour l'action ; il structure leur comportement* »<sup>588</sup>. On discerne déjà là un point commun entre notre définition de la concurrence loyale et la coopération loyale telle que comprise par le droit de l'Union : toutes deux ne dispensent pas un contenu précis d'actions mais fixent un cadre au sein duquel s'exerce une liberté. Elles fixent les lignes directrices d'un comportement au sein d'un groupe, d'un ensemble intégré. Précisément il nous semble désormais important de revenir sur la principale implication de la loyauté dans l'ordre juridique de l'Union : celle de l'encadrement de l'autonomie.

### C. Une implication de la loyauté : l'encadrement de l'autonomie

On a évoqué précédemment que les États Membres étaient tenus par l'obligation de coopération loyale lorsqu'ils exécutent le droit de l'Union. L'article 4§1 TUE rappelant le principe d'attribution des compétences, il apparaît immédiatement que l'Union et ses institutions ne peuvent en effet pas mettre en œuvre toutes les politiques ainsi que l'intégralité de son droit. Bien au contraire, dans une structure intégrée le partenariat entre les entités qui la composent est fondamental. On peut donc s'accorder à dire que dans le silence des traités (mais aussi dans leur parole<sup>589</sup>) les États Membres jouissent d'une certaine autonomie<sup>590</sup>. La première forme d'autonomie dégagée par la jurisprudence de la Cour est une autonomie institutionnelle<sup>591</sup> qui s'inscrit dans la lignée de l'article 4§2 TUE. Une autre forme d'autonomie est cependant plus pertinente pour cette étude. Il s'agit de l'autonomie procédurale qui est définie de manière constante par la Cour de Justice depuis

---

<sup>587</sup> On reprend ici le terme de loyauté-identité de GRAVIER M., « D'une loyauté à l'autre. Elements d'analyse sur le statut de la fonction publique européenne (1951-2003) », *Politique européenne*, vol. 11, no. 3, 2003, pp. 79-98, en y ajoutant la dimension européenne comme avait pu le faire Vlad CONSTANTINESCO dans *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*.

<sup>588</sup> AZOULAI L., « Appartenir à l'Union européenne. Liens institutionnels et relations de confiance entre États membres de l'Union », *Liber Amicorum en l'honneur de Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, p. 11-36.

<sup>589</sup> On renvoie ici à l'article 54 TFUE.

<sup>590</sup> MARTUCCI F., *Droit de l'Union européenne*, coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2017. §250.

<sup>591</sup> CJCE, 15 septembre 1971, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor groenten en fruit*, aff. C-51 à 54/71, ECLI:EU:C:1971:128.



l'affaire *Comet*<sup>592</sup>. À ce stade, l'obligation de coopération loyale vient restreindre une autonomie afin de permettre la conciliation de celle-ci avec les exigences d'application uniforme et effective du droit de l'Union<sup>593</sup>. Cette conciliation se matérialise dans les principes d'équivalence et d'effectivité. La Cour de Justice se retrouve une nouvelle fois à chercher un équilibre entre l'autonomie et l'effectivité, équilibre cette fois-ci dans le contrôle des comportements. Ces prescriptions comportementales peuvent alors s'adresser aux juridictions nationales. Une manière de comprendre l'arrêt *Simmenthal*<sup>594</sup> sous l'angle de la coopération loyale<sup>595</sup> est de dire qu'il revient au juge de ne pas appliquer la norme nationale contraire au droit de l'Union : encore une fois primauté et coopération loyale se trouvent liées. En matière de liberté d'établissement des personnes morales, on a déjà mis en avant que certaines composantes de cette liberté portaient en elles une coloration procédurale forte. Il en va ainsi du droit de l'insolvabilité et la Cour de Justice a déjà pu faire usage des principes d'équivalence et d'effectivité pour contrôler la mise en œuvre procédurale des faillites<sup>596</sup>.

S'il est certain que l'obligation de coopération loyale encadre une autonomie comportementale des États Membres au sein de l'Union, il n'est pas encore apparu dans notre raisonnement qu'elle puisse frontalement jouer dans la concurrence des acteurs normatifs. Mais s'il y a une concurrence entre les offreurs, c'est nécessairement parce qu'ils disposent d'une forme de liberté, d'une autonomie. Même si la doctrine se concentre sur l'autonomie procédurale ou institutionnelle, il nous semble pourtant qu'il existe aussi une autonomie normative qui pourrait être encadrée par les principes énoncés. Ainsi, l'émergence d'une concurrence normative loyale correspondrait en fait à l'encadrement de l'autonomie normative des États Membres.

### III. La loyauté pour encadrer la concurrence normative en matière de liberté d'établissement

Si l'existence d'une autonomie normative entraîne nécessairement une concurrence normative entre les acteurs sur le marché, la loyauté peut permettre d'encadrer une telle

---

<sup>592</sup> CJCE, 16 décembre 1976, *Comet BV contre Produktschap voor Siergewassen*, aff. C-45/76, ECLI: ECLI:EU:C:1976:191, §13 : « en l'absence de réglementation de l'Union en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État Membre de désigner les organes et les juridictions compétents et de régler les modalités procédurales des actions administratives et des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit de l'Union ».

<sup>593</sup> *op.cit.* SIMON D., *Le système juridique communautaire*, n°371.

<sup>594</sup> CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, aff. C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49

<sup>595</sup> GORMLEY L. W., « Some Further Reflections on the Development of General Principles of Law Within Article 10 EC », *Gen. Princ. EC Law Process Dev.* 2008.

<sup>596</sup> CJUE, 8 juin 2017, *Vinyls Italia*, aff. C-54/16, ECLI:EU:C:2017:433, §26.



autonomie et par extension maintenir une concurrence normative non faussée en matière de liberté d'établissement. Pour déterminer si un tel mécanisme peut se mettre en place il faudra tout d'abord revenir sur quelques implications et présupposés théoriques à l'existence d'une autonomie normative (A) pour voir très concrètement comment la Cour de Justice a encadré une telle autonomie (B).

A. Le présupposé théorique : l'existence d'une autonomie normative à encadrer

Même si le constat a été rappelé maintes fois au cours de cette étude, il convient de le formuler de nouveau. L'harmonisation, la préemption normative de l'Union en matière de liberté d'établissement n'est pas complète : les directives codifiées en 2017<sup>597</sup> se présentent certes comme une tentative de code de droit des sociétés de l'Union mais il faut noter qu'elle ne fait que rassembler formellement des directives agissant sur des questions ponctuelles. Le témoin de l'absence de la 14<sup>ème</sup> directive sur le transfert de siège ne fait que confirmer ce caractère partiel. Aussi, il faut noter que les traités eux-mêmes organisent cette autonomie en laissant une place, à l'article 54 TFUE, pour les législations nationales. Plus précisément, le droit de l'Union ne se prononce pas sur les conditions de constitution des sociétés mais renvoie cette question à la libre appréciation des États Membres. Il existe donc une autonomie *souhaitée* par le traité et une autonomie *imposée* par un blocage institutionnel.

De manière traditionnelle, lorsque la doctrine s'est intéressée à l'exécution normative en lien avec la loyauté et l'autonomie des États Membres, elle présupposait généralement la présence d'une norme de l'Union<sup>598</sup>. Ainsi pour les auteurs, l'exécution normative procédait soit d'une habilitation explicite d'un acte du droit de l'Union soit d'une habilitation plus générale exprimée par l'obligation de coopération loyale<sup>599</sup>. L'étude de cette exécution normative en lien avec l'autonomie des États Membres se concentrait alors principalement sur le droit dérivé, par exemple dans la transposition des directives.

Dans le cadre de ces développements, nous ne nous placerons pas dans cette perspective, mais bien au contraire dans le cas où, même si les États Membres semblent encore titulaires d'une autonomie totale, *i.e.* pour définir le lien de rattachement d'une

---

<sup>597</sup> Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE. ), projet de loi n°32017L1132 (30 juin 2017), OJ L (169).

<sup>598</sup> Encore une fois on peut lier la primauté et la coopération loyale : COLLIAT-GUILLOUD L., *L'action normative de l'Union Européenne*, coll. Collection Droit de l'Union Européenne / Monographies, n°5, Bruxelles, Bruylant, 2014, §184.

<sup>599</sup> *op.cit.* BOUVERESSE A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, n°427, p170 et *op.cit.* SIMON D., *Le système juridique communautaire*, n°371, §106.

société avec son ordre juridique, il apparaît que cette autonomie se trouve précisément encadrée par le principe de coopération loyale<sup>600</sup>. On constate alors toutes les potentialités d'un tel principe qui a vocation à jouer même dans le cas de l'exercice d'une compétence souveraine. Pour percevoir avec plus de précision comment ce principe est venu encadrer l'autonomie normative des États Membres, il convient de s'intéresser à l'application pratique la plus flagrante.

## B. L'encadrement de l'autonomie normative par la Cour de Justice : le cas *Vale Epitesi*

Présenter l'affaire *Vale* comme un cas de l'encadrement de l'autonomie normative peut ne pas aller de soi. Pourtant, en approfondissant le raisonnement de la Cour, on peut trouver de manière plus ou moins sous-jacente les marques d'un tel encadrement notamment par l'introduction des principes d'équivalence et d'effectivité (1). Cette relecture de l'arrêt *Vale* nous permettra de redéfinir ce qu'il faut alors entendre par autonomie normative et surtout par loyauté dans le domaine de la concurrence normative (2).

### 1. L'introduction des principes d'équivalence et d'effectivité

Précédemment nous avons été tentés de minimiser la portée de l'affaire *Vale* en nous contentant de dire qu'elle constituait une simple application de la jurisprudence *Cartesio* dans le cadre de la survivance de la théorie du siège réel. À l'aune des développements précédents sur l'obligation de coopération loyale et sur l'existence de l'autonomie normative en matière de liberté d'établissement des personnes morales, on peut également affirmer que l'arrêt *Vale* dépasse l'arrêt *Cartesio* sur le point très précis de l'encadrement d'une telle autonomie. En effet, dans l'arrêt *Cartesio*, la Cour de Justice avait jugé que les États Membres ont la faculté de déterminer le lien de rattachement d'une société avec leur ordre juridique<sup>601</sup>. Mais elle s'était empressée d'ajouter que: « *En effet, dans ce dernier cas, la faculté, évoquée au point 110 du présent arrêt, loin d'impliquer une quelconque immunité de la législation nationale en matière de constitution et de dissolution de sociétés au regard des règles du traité CE relatives à la liberté d'établissement, ne saurait, en particulier, justifier que l'État membre de constitution, en imposant la dissolution et la liquidation de cette société, empêche celle-ci de se transformer en une société de droit*

---

<sup>600</sup> BERLIN D., « Concurrence normative entre les États. Comment est elle gérée par le droit européen ? » dans KESSEDIAN C. et COLLÈGE EUROPÉEN DE PARIS (dir.), *Autonomie en droit européen: stratégie des citoyens, des entreprises et des États ; coll. Colloques*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2013.

<sup>601</sup> CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*, aff. C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723, §110.

*national de l'autre État membre pour autant que ce droit le permette.* ». Mais si la Cour nous offre une solution *en particulier* que signifie *en général* cette absence d'immunité de la législation nationale en matière de constitution et de dissolution des sociétés ?

Notre propos est d'affirmer que la Cour de Justice a commencé, dans l'arrêt *Vale*, à poser les bases générales de l'absence d'immunité de la législation nationale. Il convient tout d'abord de rappeler les faits à l'origine du litige : une société de droit italien s'est faite radiée du registre des sociétés pour transférer son activité effective et son siège statuaire en Hongrie où elle s'est heurtée à un refus d'immatriculation des autorités hongroises au motif que le droit hongrois ne permettait pas un tel transfert du fait de son caractère transfrontalier. Plus précisément il était impossible pour la société de faire mention, en tant que prédécesseur en droit, de la société italienne. Par ailleurs, les autorités hongroises refusaient de tenir compte des documents du registre italien attestant de la radiation.

Le caractère novateur de l'affaire est souligné dès le préambule des conclusions de l'Avocat Général Jääskinen<sup>602</sup> qui affirmera « *L'affaire présente un aspect novateur dès lors que la Cour est invitée à se prononcer **sur l'étendue des obligations d'un État Membre en cas de reconstitution transfrontalière de société de capitaux*** ». Pour souligner l'autonomie laissée aux États Membres et l'absence de norme de l'Union il rappellera également que « *Ni le droit primaire ni le droit dérivé de l'Union ne comportent de dispositions régissant la reconstitution transfrontalière de sociétés* ». Dans sa solution, la Cour de Justice démontrera d'abord que la liberté d'établissement s'applique à la situation bien que la situation fasse seulement apparaître une application successive de droits nationaux<sup>603</sup>. Si la Cour veut encadrer l'autonomie normative, *i.e.* l'application des législations nationales, encore faut-il que les instruments qu'elle met en œuvre à cette fin puissent en effet s'appliquer. Cet obstacle surmonté, la Cour va donc pouvoir contrôler l'application des dispositions de droit hongrois à l'aune des articles 49 et 54 TFUE<sup>604</sup>. Comme le note un auteur, la suite du raisonnement de la Cour est très nettement marquée par l'idée de coopération et de coordination active « *qui doit animer les États membres dans la mise en oeuvre parallèle des législations nationales* »<sup>605</sup>. Le symbole le plus fort de cette idée de coopération est sans aucun doute l'insertion, dans le raisonnement de la Cour, des principes d'équivalence et d'effectivité qui, de son propre aveu, « **encadrent l'application du droit national** »<sup>606</sup>. Il s'agit là, à notre connaissance, de la première introduction de ces principes issus notamment de la

---

<sup>602</sup> §3 des conclusions de l'avocat général Jääskinen.

<sup>603</sup> §44 de l'arrêt, Pour la problématique du rattachement à l'ordre juridique de l'Union en cas de succession des compétences normatives, on peut se reporter à nos développements sur personne physique et parallèle Rottmann p60.

<sup>604</sup> §47 de l'arrêt *Vale*.

<sup>605</sup> D'AVOUT L., « Vers l'itinérance inconditionnelle (ou nomadisme) des sociétés en Europe ? », *RDS*, (2017) 43.

<sup>606</sup> §53 de l'arrêt *Vale*.

jurisprudence relative à l'autonomie procédurale dans le cadre de l'autonomie normative<sup>607</sup>, ce qui a été à de rares occasions notée par la doctrine<sup>608</sup>. Dans le cadre de l'affaire, ces principes sont employés par la Cour de Justice pour mesurer le degré de compatibilité de la législation hongroise avec les articles 49 et 54 TFUE. Ainsi, le refus de faire figurer en tant que prédécesseur en droit une société italienne lors de l'immatriculation alors que cela aurait été possible pour une société hongroise est « incompatible » avec le principe d'équivalence. La Cour emploie bien le terme d'incompatible et non de contraire, ce qui témoigne du caractère comportemental de l'encadrement réalisé par la coopération loyale. La Cour ne cherche en effet pas à obtenir des solutions uniformes (elle aurait alors sans doute employer le terme de contraire); elle cherche à faire vivre ensemble, à coordonner, à faire coopérer des législations nationales<sup>609</sup> au sein du marché intérieur. Pour qu'un tel vivre ensemble puisse se réaliser, il faut *a minima* s'assurer de la compatibilité des solutions proposées par les États Membres. Le même terme de compatibilité sera employé par la Cour pour juger, au regard du principe d'effectivité, du refus de prendre en compte les documents émanant d'autorités étrangères pour prouver la réalisation des formalités nécessaires au transfert du siège. Dans un domaine encore fortement marqué par l'exercice par les États Membres de leur compétence souveraine<sup>610</sup> sur le lien de rattachement des sociétés, la Cour de Justice se sert donc des principes d'équivalence et d'effectivité pour mettre en place une coordination, une coopération loyale entre les ordres normatifs nationaux.

## 2. L'émergence d'une concurrence normative loyale

Le cas *Vale* nous conduit à seulement parler d'émergence à propos du phénomène de concurrence normative loyale. On avait noté dans nos développements précédents que la Cour de Justice avait par exemple complètement passé sous silence les principes d'équivalence et d'effectivité dans l'affaire *Polbud*<sup>611</sup>. Cependant, nous sommes optimistes quant aux chances de survie d'un tel phénomène et cela pour deux raisons.

La première est que la Cour de Justice en opérant ainsi revient en fait à son rôle fondamental que nous avons développé à l'origine de cette étude. En effet, en encadrant par les principes d'équivalence et d'effectivité, elle participe de ce que nous avons nommé

---

<sup>607</sup> BIERMEYER T., « Shaping the space of cross-border conversions in the EU. Between right and autonomy: *VALE Épitesi kft* », (2013) 50-2 *Common Mark. Law Rev.* 571-589.

<sup>608</sup> Pour un exemple inverse: KINDLER P., « Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH », *EuZW*, Heft 23/2012, 888-892.

<sup>609</sup> SIMON D., *Le système juridique communautaire*, Presses Universitaires de France, 2001, §100 et suivants

<sup>610</sup> Mais aussi en l'absence de progrès législatif sur ce point.

<sup>611</sup> Voir supra nos développements sur l'affaire *Polbud* p62.

une allocation normative efficace dans la recherche du point d'équilibre<sup>612</sup>. Ces principes mêmes portent en eux deux logiques fondamentales du marché intérieur mais aussi des Traités: la non-discrimination (équivalence) et l'effet utile (effectivité). Or, pour reprendre les termes de M.Ophüls: « *Il n'existe pas une contradiction entre l'interprétation téléologique, ou dynamique, et la volonté des Parties Contractantes. Bien au contraire, la volonté des Parties avait précisément pour but de créer un processus progressif qui allait en se développant. Si la Cour de Justice progresse sur cette voie elle ne fait que remplir la volonté des États contractants telle qu'elle a existé dès le début* »<sup>613</sup>.

La deuxième est que la Cour, en procédant ainsi, laisse demeurer l'autonomie normative des États Membres tout en la modulant à l'esprit de la construction du marché intérieur. Seule la compatibilité est visée de telle sorte que les identités nationales<sup>614</sup>, normatives cette fois-ci, peuvent subsister si elles sont compatibles avec le marché intérieur. Dans le cas *Vale*, le droit hongrois peut continuer à appliquer sa législation, il est toujours compétent et peut prévoir certaines modalités que le droit italien ne prévoit pas (par exemple il peut recourir à une juridiction spécifique pour l'immatriculation, prévoir un délai particulier etc...). En revanche, ces modalités doivent s'accommoder avec la liberté de circulation des personnes morales et ne doivent pas conduire à l'entraver.

Finalement, on pourrait formuler une définition plus précise de ce qu'est la loyauté en matière de concurrence normative. Précédemment nous avons dit que la concurrence normative loyale (telle que déduite du concept de concurrence déloyale et de l'appréhension sociale du groupe) pouvait désigner le comportement de fidélité des acteurs normatifs aux patrimoines de valeurs et de normes que contient le groupe auquel il appartient, à savoir l'Union Européenne. Lorsque cet acteur agit sur le marché, il devrait alors tenir compte des diligences exigées par son statut d'État Membre, sorte de déontologie professionnelle transposée au contexte de l'intégration européenne pour ne pas altérer le choix des opérateurs économiques mais aussi plus globalement les progrès de l'intégration. Nous avons aussi noté que l'autonomie procédurale est la situation dans laquelle en l'absence de réglementation de l'Union en la matière, il appartient à l'ordre juridique de chaque État Membre de désigner les organes et juridictions compétents et de régler les modalités procédurales des actions administratives et des recours en justice

---

<sup>612</sup> COLLIAT-GUILLOUD L., *L'action normative de l'Union Européenne*, coll. Collection Droit de l'Union Européenne / Monographies, n°5, Bruxelles, Bruylant, 2014, §205.

<sup>613</sup> OPHÜLS M., « Über die Auslegung der Europäische Gemeinschaftsverträge », *Festschrift Müller-Armack*, Berlin, 1961, p288 et suivants.

<sup>614</sup> Article 4§2TFUE.

destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit de l'Union<sup>615</sup>.

Nous pouvons donc formuler la conclusion suivante : en l'absence d'une réglementation de l'Union en matière notamment de transfert de siège des sociétés, les États Membres demeurent compétents pour déterminer les conditions de constitution de ces sociétés. Mais cette faculté, loin de leur garantir une quelconque immunité, les oblige à adopter un certain comportement en vertu même de leur obligation de fidélité aux obligations qui découlent de leur statut d'État Membre, au sein du marché intérieur. Ainsi, ils doivent s'efforcer d'adopter des dispositions qui ne remettront pas en cause les droits que les justiciables tirent de l'effet direct de l'article 49 TFUE. Ils doivent en garantir l'effectivité et ne doivent pas traiter les situations transfrontalières de manière moins favorable que les situations internes. Les États Membres doivent donc faire preuve de loyauté dans la concurrence normative.

Mais si un État Membre doit faire preuve de loyauté dans la concurrence normative, cette obligation lui est imposée du fait même des Traités et de sa participation au « groupe » Union Européenne. Dès lors, si cet État Membre quitte le groupe, il ne semble plus soumis à une telle obligation.

#### Sous section 2. L'imminence de la disparition d'un offreur sur le marché : le cas du Brexit

Tout au long de cette étude nous avons dégagé des principes, des lignes directrices gouvernant aussi bien le fédéralisme compétitif que la nouvelle forme de concurrence normative plus inclusive que l'Union Européenne fait émerger. Mais cet équilibre qu'elle cherche à atteindre vaut, selon la formule consacrée, *ceteris paribus sic stantibus*, i.e. toute chose étant égale par ailleurs. Formulé autrement nous avons toujours conjecturé dans nos développements la présence de 28 États Membres gouvernés par le Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne et le Traité sur l'Union Européenne ainsi que le corpus législatif en vigueur à ce jour. Nous en avons déduit l'émergence d'une nouvelle forme de concurrence, à savoir une concurrence verticale et peut être même une concurrence conglomérale. Finalement, nous avons mis en lumière une obligation comportementale de loyauté s'imposant à ces États Membres. Il est désormais temps de confronter nos développements à la réalité et à l'affectation que peut avoir l'évolution d'une variable dans nos raisonnements. En l'espèce, cette variable est celle de la disparition d'un

---

<sup>615</sup> MARTUCCI F., *Droit de l'Union européenne*, coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2017, §252. On se reportera aussi à : CJCE, 16 décembre 1976, *Comet BV contre Produktschap voor Siergewassen*, aff. C-45/76, ECLI: ECLI:EU:C:1976:191.

offreur sur le marché et plus précisément le départ du Royaume-Uni suite au vote du Brexit<sup>616</sup>.

Pour saisir les implications du Brexit en termes de concurrence normative, il faudra tout d'abord s'intéresser aux implications concurrentielles de la disparition d'un offreur sur le marché (I). Ensuite nous constaterons les premières conséquences matérielles et institutionnelles que le Brexit a auguré (II).

#### I. Les implications concurrentielles de la disparition d'un offreur sur le marché

Envisager les implications concurrentielles de la disparition d'un offreur sur le marché nécessite d'adopter la même méthode que nous avons suivi pour donner à la Cour de Justice le rôle de main invisible sur le marché : il faudra tout d'abord s'intéresser aux cas et aux conséquences économiques de la disparition d'un offreur sur le marché en termes économiques (A). Ensuite nous transposerons cette analyse au modèle de la concurrence normative (B).

##### A. Perspectives économiques de la disparition d'un offreur sur le marché

En termes économiques, il existe plusieurs cas dans lesquels un offreur peut disparaître du marché. On peut classer ces cas de disparition selon qu'elle soit volontaire ou non. Un cas de disparition volontaire d'offreur sur le marché ou, formulé autrement, de diminution du nombre d'offreurs sur le marché est celui de la concentration. En droit européen, la concentration couvre trois catégories de transactions<sup>617</sup> : la fusion d'entreprises antérieurement indépendantes, l'acquisition par une ou plusieurs entreprises du contrôle d'une autre entreprise ou enfin la création d'une entreprise nouvelle (celle-ci n'aboutit pas alors à une baisse du nombre d'offreurs sur le marché). Dans ce cas, les autorités de concurrence (qu'il s'agisse des autorités nationales ou de la Commission) doivent donner leur accord pour que la transaction ait lieu. Un autre cas de disparition pourrait aussi être lorsqu'un offreur décide de ne plus participer à un marché en ne produisant plus de biens sur celui-ci (on pense par exemple à l'entreprise Goodyear-Dunlop sur le marché des pneus

---

<sup>616</sup> Pour un aperçu juridique de ce que signifie le Brexit on peut citer : SIMON D., « Brexit (British Exit) : inside, outside, offside ? », *Europe* n°2, février 2013. Pour un aperçu non juridique on peut citer : TAUB A., « Brexit, Explained: 7 Questions About What It Means and Why It Matters », *The New York Times*, sect. World (21 décembre 2017) : <https://www.nytimes.com/2016/06/21/world/europe/brexit-britain-eu-explained.html>.

<sup>617</sup> BELLIS J-F., *Droit européen de la concurrence*, coll. Concurrences Colloque, Bruxelles, Bruylant, 2014 p272.



agricoles), là où en cas de concentration, les entreprises continuent à produire mais diminuent leur nombre sur le marché.

Un cas de disparition non volontaire d'un offreur sur le marché peut se présenter en cas d'éviction de celui-ci par un autre offreur en position dominante sur le marché<sup>618</sup>. Dans ce cas, les autorités de concurrence agiront *ex-post* pour sanctionner une telle pratique au titre de l'abus de position dominante sur le fondement de l'article 102 TFUE<sup>619</sup>.

Mais que la disparition soit volontaire ou non, la conséquence finale sur le marché sera la même : le nombre d'offeurs aura diminué. Or en termes d'analyse économique de la concurrence le paradigme dominant consiste à considérer que le nombre d'entreprises présentes sur le marché a un impact sur ce qu'il se passe sur le marché. Il y aurait donc une relation causale entre le nombre d'offeurs et le prix du bien<sup>620</sup>. Par exemple, dans le modèle de l'oligopole de Cournot<sup>621</sup>, le prix d'équilibre du marché est supérieur au prix de concurrence pure et parfaite mais inférieur au prix en situation de monopole. Bien que ce modèle ait notamment été remis en cause par Bertrand<sup>622</sup>, on peut noter que les modèles plus actuels comme le paradigme SCP<sup>623</sup> continuent à adopter cette perspective. Ce dernier conjecture un enchaînement relativement simple et éloquent dans le cadre de notre étude : la Structure du marché (le nombre d'opérateurs sur celui-ci notamment) impacte directement le Comportement des acteurs sur celui-ci et donc leurs Performances. Très schématiquement, moins il y aurait d'opérateurs sur le marché, moins la concurrence y serait vive.

---

<sup>618</sup> Une éviction anticoncurrentielle est pour la Commission « une situation dans laquelle un accès effectif des concurrents actuels ou potentiels aux sources d'approvisionnement ou aux marchés est entravé ou supprimé sous l'effet du comportement de l'entreprise dominante, ce qui va probablement permettre à cette dernière d'augmenter rentablement les prix au détriment des consommateurs ». Plus prosaïquement on peut dire qu'il s'agit d'une éviction réalisée en dehors du cadre d'une concurrence par les mérites.

<sup>619</sup> Communication de la Commission — Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (2009/C 45/02).

<sup>620</sup> Pour une présentation synthétique on se reportera à COMBE E., La politique de la concurrence, La Découverte, 2008.

<sup>621</sup> Cournot a développé son modèle de duopole en 1838 dans son ouvrage: Recherches mathématiques sur les principes et la théorie des richesses.

<sup>622</sup> Dans son modèle de duopole dit en quantité, Bertrand avait rompu le lien causal entre le nombre d'offeurs sur le marché et le prix du bien : BERTRAND J., « Book review of theorie mathematique de la richesse sociale and of recherches sur les principes mathematiques de la theorie des richesses », Journal de Savants 67: 499–508. Cette théorie avait notamment été critiquée par les recherches sur les contraintes de capacités voir supra note 29.

<sup>623</sup> Cette théorie a émergé dans un premier temps dans les travaux de l'économiste américain Mason : MASON E., « Price and Production Policies of Large-Scale Enterprise. », American Economic Review, 1939, 29(1), 61–74.



## B. La disparition d'un offreur sur le marché de la norme

Ces développements sur les perspectives économiques de la disparition d'un offreur sur le marché attire notre attention sur deux éléments : la procédure de disparition de l'offreur (1) et les conséquences de celle-ci (2).

### 1. La disparition de l'offreur : la procédure de retrait

Si l'adhésion à l'Union Européenne emporte de nombreuses conséquences pour l'État Membre, notamment en termes de transfert de compétences (par exemple, les États Membres de la zone euro ont transféré leur compétence à l'Union Européenne qui est désormais exercée par le biais de la Banque Centrale Européenne<sup>624</sup>) il n'en demeure pas moins un État souverain. Si certains auteurs affirmaient avant le Traité de Lisbonne que l'intégration européenne était irréversible et qu'il ne serait donc pas possible pour un État Membre de s'en retirer, la consécration de cette possibilité par le Traité de Lisbonne a mis un terme à cette affirmation<sup>625</sup>.

Cette procédure de retrait a donc été consacrée à l'article 50 TUE. Celle-ci relève uniquement de la volonté de l'État Membre, dans le respect de ces règles constitutionnelles et donc de l'article 50 TUE. Néanmoins si l'Union n'intervient pas dans la mise en œuvre de ces règles, le respect de ces mêmes règles est une condition pour exercer le droit de retrait<sup>626</sup>. En comparaison des cas de disparition évoqués précédemment, on peut dire que le retrait d'un État Membre est un cas volontaire de disparition d'un acteur sur le marché.

D'un point de vue procédural ensuite on peut rappeler que l'État Membre doit notifier au Conseil européen sa décision de retrait. Suite au vote sur le Brexit, le Royaume-Uni a ainsi notifié au Conseil européen le 29 mars 2017 une telle décision. Cette notification est suivie de négociations sur les conditions du retrait de l'État Membre ; l'accord qui sera conclu par le Conseil au nom de l'Union après approbation du Parlement Européen ne règle cependant pas les relations futures entre l'ancien État Membre et l'Union. Ainsi ceux-ci peuvent conclure un autre accord international, sur le fondement de l'article 218 TFUE cette fois-ci pour aménager de telles relations. Le retrait est effectif et les Traités cessent de s'appliquer à cet État à l'entrée en vigueur de l'accord de retrait et à défaut 2ans après la

---

<sup>624</sup> Notamment article 282 TFUE.

<sup>625</sup> *op.cit.* MARTUCCI F., *Droit de l'Union européenne*, §374 et suivants.

<sup>626</sup> À propos du débat sur le respect des règles constitutionnelles et notamment l'implication du parlement britannique on peut citer : *Miller & Anor, R (on the application of) v Secretary of State for Exiting the European Union (Rev 3) [2017] UKSC 5, 2017 UKSC (2017)* : <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2017/5.html>.

décision de notification. Si les négociations se compliquent<sup>627</sup>, le Conseil dispose de la faculté de proroger un tel délai.

Enfin pour ce qui concerne la forme du retrait, nous partageons l'avis du Professeur Martucci selon qui celui-ci doit être total : la téléologie même des Traités s'oppose à la faculté d'un retrait partiel puisqu'une telle faculté reviendrait alors à admettre une possibilité d'intégration différenciée<sup>628</sup> en dehors du cadre institutionnel<sup>629</sup>.

Finalement nous constatons que la procédure de retrait prévue par les traités est sans doute moins abrupte qu'une disparition en terme économique d'un offreur sur le marché qui subirait par exemple une éviction anticoncurrentielle. Bien au contraire, celle-ci est voulue par lui et se réalise dans le respect de ses règles constitutionnelles, un peu comme se déroulerait une assemblée générale actant la fusion d'une société conformément aux règles prévues par les statuts et les dispositions impératives du droit applicable. En revanche, si la disparition d'un État Membre, *i.e.* un acteur sur le marché de la norme ne se fait pas de manière frontale, elle emporte plusieurs conséquences normatives qu'il convient d'envisager théoriquement.

## 2. Les conséquences théoriques normatives de la disparition d'un offreur

Nous avons vu que la diminution du nombre d'acteurs sur le marché pouvait entraîner une diminution de la concurrence. À l'aune de la concurrence normative il faut préciser cette analyse.

Si un offreur sur le marché disparaît, il ne satisfera plus à l'avenir la part de demande qui était la sienne. Pour les demandeurs, cela signifie qu'ils vont devoir réorienter leurs demandes pour pouvoir satisfaire leurs besoins en termes de contenu normatif. Pour les offreurs, la perspective comporte beaucoup plus d'enjeux. En effet, ceux-ci vont voir affluer une nouvelle demande qu'ils se doivent de capter. Cela devrait donc les amener à renforcer leur attractivité, les pousser à améliorer leur contenu normatif. Néanmoins cette capacité à attirer la nouvelle demande est soumise à deux limites. Tout d'abord elle ne doit pas être agressive mais bien continuer à pratiquer une concurrence normative par les mérites. On entend ici le terme agressif dans le même sens que celui employé dans le concept de pratiques tarifaires agressives mises en lumière par le test du concurrent aussi efficace<sup>630</sup>.

---

<sup>627</sup> SIMON D., « Brexit: en marche pour une longue marche », *Europe*, Juin 2017 p6.

<sup>628</sup> Les Traités, depuis Amsterdam, prévoient en effet une possibilité de différenciation, à savoir celle des coopérations renforcées, article 20 TUE.

<sup>629</sup> *op.cit.* MARTUCCI F., *Droit de l'Union européenne*, n°374.

<sup>630</sup> Ce test du concurrent aussi efficace consiste à examiner si une entreprise a éliminé du marché une entreprise aussi efficace qu'elle en pratiquant de manière anticoncurrentielle. Ce test à vocation à observer les

Dans le cadre de la concurrence normative sur le marché intérieur, pratiquer une concurrence normative par les mérites suppose de respecter les exigences des Traités et notamment le principe de non discrimination en raison de la nationalité. Elle suppose ensuite que l'offre soit suffisamment élastique. L'élasticité de l'offre renvoie à la capacité technique des offreurs de réorienter effectivement leur production, normative en l'espèce, pour capter la demande.

S'il s'agit là des principales conséquences théoriques de la disparition d'un offreur sur le marché, il convient maintenant d'envisager leur mise en pratique dans le cas très concret du Brexit.

## II. Le Brexit au prisme de la concurrence normative

Après un bref rappel sur les négociations menées dans le cadre du Brexit (A), il nous faudra envisager deux types d'impact du Brexit sur la concurrence normative. Le premier est un impact direct et concerne les demandeurs, *i.e.* les opérateurs économiques qui subiront des conséquences matérielles fortes qui devraient les amener à faire évoluer certains de leur choix normatifs (B). Le deuxième impact est plus institutionnel et concerne les relations entre les offreurs restants et les premiers stigmates d'une concurrence normative post-Brexit (C).

### A. Le sort de la liberté d'établissement dans les négociations sur le Brexit

Après le référendum du 23 juin 2016 et la notification par le Royaume-Uni au Conseil européen de son intention de mettre en œuvre l'article 50 TUE, la première pierre posée dans le cadre des négociations sur le retrait du Royaume-Uni furent les orientations de l'Union Européenne pour la négociation du Brexit<sup>631</sup>, adoptée à l'unanimité. On peut retenir de ces orientations qu'elles explicitent un processus qui devrait se dérouler en deux étapes : tout d'abord se tiendront des négociations sur un « retrait ordonné » du Royaume Uni. La seconde étape concernera, quant à elle, les relations futures du Royaume-Uni avec l'Union Européenne. Le sort des entreprises à l'occasion de la mise en œuvre de ce processus est évoqué au § 9 des orientations. Au-delà de noter l'évidence que le Brexit aura une incidence sur les entreprises de l'Union déployant leur activité au Royaume-Uni mais aussi sur les

---

pratiques tarifaires de l'entreprise dominante et se demander si elles auraient pu être adoptées par un concurrent tout aussi efficace sans pousser celui-ci à la ruine, on procède alors à une comparaison des prix pratiqués par rapport aux coûts supportés. Ce test a été mis en œuvre dans l'affaire : CJCE, 3 juillet 1991, *AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, §72.

<sup>631</sup> Orientations du Conseil européen (article 50) à la suite de la notification par le Royaume-Uni au titre de l'article 50 du TUE du 29 avril 2017.

entreprises du Royaume-Uni vers l'Union, les orientations se fixent pour ambition d'éviter la naissance d'un vide juridique et des incertitudes afférentes.

Les négociations sur la première étape du processus se sont déroulées du 19 juin au 8 décembre 2017 et se sont achevées avec l'adoption d'un rapport joint<sup>632</sup>. En considération des progrès qui avaient été réalisés, les 27 États Membres ont adopté le 15 décembre 2017 de nouvelles orientations concernant la seconde phase du processus, à savoir la négociation des relations futures avec le Royaume-Uni. Ces relations futures devraient tout d'abord s'inscrire dans une phase de transition, appelée de ses vœux par Theresa May<sup>633</sup>, mais qui ne devrait pas se poursuivre au-delà du 31 décembre 2020. Concernant cette phase de transition, le Conseil a adopté de nouvelles directives de négociation le 29 janvier 2018. Enfin, le Conseil a également adopté de nouvelles orientations<sup>634</sup> le 28 mars 2018 sur les relations futures avec le Royaume-Uni. Concernant ces relations, Theresa May avait noté dans son discours de Florence qu'elles ne pourraient prendre ni l'apparence d'un maintien dans le marché commun, ni d'une participation à l'espace économique européen ou d'un accord du type du CETA<sup>635</sup>. Toujours est-il que ces dernières orientations notent que : « *La divergence au niveau des tarifs extérieurs et des règles internes, ainsi que l'absence d'institutions et d'un système juridique communs nécessitent des vérifications et des contrôles pour préserver l'intégrité du marché unique de l'UE et celle du marché du Royaume-Uni. Cela aura malheureusement des conséquences économiques négatives, en particulier au Royaume-Uni.* »<sup>636</sup>. Si les termes de sociétés ou d'entreprises ne sont plus évoqués, notons que le Conseil exclut l'éventualité d'un choix « à la carte » pour les quatre libertés, mais se dit prêt à entamer des négociations sur un accord de libre échange qui devrait contenir des dispositions concernant l'établissement.

En l'absence de développements plus précis sur la liberté d'établissement dans la relation future, nous envisagerons dans les développements à venir les conséquences en termes de concurrence normative en considérant que le Royaume-Uni ne sera plus membre de l'Union, *i.e.* sans lien spécifique contenu dans un accord international adopté sur le fondement de l'Article 218§1 TFUE.

---

<sup>632</sup> Joint report from the negotiators of the European Union and the United Kingdom Government on progress during phase 1 of negotiations under Article 50 TEU on the United Kingdom's orderly withdrawal from the European Union du 8 décembre 2017.

<sup>633</sup> On se reportera au discours de Theresa May à Florence le 22 septembre 2017, dont le texte peut être consulté sur : <https://www.gov.uk/government/speeches/pms-florence-speech-a-new-era-of-cooperation-and-partnership-between-the-uk-and-the-eu> .

<sup>634</sup> Orientations du Conseil européen (article 50) sur le cadre des relations futures entre l'UE et le Royaume-Uni, 23 mars 2018.

<sup>635</sup> Pour une présentation synthétique de ces possibilités on se reportera à l'étude suivante : EUROPEAN PARLIAMENT, DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES « The Consequences of Brexit on Services and Establishment: Different Scenarios for Exit and Future Cooperation », juin 2017.

<sup>636</sup> §4 des orientations.

## B. Les conséquences matérielles du Brexit sur les opérateurs économiques

Les conséquences matérielles du Brexit sur les opérateurs économiques sont marquées par le point que nous avons déjà évoqué : ces derniers devront se tourner vers d'autres offreurs pour satisfaire leur besoin normatif. Mais cette réorientation n'est pas la même selon la situation dans laquelle se trouve l'opérateur avant le Brexit. Il faudra envisager celle de la société incorporée au Royaume Uni (1), celle de la société déployant son activité au Royaume-Uni (2) et celle de la Société Européenne (3). Simplement résumées, ces conséquences invitent à relire l'intégralité des solutions dégagées par la Cour mais aussi le législateur de l'Union.

### 1. Les sociétés incorporées au Royaume-Uni

Les conséquences les plus visibles du Brexit seront celles qui affecteront les sociétés incorporées au Royaume-Uni. En effet, pour bénéficier de la liberté d'établissement, une société doit satisfaire les conditions de l'article 54 TFUE et notamment être constituée en conformité avec la loi d'un État Membre. Or, si le Royaume-Uni se retire de l'Union Européenne, il ne sera plus un État Membre et les sociétés constituées en conformité avec sa loi ne pourront plus, *ad consequentiam*, être considérées comme constituées en conformité avec la loi d'un État Membre. Elles ne pourront donc plus jouir de la liberté d'établissement et seront notamment exposées à des discriminations ou entraves à l'accès au marché<sup>637</sup>. Cependant, on sait que nombreuses furent les sociétés à faire évoluer leur choix en termes normatifs après l'arrêt *Centros*<sup>638</sup>, profitant de l'opportunité économique et juridique d'une incorporation au Royaume-Uni qui pratique la théorie du siège statutaire. La société *Centros* elle-même devrait être impactée par le Brexit ! Ces mêmes sociétés devront donc faire évoluer leur critère de rattachement pour continuer à être considérées, dans l'ordre juridique de l'Union, comme jouissant de la liberté d'établissement.

Ce dernier point mérite plus de précisions au regard du développement de la portée de la liberté d'établissement. Cette dernière inclut par exemple la possibilité de réaliser une

---

<sup>637</sup> UNIVERSITY OF CAMBRIDGE, « The Consequences of Brexit for Companies and Company Law », Paper n°22/2017, Avril 2017.

<sup>638</sup> Simon Deakin cite notamment l'exemple éloquent de la société *Air Berlin*: *DEAKIN S.*, « Is regulatory competition the future for European integration? ». Suivre la vie de cette société permet de se saisir de tout le droit de l'Union : profitant des solutions dégagées par la jurisprudence *Centros*, la société s'est immatriculée au Royaume-Uni tout en exerçant son activité principalement en Allemagne. En août 2017 elle s'est déclarée en état d'insolvabilité, déclenchant l'application du règlement insolvabilité 2015/848. En octobre 2017 la Commission a examiné la possible existence d'une aide d'État du fait du soutien accordé par l'État allemand pour que la société satisfasse ses créanciers.

transformation transfrontalière<sup>639</sup> : ainsi, des sociétés britanniques souhaitant réaliser une telle opération devraient faire face à deux problèmes. Tout d'abord l'État Membre de l'Union pourrait valablement refuser de l'accueillir au sein de son ordre juridique et les principes d'équivalence et d'effectivité n'y changeront rien. Ensuite, le Royaume-Uni pourrait également lui interdire de migrer juridiquement vers l'Union tout en gardant leur personnalité juridique.

Mais la liberté d'établissement contient aussi la possibilité de réaliser une fusion transfrontalière<sup>640</sup>. Les sociétés incorporées au Royaume-Uni vont donc aussi perdre la possibilité d'opposer la liberté d'établissement en cas de refus des autorités de leur État de constitution au moment de leur fusion avec une société d'un autre État Membre<sup>641</sup>. Ensuite, les dispositions de la directive fusion ne pourront plus s'appliquer puisqu'elles visent les sociétés de capitaux immatriculées dans un État Membre. Il faut nuancer tout de même l'impact pratique sur ce point : il a toujours existé des fusions entre sociétés constituées selon le droit d'un État Membre et selon le droit d'un État tiers. Néanmoins, ces fusions perdront un avantage exorbitant : celui du principe de la neutralité fiscale de l'opération<sup>642</sup>.

Finalement, les sociétés constituées au Royaume-Uni vont perdre plusieurs avantages concurrentiels normatifs du fait du Brexit. En perdant le statut de société d'un État Membre, elles ne jouiront plus de la liberté d'établissement et donc de ses implications telle que la transformation transfrontalière ou la possibilité qui leur avait été laissée de mettre en regard les différents ordres juridiques et de choisir celui du Royaume-Uni. Les directives adoptées pour la coordination des systèmes juridiques et pour faciliter les opérations transfrontalières ne s'appliqueront également plus, celles-là même qui pouvaient apaiser la concurrence horizontale entre États Membres. La majorité des sociétés concernées avait émigré après *Centros*, reviendront-elles après *Polbud* ?

## 2. Les sociétés déployant leur activité au Royaume-Uni

Si les sociétés constituées au Royaume-Uni seront fortement impactées par le Brexit à tel point que l'on peut supposer qu'elles feront évoluer leur critère de rattachement après

---

<sup>639</sup> CJUE, 12 juillet 2012, *VALE Epitesi kft*, aff. C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440.

<sup>640</sup> Pour ce qui est de la progression jurisprudentielle : CJCE, 13 décembre 2005, *SEVIC Systems AG*, aff. C-411/03, ECLI:EU:C:2005:762. Pour ce qui est de la progression législative : Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux abrogée et remplacée par la Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés.

<sup>641</sup> MASTRULLO T., « Les effets du Brexit sur le droit d'établissement des sociétés », *BJS*, juillet 2017, n°116p5.

<sup>642</sup> On fait notamment référence à la directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents. Les opérateurs devraient donc avoir recours au réseau de Conventions fiscales internationales du Royaume-Uni.

celui-ci, on peut également noter que les sociétés déployant leur activité au Royaume-Uni seront touchées. Le Royaume-Uni ne constituant plus un État Membre, il pourrait retrouver une marge de manoeuvre relativement grande (sous réserve des dispositions d'un accord de libre échange) pour imposer des conditions spécifiques à la constitution et l'immatriculation de succursales, de filiales sur son territoire puisqu'il n'aura plus à respecter la liberté d'établissement. Ainsi, on se souvient de l'arrêt *Factortame* que nous avons précédemment mis en parallèle avec l'affaire *Centros*. Si dans le cadre de celui-ci le Royaume-Uni avait été condamné pour avoir subordonné l'immatriculation de bateaux à la condition que son propriétaire soit ressortissant du Royaume-Uni, il pourrait recouvrir toute liberté de le faire après le Brexit<sup>643</sup>.

Outre les réactions normatives du Royaume-Uni à l'égard de ces sociétés, ce sont ces sociétés mêmes qui pourraient faire évoluer leur choix en matière de normes applicables à leurs activités. Ainsi il est envisageable que nombreuses seront les sociétés à soumettre à l'avenir leur contrat au droit d'un État Membre plutôt qu'à celui d'un État Tiers<sup>644</sup>, *i.e.* elles se saisiront d'une nouvelle norme et vont donc remettre en mouvement la concurrence normative. Cette dernière affirmation appelle plus de précisions. La première tient à la ligne de répartition très fine qui sépare la liberté d'établissement de la libre circulation des capitaux qui, on le rappelle, s'étend à l'égard des pays tiers<sup>645</sup>. La problématique de la qualification sera donc centrale<sup>646</sup> : si la société arrive à démontrer que l'opération qu'elle met en œuvre est du ressort de la libre circulation des capitaux, soumettre cette dernière à un droit d'un État Membre de l'Union ne présente pas beaucoup d'intérêts. En revanche, si l'opération relève de la liberté d'établissement, faire couvrir cette dernière par le droit d'un État Membre pour se voir appliquer la liberté d'établissement est primordial. Enfin en pratique, on a déjà pu remarquer l'intégration, par les opérateurs économiques, du Brexit dans leur pratique normative. L'exemple le plus flagrant est sans doute celui de la *clause Brexit*, insérée par la compagnie Ryanair qui permettra à cette dernière d'annuler ses vols à destination du Royaume-Uni si celui-ci et l'Union ne parviennent pas à se mettre d'accord sur le renouvellement des accords dit *Open Skies*<sup>647</sup>.

---

<sup>643</sup> *op.cit.* MASTRULLO T., « Les effets du Brexit sur le droit d'établissement des sociétés », n°641.

<sup>644</sup> DELPECH X., « le Brexit coté contrat », *AJC*, 2018, p49.

<sup>645</sup> Article 63 TFUE.

<sup>646</sup> Pour ce qui est de l'enjeu de la qualification liberté d'établissement/ libre circulation des capitaux on se reportera à l'affaire CJCE, 3 octobre 2006, *Fidium Finanz AG contre Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, aff. C- 452/04, ECLI:EU:C:2006:631.

<sup>647</sup> « Ryanair to put Brexit clause into ticket sales for summer 2019 », *Reuters* (31 janvier 2018), en ligne : <https://www.reuters.com/article/uk-britain-eu-ryanair/ryanair-to-put-brexit-clause-into-ticket-sales-for-summer-2019-idUSKBN1FK1ZC>

### 3. Le cas de la société européenne ou le Brexit comme révélateur de faiblesse

Nous avons vu que la mise en œuvre de la SE *via* le recours à la clause de flexibilité avait permis à l'Union Européenne d'agir dans le cadre d'une concurrence devenue verticale et l'opposant à la législation des États Membres. Mais nous avons vu que cette tentative de verticalisation de la concurrence avait abouti à un résultat en demi-teinte avec une SE à variation nationale et l'abandon du projet de SPE ...

Il existe environ une cinquantaine de SE immatriculées au Royaume-Uni dont par exemple les sociétés Paypal ou Aviva Europe. Pour ces sociétés il existe plusieurs alternatives pour faire face à la sortie du Royaume-Uni de l'Union Européenne<sup>648</sup>. Dans le cadre de notre étude nous nous intéresserons uniquement à deux d'entre elles. La première serait pour la société de retourner vers une forme nationale et donc de se départir du statut de SE. On sait que cette alternative ne relève pas de l'utopie au regard des progrès jurisprudentiels ouvrant la possibilité d'un *law shopping a posteriori* depuis l'arrêt *Polbud* ou encore l'obstacle de l'article 7 prohibant la dissociation entre le siège statutaire de la SE et son administration centrale, *i.e.* son siège réel. La seconde serait d'user de la possibilité de transfert de siège conférée par l'article 8. Ce transfert devrait s'accompagner d'une adaptation des statuts de la SE pour se conformer à la législation nationale d'un État Membre.

Finalement, la SE devrait soit choisir entre devenir totalement une société nationale, soit adopter une autre variation nationale tout en demeurant une SE. On constate donc que le Brexit joue comme un révélateur des faiblesses de cette personne morale européenne (s'il était encore nécessaire de les révéler), incapable de se départir des législations nationales pour constituer un véritable modèle normatif concurrentiel dans le cadre d'une confrontation verticale des offres.

#### C. Les premières traces d'une concurrence entre les États Membres

Un premier témoin d'une concurrence entre les États Membres-offreurs est à rechercher dans leur comportement pour attirer les différentes agences établies au Royaume-Uni. Certes l'objectif pour les États Membres est ici d'accueillir une agence et on peut alors se demander quel est le lien avec la problématique de la concurrence normative.

---

<sup>648</sup> CATHIARD C., « Le devenir des personnes morales européennes au prisme du Brexit », *BJS*, juill. 2017, n° 116p6, p. 492.



À première vue aucun. Mais si l'on considère que ces agences attirent avec elles des opérateurs économiques et sont un moyen de développer l'attractivité d'une ville ou d'un État Membre dans un secteur particulier, accueillir une agence peut devenir un enjeu de rayonnement normatif et donc, de concurrence.

L'Union Européenne avait mis en place une procédure pour choisir les villes qui devraient accueillir ces agences en quatre temps. Tout d'abord les États Membres candidats devaient déposer leurs offres avant le 31 juillet 2017, ensuite la Commission examinait les offres selon les critères fixés<sup>649</sup>. S'en suivait un débat sur la base de l'évaluation de la Commission, puis la procédure devait se conclure par un vote des 27 ministres des affaires étrangères. Cette procédure n'a cependant pas empêché l'émergence d'une confrontation des candidats. Un rapide aperçu du traitement médiatique qu'a reçue cette procédure suffit à nous en convaincre : « Brexit : la bataille des 27 pour accueillir les agences européennes »<sup>650</sup>, « Frankfurt und Bonn scheitern im Rennen um Brexit-Beute »<sup>651</sup> ou encore « Paris wins the fight for European Banking Authority »<sup>652</sup>. Il est à noter dans ce cadre que les autorités françaises font preuve d'un certain prosélytisme pour faire de Paris la future place financière de l'Union Européenne. Ainsi outre l'autorité Bancaire Européenne et l'ESMA (European Securities and Markets Authority), le gouvernement français a entrepris une réforme de certaines de ses institutions pour devenir un offreur véritablement attractif sur le marché. Par exemple, le 7 février 2018 a été mise en place une chambre internationale<sup>653</sup>, au sein de la Cour d'appel de Paris, destinée à connaître des litiges transnationaux des affaires<sup>654</sup>. L'objectif à terme serait de rendre aussi bien le for français que la loi française attractive après la sortie du Royaume-Uni de l'Union Européenne. Si les premiers pas de cette démarche sont encourageants, elle devra faire face à un obstacle de taille, à savoir celui de la langue<sup>655</sup>.

---

<sup>649</sup> On peut citer à ce propos : COMMISSION ASSESSMENT of 27 offers submitted by Member States under the procedure leading up to a decision on the relocation of the European Medicines Agency and the European Banking Authority in the context of the United Kingdom's withdrawal from the Union, 30 septembre 2017.

<sup>650</sup> NEDELEC G., « Brexit : la bataille des 27 pour accueillir les agences européennes », *Les Échos* (20 novembre 2017).

<sup>651</sup> KAFSACK H., « Ema und Eba: Frankfurt und Bonn scheitern im Rennen um Brexit-Beute », *FAZ.NET*, sect. Wirtschaft (20 novembre 2017), en ligne : <http://www.faz.net/1.5302276>.

<sup>652</sup> KHAN M., « Paris wins fight for European Banking Authority », éd. The Financial Times (20 novembre 2017).

<sup>653</sup> Voir notamment le rapport Guy Canivet: Préconisations sur la mise en place à Paris de chambres spécialisées pour le traitement du contentieux international des affaires, consultable en ligne : [http://www.justice.gouv.fr/publication/Rapport\\_chambres\\_internationales.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/Rapport_chambres_internationales.pdf)

<sup>654</sup> REVUE LAMY DROIT DES AFFAIRES, « Nouvelle chambre internationale de Paris : comment faire du Brexit une opportunité », *RLDA*. N° 135, 1<sup>er</sup> mars 2018, p6-7. et BOUYSSON J., « Paris juridiction internationale », *Les Petites Affiches*, 11 janvier 2018.

<sup>655</sup> À cet égard le français devrait faire face à deux obstacles: le premier est issu de ses rangs et concerne la place du français dans les actes d'état civil et plus globalement de la justice française, on pense ici à l'ordonnance de Villers-Cotteret mais aussi à l'article 2 de la Constitution. Le second est issu de l'Union où, malgré une égalité théorique entre les langues officielles, l'anglais a pris dans la pratique un véritable

Néanmoins, on pourrait se demander ce qu'il reste du principe de loyauté que nous avons mis en lumière afin d'encadrer le comportement des États Membres. Si les développements factuels à ce sujet sont relativement limités, on peut cependant noter deux points positifs. D'une part le recours à une procédure aura permis de poser les règles de base de la concurrence entre les États Membres. D'autre part, on peut se réjouir de ce que certains États Membres évincés aient décidé de se saisir des voies de droit à leur disposition pour contester cette attribution. En effet, la Commune de Milan<sup>656</sup> devant le Tribunal de l'Union et la République Italienne<sup>657</sup> devant la Cour de Justice ont contesté la décision du Conseil du 20 novembre 2017 en ce qu'elle a désigné Amsterdam comme nouveau siège de l'Agence Européenne du Médicament. Comme le rappelle la Commune de Milan dans sa requête, la procédure avait pour objectif de déterminer la meilleure « offre ». Cependant, pour ce qui est de l'Agence Européenne du Médicament, celle-ci s'est achevée sous la forme d'un tirage au sort. Ainsi la Commune de Milan et la République Italienne contestent cette décision, invoquant un détournement de pouvoir et une violation des principes de bonne administration de la justice et de transparence. Faisant un recours rare<sup>658</sup> à l'application de l'article 53§3 du statut de la Cour, le Tribunal s'est dessaisi<sup>659</sup> dans le cadre de l'affaire opposant la Commune de Milan au Conseil au profit de la Cour qui traitera donc des deux recours portant sur la contestation de l'attribution à Amsterdam de l'Agence Européenne du Médicament. L'occasion de ce recours est pour nos développements une sorte de retour aux origines mais aussi une manière de donner une nouvelle dimension à la concurrence normative. Une fois encore, il reviendra à la Cour de Justice de jouer le rôle de main visible pour arbitrer la répartition des offres institutionnelles formulées par les États Membres. Le demandeur étant cette fois-ci, non pas les opérateurs économiques, mais l'Union Européenne.

Si l'on a pu affirmer que l'Union Européenne constituait une expérience collective, mettre en exergue des prescriptions comportementales relevait de l'absolu nécessité, tant d'un point de vue théorique que pratique. La réalité d'une concurrence sur le marché intérieur de la norme devait s'accompagner d'un encadrement de l'autonomie à l'origine d'une telle concurrence. C'est en ce sens que le recours à la loyauté est à la fois classique et prometteur. Classique car il est, nous l'avons dit, au cœur de la construction de l'Union

---

ascendant. Pour plus de précisions à ce sujet on peut citer : PINGEL I., « Le Brexit et le régime linguistique des institutions de l'Union Européenne », *RTD Eur.*, Octobre Décembre 2017 p657.

<sup>656</sup> Trib UE, *Comune di Milano contre Conseil de l'Union européenne*, aff. T-46/18.

<sup>657</sup> CJUE, *Italie c./ Conseil*, aff. C- 59/18.

<sup>658</sup> Europe n°5 mai 2018.

<sup>659</sup> Trib UE, ordonnance du 8 mars 2018, *Comune di Milano contre Conseil de l'Union européenne*, T-46/18.

Européenne. Dès lors, l'invocation d'un tel principe peut relever du « déjà vu ». Mais le recours à la loyauté est aussi prometteur. Il permet de fonder la réflexion sur une accise théorique forte, une construction jurisprudentielle assumée et une pratique maintes fois éprouvée. Dans le cas *Vale*, le recours aux principes d'équivalence et d'effectivité pour encadrer l'autonomie normative nous rappelle une fois de plus que la recherche de l'équilibre est pour la Cour un objectif à part entière. Ces principes ont également permis de donner une consistance à ce que nous qualifions de « déontologie professionnelle de l'État Membre » : ils actent une responsabilisation de ces derniers dans leur production normative mais garantissent aussi aux demandeurs-opérateurs une sorte de standard minimum sur lequel ils peuvent se reposer pour assurer la sauvegarde des droits qu'ils tirent de l'effet direct de l'Article 49 TFUE.

Toujours d'un point de vue comportemental, nous pouvons nous réjouir de ce que l'Union Européenne parvient, jusqu'à aujourd'hui, à maintenir une relative unité dans la gestion de la disparition d'un offreur-État Membre. Même si les offreurs restants tentent de tirer profit d'une telle disparition, ces tentatives continuent à s'inscrire dans la « charte déontologique » des Traités. En respectant ce cadre, ceux-ci en démontrent tout à la fois l'effectivité et la primauté. Finalement, c'est l'Union elle-même qui tirent profit de cette disparition en accueillant une concurrence dynamique certes mais loyale également.

## CONCLUSION GENERALE

Considérant l'importance des systèmes juridiques et des interactions qu'ils produisent au sein de l'Union Européenne, la problématique de la concurrence normative était des plus prégnantes.

La concurrence normative a pendant longtemps été identifiée sous l'aspect du fédéralisme compétitif sous l'égide de la Cour de Justice qui, mettant en œuvre la liberté d'établissement des personnes morales, est parvenue à une intégration négative bien plus aboutie que l'intégration obtenue par les progressions législatives. Ainsi, la concurrence normative, telle qu'elle se déploie sur le marché intérieur, aurait pu demeurer dans ce modèle primitif inspiré du système fédéral américain. Mais cantonner la concurrence normative de l'Union Européenne est doublement contradictoire.

La première contradiction surgit immédiatement lorsqu'il est question des limites d'un tel modèle et de la nécessité d'adapter le modèle américain à la pratique de l'Union pour que l'un se fonde dans le moule de l'autre. Peut-on réellement parler de transposition d'un modèle si celui-ci est amendé, façonné à maintes reprises tant et si bien que sa figure primaire en devient méconnaissable ?

La seconde contradiction est plus profonde. Si l'Union est en quête d'effectivité, de primauté, d'unité ; elle est aussi, sinon surtout, en quête d'autonomie. De l'affirmation de la primauté dans *Costa* jusqu'à l'avis 2/13 sur l'adhésion à la Convention Européenne des droits de l'Homme, la problématique de la réalisation d'un ordre autonome transcende la construction européenne. Dès lors, construire un ordre autonome peut-il se faire par la transposition d'un modèle partiellement inopérant ?

Pour surmonter ces deux contradictions, mettre en lumière les bases d'un nouveau modèle de concurrence normative pour l'Union Européenne était nécessaire. Il est évident que ce modèle comporte quelques lacunes et quelques zones d'ombre que cette étude n'était pas en mesure de totalement mettre à jour. Néanmoins, le modèle de concurrence normative que semble adopter l'Union Européenne repose sur plusieurs constantes.

La première est naturellement celle des dimensions de la concurrence normative. En filant la métaphore de l'astronomie, si l'on avait pu envisager la concurrence comme une terre plate, dans une unique dimension, elle est désormais appréhendée comme une terre ronde en trois dimensions. Cette concurrence se déploie désormais aussi bien horizontalement, que verticalement et même dans une perspective conglomérale. Ces dimensions sont autant de domaines variablement explorés qu'il est nécessaire de repenser pour donner à l'influence alors exercée sa pleine effectivité. Mais repenser ces dimensions doit se faire avec méthode et en se posant toujours trois questions : la première est celle de

la compétence, la seconde de l'instrument et la troisième du résultat. On pourrait alors dire que cette étude constitue une *invitatio ad offerendum*.

La seconde constante concerne le comportement des acteurs sur le marché. En ce sens nous avons insisté sur la problématique de la loyauté au sein du groupe, loyauté au service de l'effectivité même du système. Dans la perspective de l'autonomisation, il est fondamental de s'appuyer sur un tel principe puisqu'il permettra de faire émerger un patrimoine commun de valeurs. En outre, le principe de loyauté permet de faire converger le comportement de ces acteurs vers un même objectif tout en leur laissant une autonomie certaine. Il est un principe unificateur quant à l'objectif et diversificateur quant aux moyens.

Finalement la richesse du modèle européen de concurrence normative s'explique aussi par le foisonnement normatif de ce système qu'il est impératif de préserver. Léontin-Jean Constantinesco procédait déjà à une *summa divisio* selon le destinataire de la norme pour essayer de schématiser un tel foisonnement : le destinataire pouvait être l'État Membre ou le particulier. Ces derniers, en étant touchés par la norme européenne, devenaient des sujets du droit de l'Union Européenne<sup>660</sup>. Apparaissent donc deux sujets du droit de l'Union, deux acteurs de la concurrence normative. Si le premier acteur était largement envisagé par le fédéralisme compétitif, le second jouait presque à l'arlésienne. Le modèle dont nous avons tenté d'esquisser les principales lignes réhabilite à sa juste valeur l'acteur, la personne. Cette dernière assertion nous permet alors de formuler deux propos conclusifs.

Tout d'abord nous souhaitons nous joindre aux conclusions du Professeur Denys Simon qui, citant Renan, affirme : « *L'Europe, ce n'est pas seulement la coordination des égocentrismes nationaux, mais c'est surtout la solidarité autour d'un « riche legs de souvenirs » et de la « volonté de faire valoir l'héritage qu'on a reçu indivis* ». Plus qu'un référendum ambigu, c'est un plébiscite de tous les jours »<sup>661</sup>. Ainsi nous pourrions voir, dans la mise en œuvre de la concurrence normative par les opérateurs économiques, un plébiscite inconscient pour faire valoir l'héritage qu'ils ont reçu indivis des traités.

Enfin, si à l'origine cette étude semblait se concentrer sur la concurrence normative au prisme de la liberté d'établissement des personnes morales, cette considération pourrait évoluer. Certes ces personnes morales furent un outil d'analyse propice à notre volonté de dresser un nouveau portrait de la concurrence normative. Mais inversement, la concurrence normative pourrait aussi être un moyen de mettre en lumière l'appréhension de la personne morale par le droit de l'Union. Plus simplement, si nous pensions que la concurrence

---

<sup>660</sup> CONSTANTINESCO L.-J., L'applicabilité directe dans le droit de la CEE, Bruylant, 2006, p7 et suivantes.

<sup>661</sup> SIMON D., « Brexit : Why not ? », *Europe*, Janvier 2016, p1.

normative était riche de potentialités théoriques et pratiques au début de notre questionnement, tel nous semble être désormais le cas en ce qui concerne la personne morale surtout lorsque celle-ci est opposée, pour les besoins de la comparaison, à la personne physique. L'appréhension d'une telle dichotomie par le droit de l'Union se révèle exaltante à l'issue de cette étude et sera sans doute l'objet de nombreuses autres...

## Bibliographie

### I- Manuels et ouvrages généraux

- ARNULL A. et DAMIAN C., *The Oxford handbook of European Union law*, 1<sup>ère</sup> éd. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2015.
- AUDIT M., BOLLE S. et CALLE P., *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 2016.
- BARNARD C., *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 5<sup>ème</sup> éd. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- BELLIS J-F., *Droit européen de la concurrence*, coll. Concurrences Colloque, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- BLUMANN C. et DUBOUIS L., *Droit matériel de l'Union européenne*, 7<sup>ème</sup> éd., LGDJ.
- BOUSSAGUET L., JACQUOT S. et RAVINET P., *Dictionnaire des politiques publiques*. 3<sup>ème</sup> éd. Domaine Gouvernances. Paris: Presses de Sciences Po, 2010.
- BREITENMOSER S., WEYENETH R., *Europarecht Unter Einbezug des Verhältnisses mit Schweiz-EU*, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2014.
- CLAVEL S., *Droit international privé*, 4<sup>ème</sup> éd., Hypercours Dalloz, 2016.
- COMBE E., *La politique de la concurrence*, La Découverte, 2008.
- CORNU G. ET ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, éd. *Vocabulaire juridique*. 9. éd. Quadrige Dicos poche. Paris: Quadrige / PUF, 2011.
- CUNIBERTI G., *Droit européen de l'insolvabilité: règlement (UE) 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité*, 1<sup>ère</sup> éd., LGDJ, 2017.
- FRENZ W., *Handbuch Europarecht*, 2<sup>ème</sup> éd., Berlin ; New York: Springer, 2012.
- GORDON M., *A dictionary of sociology*, 2<sup>ème</sup> éd., New York Oxford University Press, 1998.
- GRÖPL C., *Staatsrecht I: Staatsgrundlagen, Staatsorganisation, Verfassungsprozess ; mit einer Einführung in das juristische Lernen*, 5<sup>ème</sup> éd., coll. Lernbücher Jura, München, Beck, 2013.
- HEILBRONER R., ANTONMATTEI P. et TYACK-LIGNOT L., *Les Grands économistes*. Paris: Éd. du Seuil, 2001.
- JACQUE J-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*. 8<sup>ème</sup> éd., Cours Dalloz Série Droit public. Paris: Dalloz, 2015.

LIENHARD A., *Procédures collectives: prévention et conciliation, sauvegarde, sauvegarde accélérée, redressement judiciaire, liquidation judiciaire, redressement professionnel, sanctions, procédure*. Delmas, Dalloz, 2016.

MARTUCCI F., *Droit de l'Union européenne*, Hypercours Dalloz. Paris: Dalloz, 2017.

NOWAK C., *Europarecht nach Lissabon*, coll. PraxisEuroparecht, Baden-Baden, Nomos, 2011.

OFCE, *L'économie européenne 2017*, La découverte.

PESCATORE P., *Le droit de l'intégration : émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruylant, 2005.

PESCATORE P., *Études de droit communautaire européen, 1962-2007: avec une liste bibliographique complémentaire*. Bruxelles: Bruylant, 2008.

PESCATORE P., *L'ordre juridique des Communautés européennes étude des sources du droit communautaire*. Bruxelles: E. Bruylant, 2007.

RIPERT G., BOULANGER J., *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 2, n°970.

SIMON D., *Le système juridique communautaire*, 3<sup>ème</sup> éd., Presses Universitaires de France, 2001.

## II- Thèses, Monographies et ouvrages spécialisés

BAUMOL W., PANZAR J. et WILLIG D., *Contestable markets and the theory of industry structure*. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1982.

BERLIN D., MARTUCCI F., PICOD F. ET CENTRE DE DROIT EUROPEEN, éd. *La fraude et le droit de l'Union européenne*. Collection droit de l'Union européenne Colloques 37. Bruxelles: Bruylant, 2017.

BIZIOU M., *Adam Smith et l'origine du libéralisme*. Fondements de la politique. Paris: Presses universitaires de France, 2003.

BODE M., *Le groupe international de sociétés: le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand*. Peter Lang, 2010.

BOSKOVITS K., *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la communauté européenne et ses états membres*, Bruxelles- Athènes, Bruylant, 1999.

BOUVERESSE A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*. Collection Droit de l'Union européenne 14. Bruxelles: Bruylant, 2010.

BRETON A., *Competitiv governments: an economic theory of politics and public finance*, Cambridge university press.



- CONSTANTINESCO L-J., *L'applicabilité directe dans le droit de la CEE*, Bruylant, 2006.
- CONSTANTINESCO V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, Paris, LGDJ, 1974.
- COTIGA A., *Le droit européen des sociétés: compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne*. Bruxelles: Larcier, 2013.
- CRAIG P. et G. DE BURCA, éd. *The evolution of EU law*. 2<sup>ème</sup> éd. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2011.
- DURKHEIM E., *L'éducation morale*. Presses universitaires de France, 1992.
- GROSSMANN-DOERTH H., *Das Recht des Übersekaufs*. J. Bensheimer, 1930.
- GUILLOUD-COLLIAT L., *L' action normative de l'Union Européenne*. Collection Droit de l'Union Européenne / Monographies 5. Bruxelles: Bruylant, 2014.
- HALLSTEIN W., *Europe in the Making*, London, George Allen & Unwin Ltd, 1972.
- HUME D., *Traité de la nature humaine*. Paris: GF Flammarion, 1991.
- IONESCU R., *L' abus de droit en droit l'Union européenne*. Collection Droit de l'Union Européenne Thèses 24. Bruxelles: Bruylant, 2012.
- JELLINEK G., *L'État moderne et son droit*. Paris; [Paris: Éd. Panthéon-Assas ; Diff. LGDJ, 2005.
- JOSSERAND L., *Essais de téléologie juridique. théorie dite de l'abus des droits* 1, 1, Paris, Dalloz, 2006
- KANT E., *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*. Paris: Gallimard, 2009.
- KELSEN H., *Théorie générale des normes*, Presses universitaires de France, 1996.
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ : [Bruxelles] : Bruylant, 1999
- KLEIDER E., *L'égalité des créanciers dans les faillites internationales franco-suisse*. Strasbourg, 2015.
- LINDBERG L., *The political Dynamics of European Economic Integration*, Stanford University Press.
- MADURO, M. *We the court: the European Court of Justice and the European Economic Constitution: a critical reading of Article 30 of the EC Treaty*. Oxford : Evanston, Ill., USA: Hart Pub. ; Distributed in the United States by Northwestern University Press, 1998.

- MADURO M. et AZOULAI L., éd. *The past and future of EU law: the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*. Oxford ; Portland, Or: Hart, 2010.
- MANDEVILLE B., *La fable des abeilles*. Paris: Institut Coppet, 2011.
- MARSULLO T., *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, Paul Cézanne-Aix Marseille III, 2009.
- MENJUCQ M., *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*. Bibliothèque de droit privé, t. 285. Paris: L.G.D.J, 1997.
- MICHEL V., *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, 2003.
- OLSON M., *Logic of Collective Action : Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, 1965.
- PULJAK M-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*. Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003.
- RICARDO D., *Principes de l'économie politique et l'impôt*. Calmann-Lévy, 1994.
- RITLENG D. et BOUVERESSE A., *L'effectivité du droit de l'Union européenne*. Bruxelles: Emile Bruylant, 2017.
- SCHUMPETER J., *Théorie de l'évolution économique*, Paris, Dalloz-Sirey, Éd. originale 1911
- SMITH A., *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations 1 / éd. par Daniel Diatkine. 1 / éd. par Daniel Diatkine*. Paris: GF Flammarion, 1999.
- SMITH A., *Théorie des sentiments moraux*. Paris: Éditions Payot & Rivages, 2016.
- WALRAS L., *Eléments d'économie politique pure: ou, Théorie de la richesse sociale*. Ed. définitive. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952.

### III- Articles

- AKERLOF G. et STIGLITZ J., « The Market for "Lemons" : Quality Uncertainty and the Market Mechanism », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, n° 3, 1970, p. 488-500.
- D'AVOUT L., « Vers l'itinérance inconditionnelle (ou nomadisme) des sociétés en Europe ? », (2017) 43 *Recl. Dalloz Sirey*
- ARMOUR J., « Who Should Make Corporate Law? EC Legislation Versus Regulatory Competition », SSRN Scholarly Paper, ID 860444, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2005

- AZOULAY L., « Autonomie et antinomie du droit communautaire : la norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux ». *Petites affiches*, n° 199 (5 octobre 2004): 4.
- AZOULAY L., « Le rôle constitutionnel de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) tel qu'il se dégage de sa jurisprudence ». *Revue Trimestrielle de Droit Européen (RTDE)* 1 (1 janvier 2008): 29-45.
- AZOULAY L., « Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes », *Politique européenne*, 2015/4 (N° 50), p. 82-98
- BARNARD C., « What the Keck ? Balancing the needs of the single market with state regulatory autonomy in the EU (and the US) ». *Revue européenne de droit de la consommation* 2 (1 avril 2012): 201-16.
- BARSAN I., « Que reste-t-il du crière du siège social réel après l'arrêt Polbud ? » *Europe* 3 (1 mars 2018): 6-13.
- BASILIEN-GAINCHE M-L., « Principe d'intégration et pouvoir de l'Union ». *Revue des affaires européennes* 4 (1 octobre 2013): 715-27.
- BAUMANN P., « Common Organizations of the Market and National Law ». *Common Market Law Review* 14, n° 3 (61/01 1977): 303-27.
- BAUMOL W., « Horizontal Collusion and Innovation », Policy Forum "Regulation of Cartels, Dominant Firms and Mergers", *Economic journal*, 102(410),
- BEHAR-TOUCHAIS M., « Internormativité et droit de la concurrence (à propos du règlement CE n°1/2003) ». *Petites affiches*, n° 199 (s. d.): 58.
- BERGE J-S., « La répartition communautaire des compétences entre les droits nationaux: faut il ou non s'interroger sur un renouvellement des analyses en droit international privé ? », n° 101 (2003): 17-18.
- BERGE J-S., « L'enchevêtrement des normes internationales et européennes dans l'ordre juridique communautaire: contribution à l'étude du phénomène de régionalisation du droit ». *Petites affiches*, n° 199 (s. d.): 32.
- BERTEL M., « La société privée européenne, technique de LBO transfrontalier ? », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 6, Novembre 2011, dossier 35.
- BERTRAND B., « Rapport introductif : les enjeux de la soft law dans l'Union Européenne », *Revue de l'Union Européenne*, 2014, p73.
- BERTRAND J., « Book review of theorie mathematique de la richesse sociale and of recherches sur les principes mathematiques de la theorie des richesses », *Journal de Savants* 67: 499-508.

- BIERMEYER T., « Shaping the space of cross-border conversions in the EU. Between right and autonomy: *VALE Épitesi kft* », (2013) 50-2 *Common Mark. Law Rev.* 571-589.
- BOLLACHER P., « Keine Verletzung der Niederlassungsfreiheit bei Wegzug von Gesellschaften », *RIW*, Heft 3/2009, p150.
- BOUDERHEM R., « The Position of the Member States of the European Union and the Solutions of European Union law with regard to Groups of Companies ». *Revue de droit des affaires internationales - International Business Law Journal (RDAI)* 3 (1 mai 2017): 225-52.
- BOUVERESSE A., « L'arrêt Keck et la jurisprudence postérieure du point de vue de la Cour ou comment le juge de l'Union a travaillé son revirement », *RTD Eur*, 2014 p870-1.
- BOUYSSON J., « Paris jurisdiction internationale », *Les Petites Affiches*, 11 janvier 2018.
- BRUNO I., JACQUOT S. et MANDIN L., « Europeanization through its instrumentation ». *Journal of European Public Policy* 13, n° 4 (juin 2006): 519-36.
- BRUNO I., « Défaire l'arbitraire des faits. De l'art de gouverner (et de résister) par les « données probantes » », *Revue Française de Socio-Économie*, vol. hors-série, no. 2, 2015, pp. 213-227.
- CATHIARD C., « Le devenir des personnes morales européennes au prisme du Brexit » , *BJS* juill. 2017, n° 116p6, p. 492.
- COURET A., « L'état du droit des sociétés, 50 ans après la loi du 24 juillet 1966 ». *Bulletin mensuel d'information des sociétés Joly (BMIS)* 7 (1 juillet 2016): 433-48.
- DAMMANN R., « Le droit international privé des sociétés face à la liberté d'établissement ». *Bulletin mensuel d'information des sociétés Joly (BMIS)* 6 (1 juin 2009): 593-606.
- DAMMANN R., « Le principe de la liberté d'établissement consacré par les articles 43 et 48 CE s'applique aux fusions transfrontalières intra-communautaires ». *JCP G Semaine Juridique (édition générale)* 19 (10 mai 2006): 970-74.
- DEAKIN S., « Is regulatory competition the future for european integration? » *Swedish economic policy review*, n° 13 (2006): 71-95.
- DEAKIN S., « Legal Diversity and Regulatory Competition: Which Model for Europe? » *European Law Journal* 12, n° 4 (1 juillet 2006): 440-54.
- DEAKIN S., « Reflexive Governance and European Company Law ». *Comparative Research in Law & Political Economy*, n° 20 (2007).
- DELPECH X., « le Brexit coté contrat », *AJ Contrat*, 2018, p49
- DELZANT E., « Étude comparative de la pratique des restructurations en France et en Allemagne ». *Revue des procédures collectives* 1 (1 janvier 2014): 15-18.

- DOM J-P., « Société à l'étranger et succursale chez soi: le law shopping communautaire ». *Bulletin mensuel d'information des sociétés Joly (BMIS)* 6 (1 juin 1999): 705-12.
- DURKHEIM E., Bull. soc. française de phil., 1906, p. 113 sq., repris dans *Sociologie et philosophie*, Paris, PUF, 1967, p. 39 sq.
- EHLERMANN C-D., « Compétition entre systèmes réglementaires ». *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 387 (1 avril 1995): 220-27.
- EIDENMÜLLER H., «Free choice in international company insolvency law in Europe», *European Business Organization Law Review*, vol 6, n°3, 2005, pp 423-448.
- FABIO U., « Some remarks on the allocation of competences between the European Union and its Member States ». *Common Market Law Review* 39, n° 6 (2002): 1289-1301.
- FRIEDRICH C., « Zum gegenwärtigen Stand des Föderalismus in den Vereinigten Staaten », dans *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, N. 23, 1936, pp. 343-375.
- GERNER-BEUERLE C., MUCCIARELLI F., SCHUSTER E. et SIEMS M., « Why Do Businesses Incorporate in Other EU Member States? An Empirical Analysis of the Role of Conflict of Laws Rules », *ECGI - Law Working Paper* No. 361/2017.
- GORMLEY L. W., « Some Further Reflections on the Development of General Principles of Law Within Article 10 EC », *Gen. Princ. EC Law Process Dev.* 2008.
- GRASMANN G., « Effets nationaux d'une procédure d'exécution collective étrangère: redressement ou liquidation judiciaire, faillite, concordat ». *Revue critique de droit international privé*, 1990, 421.
- GRAVIER M., « D'une loyauté à l'autre. » *Politique européenne*, n° 11 (2003): 79-98.
- GROHMANN U. et GRUSCHINSKE N., « Beschränkungen des Wegzugs von Gesellschaften innerhalb der EU- die Rechtssache Cartesio », *EuZW*, Heft 15/2008 p463.
- HEIßL G., « Können juristische Personen in ihrem Grundrecht auf Datenschutz verletzt sein ? Persönlicher Schutzbereich von Art. 8 GRC », *EuR*, Heft 4, 2017, p561.
- HEYMANN J., « Union européenne ; Note sous Cour de justice de l'Union européenne, 12 juillet 2012, affaire C-378/10 ». *Revue Critique de Droit International Privé (RCDIP)* 2013, n° 1 (1 janvier 2013): 237-56.
- HOUIN R. „ Le régime juridique des sociétés dans la Communauté économique européenne“ *Rev. Trim. Dr Eur.*, 1965, n°1 p 11.
- HURSTEL D. et MOUGEL J., *La loi Sarbanes-Oxley doit-elle inspirer une réforme du gouvernement d'entreprise en France*, *Revue des sociétés* 2003, p. 13.

- JACQUÉ J-P., « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies ». *Revue française de droit constitutionnel*, n° 69 (2007): 3-37.
- JOHNSTON A. et SYRPIS P., « Regulatory Competition in European Company Law after Cartesio » *European Law Review* 2009, p384.
- KINDLER P., « Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH », *EuZW*, Heft 23/2012, 888-892.
- KLEINER C., « Le transfert de siège social en droit international privé », *Journal du droit international (Clunet)*, n°2, Avril 2010, 4.
- KOVAR R., « Dassonville, Keck et les autres : de la mesure avant toute chose ». *Revue Trimestrielle de Droit Européen (RTDE)* 2 (1 avril 2006): 213-48.
- KOVAR R., « La mobilité des sociétés dans l'espace européen », *Recueil Dalloz*, 2009, p465.
- KREPS D. et SCHEINKMAN J., « Quantity Precommitment and Bertrand Competition Yield Cournot Outcomes. », *The Bell Journal of Economics*, 14(2), 326-337.
- KULMS R., « Europäische Privatgesellschaft », *EuP*, 2009.
- LECOURT B., « Conférence sur le statut harmonisé de société unipersonnelle à responsabilité limitée ». *Revue des sociétés* 5 (1 mai 2015): 334-37.
- LECOURT B., « La codification du droit européen des sociétés ; Note sous Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, JOUE numéro L. 169/46 du 30 juin 2017 ». *Revue des sociétés* 11 (1 novembre 2017): 659-62.
- LECOURT B., « La société privée européenne a-t-elle encore un avenir ? (à propos du retrait de la proposition de règlement) ». *Revue des sociétés* 2 (1 janvier 2014): 133-35.
- LECOURT B., « Société unipersonnelle à responsabilité limitée (SUP) : accord du Conseil sur une orientation générale », *Revue des Sociétés*, 2015, p692.
- LECOURT B., « Mobilité transfrontalière des sociétés : le Parlement européen appelle à une révision de la directive " fusions transfrontalières " et à un texte sur les scissions transfrontalières ; Note sous Résolution du Parlement européen du 13 juin 2017 sur la conduite des fusions et scissions transfrontalières ». *Revue des sociétés* 11 (1 novembre 2017): 664-66.
- LECOURT B., « Propositions de règlement sur la société privée européenne : des positions divergentes au sein du Conseil de l'Union européenne ». *Revue des sociétés* 2 (1 avril 2010): 133-35.

- LENOBLE-LIAUD H., « L'union monétaire européenne : faut-il avoir peur du passager clandestin ?, Summary ». *Revue d'économie politique* 111, n° 6 (2001): 861-84.
- LEVADE A., « Constitution et Europe ou le juge constitutionnel au coeur des rapports de systèmes ». *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 18 (1 janvier 2005): 133-37.
- LOOIJESTIN-CLEARIE A., « Centros Ltd- a complete U-Turn in the right of establishment for companies ? », *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 49, No. 3 (Jul., 2000), pp. 621-642.
- LOY M., « Les fusions transfrontalières : entre présent et avenir ». *JCP E Semaine Juridique (édition entreprise)* 31, n° 34 (2 août 2007): 25-29.
- LUTTER M., « Überseering und die Folgen », *BB*, 2003, p.7.
- MARSULLO T., « Droit à la transformation transfrontalière des sociétés dans l'Union : la CJUE passe la troisième ! », (2018) 1 *Bull. Mens. Inf. Sociétés Joly BMIS*.
- MASON E., « Price and Production Policies of Large-Scale Enterprise. », *American Economic Review*, 1939, 29(1), 61-74.
- MASTRULLO T., « Les effets du Brexit sur le droit d'établissement des sociétés », *Bulletin Joly des sociétés*, juillet 2017, n°116p5.
- MENJUCQ M., « La compétitivité des principaux droits de l'insolvabilité européens : étude comparée des droits français, allemand et britannique ». *Revue des procédures collectives* 5 (1 septembre 2012): 59-68.
- MENJUCQ M., « Le droit communautaire d'établissement et le droit international des sociétés après l'arrêt inspire art ». *Revue de droit des affaires de l'Association Droit & Affaires* 2 (1 octobre 2004): 121-34.
- MENJUCQ M., « La proposition de règlement relatif à la société privée européenne : une nouvelle étape en droit communautaire des sociétés ? » ,*Recueil Dalloz*, 2008, p2954.
- MENJUCQ M., « Localisation frauduleuse révélée après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ». *Revue des procédures collectives* 3 (1 mai 2017): 32-34.
- MENJUCQ M., « Société - La Cour de justice libéralise la transformation transfrontalière des sociétés ». *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 18 janvier 2018.
- MENJUCQ M., « La Cour de justice libéralise la transformation transfrontalière des sociétés ; Note sous Cour de Justice de l'Union Européenne, 25 octobre 2017, affaire numéro C-106/16, POLBUD - WYKONAWSTWO », (2018) 1-2 *JCP E Sem. Jurid. Édition Entrep.*
- PACLOT Y., « La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées ». *Revue des sociétés* 7, n° 8 (1 juillet 2011): 395-403.



- PAPADOPOULOU R-E., « L'encadrement européen de la fiscalité directe des États membres : l'autre côté du miroir ? » *Revue des affaires européennes* 2 (1 avril 2012): 427-32.
- PARLEANI G., « Arrêt Polbud : nouvelle faveur (temporaire ?) à "l'optimisation" des transferts de sièges sociaux dans l'Union européenne ? » *Revue des sociétés* 1 (1 décembre 2018): 47-55.
- PATAUT E. note sous l'arrêt *Inspire Art*, *Recueil Dalloz* 2004, p491.
- PATAUT E., « Liberté d'établissement et droit international privé des sociétés : un pas de plus ». *Recueil Dalloz Sirey* 7 (19 février 2004): 491-94.
- PATAUT E., « Citoyenneté de l'Union européenne et nationalité étatique », *RTD Eur*, 2010, p617.
- PERNICE I., « Multilevel constitutionalism in the European Union », *WHI*, Paper 5/02.
- PIESSKALLA M., « Verhindbare Gesellschaftssitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat als Gründungsmitgliedstaat », *EuZW*, Heft 3/2009 p7.
- PINGEL I., « Le Brexit et le régime linguistique des institutions de l'Union Européenne », *RTD Eur*, Octobre Décembre 2017 p657.
- PINON S., « Le droit constitutionnel européen, une discipline autonome ? » *Annuaire de droit européen*, vol. VI-2008, Bruxelles, Bruylant, septembre 2011, pp61-73.
- PIROVANO A., « La fonction sociale des droits: réflexion sur le destin de la théorie de Josserand ». *Dalloz*, 1972, 67.
- POILLOT-PERUZZETTO S., « La diversification des méthodes de coordination des normes nationales ». *Petites affiches*, n° 199 (s. d.): 17.
- RABU G., « La mondialisation et le droit : éléments macrojuridiques de convergence des régimes juridiques », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. xxii, 3, no. 3, 2008, pp. 335-356.
- RADAELLI C., « The puzzle of regulatory competition », Cambridge University Press, 2004.
- RADICATI DI BROZOLO G., « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de libre circulation ». *Revue critique de droit international privé*, n° 401 (1993).
- RITLENG D., « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *RTD eur*, 2009, p667.
- ROUSSILLE M., « Adoption du premier petit code européen des sociétés ; Note sous Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés ». *JCP E Semaine Juridique (édition entreprise)* 30, n° 34 (27 juillet 2017): 9-10.



- DE SADELEER N., « La gouvernance économique européenne: Léviathan ou colosse aux pieds d'argile ? », *Europe*, n°4, 2012, p9.
- SANTORO G., « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt Cartesio », *Revue internationale de droit économique*, vol. t.xxiv, no. 3, 2010, pp. 351-372.
- SCHOEN W., « Playing Different Games? Regulatory Competition in Tax and Company Law Compared », *Common Market Law Review*, 2005, Vol. 42, No. 2, pp. 331-335.
- SCHULZ M., « (Schein)-Auslandgesellschaften in Europa, ein Schein Problem ? », *NJW* 2003, p2705-2708.
- SCHÜTZE R., « Supremacy without pre-emption? the very slowly emergent doctrine of community pre-emption. », *Common market law review.*, 43 (4). pp. 1023-1048.
- SIMON D., « Brexit (British Exit) : inside, outside, offside ? », *Europe* n°2, février 2013
- SIMON D., « Brexit: en marche pour une longue marche », *Europe*, Juin 2017 p6
- SIMON D., « Brexit : Why not ? », *Europe*, Janvier 2016, p1.
- SNELL J., « Who's Got the Power? Free Movement and Allocation of Competences in EC Law ». *Yearbook of European law* 22, n° 1 (2003): 323.
- SOINNE B., « Le bateau ivre », *Revue des procédures collectives*, 1997, p105.
- SONNENBERG H., « État de droit, construction européenne et droit des sociétés », *Rev. Crit. DIP*, 2013 p101.
- SOUTY F. et PALOMBI F., « La modernisation différenciée du droit de la concurrence déloyale en Allemagne et en France, 2004-2015 », *Bulletin des Transports et de la Logistique*, N° 3347, 10 janvier 2011.
- Sun, J-M, et J Pelkmans. « Regulatory competition in the single market ». *Journal of common market Studies* 33, n° 1 (1995): 67-89.
- SZYDLO M ., note sous l'arrêt Cartesio, *Common Market Law Review*, 46 :703,722, 2009.
- TELO M., « Combiner les instruments politiques en vue d'une gestion dynamique des diversités nationales », *Jean Monnet Working Paper* No.6/01.
- TERRÉ D., « Droit, morale et sociologie ». *L'Année sociologique* 54, n° 2 (2004): 483-509.
- TIEBOUT C., « A Pure Theory of Local Expenditures ». *The University of Chicago Press, The Journal of Political Economy*, 64, n° 5 (1956): 416-24.
- TJONG H., *Breaking the Spell of Regulatory Competition: Reframing the Problem of Regulatory Exit* , MPI Collective Goods Preprint No. 2000/13.

- TILQUIN T., « L'arrêt KA Finanz AG : la fusion transfrontalière et la protection des créanciers ». *Revue de Droit Commercial Belge* 1 (1 janvier 2018): 64-70.
- TORCOL S., « Le droit constitutionnel européen, droit de la conciliation des ordres juridiques ». *Revue Française de Droit Constitutionnel (RFD Const)* 105 (1 mars 2016): 101-26.
- UNIVERSITY OF CAMBRIDGE, « The Consequences of Brexit for Companies and Company Law », Paper n°22/2017, Avril 2017.
- VALLANSSAN J., « Le droit français de l'insolvabilité est attractif, surtout le droit d'Alsace-Moselle pour les frontaliers personnes physiques, à condition de ne pas en abuser ! », *Lettre d'actualité des procédures collectives* n°5, mars 2011.
- VAREILLES-SOMMIERES P., « Le forum shopping devant les juridictions françaises ». *Travaux du Comité Français de Droit International Privé* 1998, n° 1999 (1 janvier 1999): 49-82.
- VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA G., « Libre circulation des sociétés en Europe: concurrence ou convergence des modèles juridiques ? » *Revue Trimestrielle de Droit Européen (RTDE)* 1 (1 janvier 2014): 7-38.
- WACHSMANN A., « Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour », *Europe*, janvier 1993, chron n°1.

#### IV- Contributions à des monographies

- ADAMS Z., DEAKIN S., « *Freedom of Establishment and regulatory competition* », dans *The Oxford handbook of European Union law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- ARRIGHI J-P., « L'ordre concurrentiel et le droit des sociétés ». In *L'ordre concurrentiel: mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*. Frison-Roche, 2003.
- AZOULAI L., « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire ». In *L'ordre concurrentiel: mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*. Frison-Roche, 2003.
- AZOULAI L., « Les fondements de l'autorité de l'Union » dans AZOULAI L. et BURGORGUE-LARSEN L. (dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, coll. Collection droit de l'Union Européenne Colloques, n°2, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- AZOULAI L., « La fabrication de la jurisprudence communautaire » dans MBONGO P. et VAUCHEZ A. (dir.), *Dans la fabrique du droit européen*, coll. Collection droit de l'Union Européenne Colloques, n°9, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- AZOULAI L., « Appartenir à l'Union européenne. Liens institutionnels et relations de confiance entre États membres de l'Union », *Liber Amicorum en l'honneur de Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, p. 11-36.

- BARNARD C., « Social dumping revisited: some lessons from the Delaware ? » *ECSA's sixth Biennial international conference*, 1999.
- BARNARD C. et DEAKIN S., « Market Access and Regulatory competition ». In *The Legal Foundations of the Single Market: Unpacking the Premises*. Oregon: Hart Publishing, 2002.
- BARTOLINI S., « An Introduction » dans Adrienne WINDHOFF-HERITIER et Martin RHODES, *New modes of governance in Europe: governing in the shadow of hierarchy*, London; New York, Palgrave Macmillan, 2011.
- BÉGUIN J. « Un texte à abroger : la loi sur la reconnaissance internationale des sociétés anonymes étrangères » dans *Le droit de l'entreprise dans ses relations extérieures à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997.
- BEGUIN M., « les sociétés commerciales sont-elles condamnées à l'immobilité internationale ? », dans *Aspects organisationnels du droit des affaires, mélanges en l'honneur de Jean Paillusseau*, 2003, dalloz, p. 43.
- BEHAR-TOUCHAIS M., « L'ordre concurrentiel et le droit des contrats ». In *L'ordre concurrentiel: mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*. Frison-Roche, 2003.
- BERGÉ J-S., « Concurrence normative et autonomie en droit européen : de quoi parle-t-on ? » dans KESSEDJIAN C. et COLLEGE EUROPEEN DE PARIS (dir.), *Autonomie en droit européen: stratégie des citoyens, des entreprises et des États* ; coll. Colloques, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2013.
- BERGÉ J-S. et HARNAY S., « Le non rapprochement des droits dans le contexte de l'UE comme hypothèse de concurrence normative : les apports croisés de l'économie et du droit » dans *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, coll. Collection Europe(s), Bruxelles, Larcier, 2016.
- BERLIN D., « Concurrence normative entre les États, comment est-elle gérée par le droit européen ? » dans Catherine KESSEDJIAN et COLLEGE EUROPEEN DE PARIS (dir.), *Autonomie en droit européen: stratégie des citoyens, des entreprises et des États* ; coll. Colloques, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2013.
- BLANQUET M., « Le système communautaire à l'épreuve de la gouvernance européenne : pour une nouvelle gouvernance raisonnée ». In *Mélanges en hommage à Guy Isaac, 50 ans de droit communautaire*, 239-70. Toulouse: Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2004.
- BONASSIES, P., « Les fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence-moyen » dans *Etudes dédiées à Alex Weill*, Paris, Dalloz : Litec, 1983.
- BOUVERESSE A., « La Cour de justice de l'Union européenne : gardienne de ses pouvoirs ». In *Europe(s), Droit(s) européen(s) – Une passion d'universitaire*. Bruxelles: Bruylant, 2015.

- BOUVERESSE A., "La fraude dans l'abus" dans BERLIN D., MARTUCCI F., PICOD F. et CENTRE DE DROIT EUROPÉEN (dir.), *La fraude et le droit de l'Union européenne*, coll. Collection droit de l'Union européenne Colloques, n°37, Bruxelles, Bruylant, 2017.
- BOUVERESSE A., « L'effectivité comme argument d'autorité de la norme » dans RITLÉNG D. ET BOUVERESSE A., *L'effectivité du droit de l'Union européenne*. Bruxelles, Emile Bruylant, 2017.
- CARPANO E. « La concurrence réglementaire entre le law shopping et la dérégulation compétitive », *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, coll. Collection Europe(s), Bruxelles, Larcier, 2016, p84.
- CARTELIÉ L., « Politique européenne de concurrence et nouvelles régulations publiques », dans *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éd. Frison-Roche, 1999, p. 359.
- CONSTANTINESCO V., « Table ronde: compte rendu des débats" dans FATIN-ROUGE STEPHANINI (dir.), *L'identité la croisée des Etats et de l'Europe: quel sens? Quelles fonctions?*, coll. À la croisée des droits, n°14, Bruxelles, Bruylant, 2015. p355-388.
- CONSTANTINESCO V., « L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire » dans *Du droit international au droit de l'intégration: liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges, 1987.
- DUBOUT E., « Les mutations du champ d'application des libertés de circulation : la triple inconstance » dans *La Constitution, l'Europe et le droit: mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet: liber amicorum discipulorumque*, coll. De Republica, n°11, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013.
- FRYDMAN B., « La concurrence normative européenne et globale » dans *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, coll. Collection Europe(s), Bruxelles, Larcier, 2016. p25.
- GOFFIN L., « Powers of the Court of Justice in the draft Regulatory Company (SE) », dans *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch : Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita* E. Bruylant : Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972.
- GROSSMANN-DOERTH H., « Das selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft », *Zum Gedenken an Hans Grossmann-Doerth (1894-1944)*. Mohr Siebeck, 2005.
- GUERRIEN D., « Equilibre économique ». *Encyclopaedia Universalis*, s. d.
- GUILLOU S., « La politique industrielle européenne, petite sœur de la politique de concurrence » dans OFCE, *L'économie européenne 2017*, La découverte.
- HARDIN R., « The Free Rider Problem ». In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, édité par Edward N. Zalta, Spring 2013. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2013.

- ILIOPOULOU-PENOT A., « Libertés de circulation et abus de droit ». In *L'unité des libertés de circulation*, 185-204. Bruxelles: Bruylant, 2013.
- JACQUÉ J-P., « L'évolution des rapports entre le droit de l'Union et le droit national du point de vue de l'Union » dans SCHWARZE J, (dir), *Das Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht im Wandel der Zeit*, Nomos, 2012.
- KESSEDJIAN C., « Entrave et disparité de législations » dans *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 25-46.
- KOKOTT J., « Der EuGH - eine neoliberale Institution ? » dans HOHMANN-DENNHARDT Christine, MASUCH Peter, VILLIGER Mark E. et JAEGER Renate (dir.), *Grundrechte und Solidarität: Durchsetzung und Verfahren: Festschrift für Renate Jaeger*, Kehl am Rhein, N.P. Engel Verlag, 2011.
- KOVAR R., « Observations sur l'intensité normative des directives », dans *Mélanges en l'Honneur de Pierre Pescatore*, 1987, p359-372.
- OBERDORFF H., « L'eupéanisation des droits des États Membres », dans Jean Claude MASCLET (dir.), *L'Union européenne: union de droit, union des droits: mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010.
- OPHÜLS M., « Über die Auslegung der Europäische Gemeinschaftsverträge », *Festschrift Müller-Armack*, Berlin, 1961, p288.
- PATAUT E., « Loi de police et ordre juridique communautaire » dans *Les conflits de lois dans le système juridique communautaire*, dir. A. Fuchs, H. Muir Watt, E. Pataut, Dalloz, Paris, 2004, p. 11.
- PESCATORE P., « Les objectifs de la Communauté comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour », dans *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch : Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita*. E. Bruylant : Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972.
- POTVIN-SOLIS L., « Compétences partagées et objectifs matériels » dans Eleftheria NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union Européenne*, coll. Collection droit de l'Union européenne Colloques, n°20, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- REY P. et TIROLE J., « A Primer on Foreclosure », *Handbook of Industrial Organization*, vol.3, North-Holland.
- RODRIGUEZ IGLESIA G-C., « Le droit interne devant le juge international et communautaire ». In *Du droit international au droit de l'intégration; Liber Amicorum Pierre Pescatore*. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges, 1987.

- SCHRANS G., « The Instrumentality and the morality of European Economic Law », dans *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch : Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita*, E. Bruylant : Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972.
- TARULLO D-K., « Federalism Issues in the United States Labour market policies and employment law ». In *International integration and labour market organisation*. New York : Academic Press, 1992.
- TRAVERSA E., CECI E., « La lutte contre la fraude en droit fiscal », dans BERLIN D., MARTUCCI F., PICOD F. et CENTRE DE DROIT EUROPÉEN (dir.), *La fraude et le droit de l'Union européenne*, coll. Collection droit de l'Union européenne Colloques, n°37, Bruxelles, Bruylant, 2017
- WAELEBROECK M., « The emergent doctrine of Community pre-emption – Consent and redelegation », dans SANDALOW et STEIN, *Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*, Vol. II (OUP, 1982), pp. 548–580.
- WEATHERILL S., « Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of competence to regulate the internal market ». In *The Legal Foundations of the Single Market: Unpacking the Premises*. Oregon: Hart Publishing, 2002.
- DE WITTE B., « The continuous Significance of Van Gend en Loos » dans Miguel Poiaras MADURO et Loïc AZOULAI (dir.), *The past and future of EU law: the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*, Oxford ; Portland, Or, Hart, 2010.

## Index thématique de la jurisprudence citée

### ➤ Abus de droit

#### Critères d'identification

- CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland-Stärke GmbH*, aff. C-110/99, ECLI:EU:C:2000:695

#### Critère objectif

- CJUE, 18 décembre 2014, *Schoenimport « Italmoda »*, aff. C-131/13, ECLI:EU:C:2014:2455.

#### Critère subjectif

- Cour de Cassation, 1ère civ, 3 août 1915, n°00-02378
- CJCE, 23 mars 2000, *Dyonisios Diamantis*, aff. C-373/97, ECLI:EU:C:2000:150
- CJCE, 23 septembre 2003, *Secretary of State for the Home Department contre Hacene Akrich*, aff. C-109/01, ECLI:EU:C:2003:491
- CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc*, aff. C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544

#### Fraude au droit national

- CJCE, 3 décembre 1974, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen*, aff. C-33/74, ECLI:EU:C:1974:131
- CJCE, 5 février 1979, *Knoors*, aff. C-115/78, ECLI:EU:C:1979:31

#### Principe général de lutte contre

- CJCE, 21 février 2006, *Halifax plc*, aff. C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121

### ➤ Accès au marché

#### En général

- CJCE, 25 juillet 1991, *Manfred Säger contre Dennemeyer & Co. Ltd*, aff. C-76/90, ECLI:EU:C:1991:331
- CJCE, 31 mars 1993, *Dieter Kraus contre Land Baden-Württemberg*, aff. C-19/92, ECLI:EU:C:1993:125

#### En liberté d'établissement

- CJCE, 16 juillet 1998, *Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, aff. C-264/96, ECLI:EU:C:1998:370
- CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd contre Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C- 212/97, ECLI:EU:C:1999:126
- CJCE, 13 décembre 2005, *Marks & Spencer plc* aff. C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763
- CJUE, 6 décembre 2007, *Colombus container Service BVBA*, aff.C-298/05, ECLI:EU:C:2007:754

### ➤ Autonomie

#### Institutionnelle



- CJCE, 15 septembre 1971, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor groenten en fruit*, aff. C-51 à 54/71, ECLI:EU:C:1971:128

#### Normative

- CJUE, 12 juillet 2012, *VALE Építési*, aff. C- 378/10, ECLI:EU:C:2012:440

#### Procédurale

- CJCE, 16 décembre 1976, *Comet BV contre Produktschap voor Siergewassen*, aff. C-45/76, ECLI: ECLI:EU:C:1976:191

#### ➤ Coopération loyale

- CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH contre Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, aff. C-78/70, ECLI:EU:C:1971:59
- CJCE, 2 février 1977, *Amsterdam Bulb BV contre Produktschap voor Siergewassen*, aff. C-50/76, ECLI:EU:C:1977:13
- CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, aff. C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49
- CJCE 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL contre Région wallonne*, aff. C-129/96, ECLI:EU:C:1997:628
- CJUE, 8 septembre 2010, *Winner Wetten GmbH contre Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, aff. C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503
- CJUE, 6 mars 2018, *Slowakische Republik contre Achmea BV*, aff. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158

#### ➤ Concurrence (droit de la)

- CJCE, 3 juillet 1991, *AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, §72
- CJCE, 11 juillet 2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-205/03 P, ECLI: ECLI:EU:C:2006:453.
- CJCE, 17 février 2011, *Konkurrensverket contre TeliaSonera Sverige AB*, aff. C- 52/09, ECLI:EU:C:2011:83

#### ➤ Directive

##### Mise en œuvre

- CJUE, 7 avril 2016, *KA Finanz AG*, aff. C-484/14, ECLI:EU:C:2016:205

##### Transposition

- CJCE, 3 mai 2001, *Verdonck E.A.*, aff. C-28/99, ECLI:EU:C:2001:238

#### ➤ Droit de la construction

- CJUE, 24 mars 2011, *Commission Européenne c./ Royaume d'Espagne*, aff. C-400/08, ECLI:EU:C:2011:172;



- CJUE, 26 avril 2018, affaires jointes C-233 à 237/16 : *Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED)/Generalitat de Catalunya (C-233/16), Consejería de Economía y Hacienda del Principado de Asturias (C-234/16), Consejo de Gobierno del Principado de Asturias (C-235/16), Diputación General de Aragón (C- 236/16) et Diputación General de Aragón (C-237/16)*.
- Effet direct
- Conditions
- CJCE, 6 octobre 1970, *Franz Grad*, aff. C-9/70, ECLI:EU:C:1970:78
  - CJCE, 12 décembre 1990, *Peter Kaefer et Andréa Procacci*, aff. C-100/89 et C-101/89, ECLI:EU:C:1990:456
- En général
- CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1
  - CJCE, 3 octobre 2000, *Echirolles Distribution SA*, aff. C-9/99, ECLI:EU:C:2000:532,
- En Liberté d'établissement
- CJCE, 21 juin 1974, *Reyners c. État Belge*, aff. C-2/74, ECLI:EU:C:1974:68.
- Effet « catch all »
- CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du Roi contre Benoît et Gustave Dassonville*, aff. C-8/74, ECLI:EU:C:1974:82
- Environnement
- CJUE, 6 octobre 2011, *Bonnarde contre Agence de services et de paiement*, aff. C-443/10, ECLI:EU:C:2011:641
- Harmonisation (intensité)
- CJCE, 16 juillet 1998, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG contre Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, aff. C-355/96, ECLI:EU:C:1998:374, §22
- Insolvabilité
- CJCE, 2 mai 2006, *Eurofood IFSC Ltd*, aff. C-341/04, ECLI:EU:C:2006:281
  - CA Colmar, 1<sup>re</sup> ch. civ., sect. A, 2 février 2010
  - Cass. Com, 15 février 2011, n°10-13.832
  - CA Colmar, 1<sup>re</sup> ch. civ., sect. A, 26 juin 2013
  - CJUE, 8 juin 2017, *Vinlys Italia*, aff. C-54/16, ECLI:EU:C:2017:433
- Institutionnel
- CJCE, 14 novembre 1978, *délibération de la Cour*, aff. C-1/78, ECLI:EU:C:1979:224
  - BverfG, 12 octobre 1993, 89, 155 - Maastricht
  - Avis de la Cour du 28 mars 1996, *Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/94, ECLI:EU:C:1996:140
  - UKSC, 24 janvier 2017, *Miller & Anor, R (on the application of) v Secretary of State for Exiting the European Union (Rev 3) [2017] UKSC 5, 2017*

- Trib UE, ordonnance du 8 mars 2018, *Comune di Milano contre Conseil de l'Union européenne*, T-46/18

➤ Internal affairs (doctrine)

- US Supreme Court, *Paul v. Virginia*, 75 U.S. 7 Wall. 168, 1869

➤ Liberté d'établissement

Application

- CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art Ltd*, aff. C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512
- CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*, aff. C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723
- CJUE, 25 octobre 2017, *Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o.*, aff. C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804.

Définition

- CJCE, 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard contre Consiglio dell 'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, aff. C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411.

Distinction avec la libre prestation de service

- CJCE, 11 décembre 2003, *Bruno Schnitzer*, aff. C-215701, ECLI:EU:C:2003:662, §31.

Droit dérivé

- CJCE, 12 novembre 1974, *Friedrich Haaga GmbH*, aff. C-32/74, ECLI:EU:C:1974:116.

Exercice d'une activité économique

- CJCE, 25 juillet 1991, *The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd et autres*, aff. C-221/89, ECLI:EU:C:1991:320
- CJCE, 5 octobre 1998, *Udo Steymann contre Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-196/87, ECLI:EU:C:1988:475.

➤ Libre circulation des capitaux

Définition

- CJCE, 13 avril 2000, *C. Baars contre Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem*, aff. C-251/98, ECLI:EU:C:2000:205.

Distinction avec la liberté d'établissement

- CJCE, 3 octobre 2006, *Fidium Finanz AG contre Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, aff. C- 452/04, ECLI:EU:C:2006:631

➤ Loi de police

- CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. C-369/96 et C-376/96, ECLI:EU:C:1999:575
- CJUE, 17 octobre 2013, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contre Navigation Maritime Bulgare*, aff. C- 184/12, ECLI:EU:C:2013:663

➤ Marché intérieur

- CJCE, 5 mai 1982, *Gaston Schul Douane Expediteur BV*, aff. C-15/81, ECLI:EU:C:1982:135
- CJUE, 1er mars 2012, *Asociación para la Calidad de los Forjados (Ascafor)*, aff. C-484/10, ECLI:EU:C:2012:113

➤ Non discrimination

En général

- CJCE, 26 septembre 1996, *Data Delecta Aktiebolag and Ronny Forsberg v MSL Dynamics Ltd*, aff. C-43/95, ECLI:EU:C:1996:357

En matière fiscale

- CJCE, 12 décembre 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, aff. C-374/04, ECLI:EU:C:2006:773
- CJCE, 12 décembre 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, aff. C-446/04, ECLI:EU:C:2006:774

En raison du siège

- CJUE, 21 janvier 2010, *Société de Gestion Industrielle (SGI)*, aff. C-311/08, ECLI:EU:C:2010:26
- CJUE, 21 janvier 2010, *Commission c. Allemagne*, aff. C-546/07, ECLI:EU:C:2010:25

Indirecte

- CJCE, 13 juillet 1993, *Ex p. Commerzbank AG*, aff. C-330/91, ECLI:EU:C:1993:303

Liberté d'établissement

- CJCE, 13 décembre 2005, *SEVIC Systems AG*, aff. C-411/03, ECLI:EU:C:2005:762

➤ Office du juge

Interprétation

- CEDH, affaire *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, 5856/72

Articulation avec le législateur

- CJCE, 1<sup>er</sup> avril 2004, *Commission des Communautés européennes contre Jégo-Quéré & Cie SA*, aff. C-263/02 P, ECLI:EU:C:2004:210

➤ Personnes physiques

- CJCE, 20 février 2001, *The Queen contre Secretary of State for the Home Department, ex parte: Manjit Kaur*, aff. C-192/99, ECLI:EU:C:2001:106
- CJCE, 23 septembre 2003, *Secretary of State for the Home Department contre Hacene Akrich*, aff. C-109/01, ECLI:EU:C:2003:491
- CJCE, 11 mars 2004, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, aff. C-9/02 ECLI:EU:C:2004:138
- CJUE, 14 octobre 2008, *Procédure engagée par Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*, aff. C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559
- CJUE, 2 mars 2010, *Janko Rottmann contre Freistaat Bayern*, aff. C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104

- CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano contre Office National de l'Emploi*, aff. C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124
- CJUE, 15 novembre 2011, *Murat Dereci et autres contre Bundesministerium für Inneres*, aff. C-256/11, ECLI:EU:C:2011:734
- CJUE, 5 juin 2018, *Coman e.a.*, aff. C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385

➤ Primauté

- CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66

➤ Principes d'équivalence et d'effectivité

- CJUE, 12 juillet 2012, *VALE Építési*, aff. C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440
- CJUE, 8 juin 2017, *Vinlys Italia*, aff. C-54/16, ECLI:EU:C:2017:433

Dans la transposition des directives

- CJCE, 12 septembre 1996, *Procédure pénales c. Sando Gallotti*, affaires jointes C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 et C-157/95, ECLI:EU:C:1996:323

➤ Principe de proportionnalité

- CJCE, 17 mai 1984, *Denkavit Nederland BV* aff. C-15/83, ECLI:EU:C:1984:183

➤ Principe de subsidiarité

- CJCE, 5 octobre 2000, aff. C-376/98, *Allemagne c. Parlement et Conseil*, ECLI:EU:C:2000:544

➤ Reconnaissance

- CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, aff. C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632
- CJUE, 14 octobre 2008, *Procédure engagée par Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*, aff. C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559

➤ Règlement

Effet direct

- CJCE, 10 octobre 1973, *Fratelli Variola*, aff. C-34/73, ECLI:EU:C:1973:101

➤ Renvoi préjudiciel

- CJCE, 6 avril 1962, *Robert Bosch GmbH*, aff. C-13/61, ECLI:EU:C:1962:11

➤ Réserve de compétence législative

- CJCE, 27 septembre 1988, *Daily Mail and General Trust plc*, aff. C-81/87, ECLI:EU:C:1988:456.
- CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, aff. C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632
- CJUE, 16 avril 2015, *Commission c. Allemagne*, Aff. C-591/13, ECLI:EU:C:2015:230

- Raisons impérieuses d'intérêt général
  - CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. C-120/88, ECLI:EU:C:1979:42
  - CJCE, 22 janvier 1981, *Dansk Supermarked*, aff. C-58/80, ECLI:EU:C:1981:17
  - CJCE, 12 mars 1987, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, affaire dite « Loi sur la pureté de la bière », aff. C-178/84, ECLI:EU:C:1987:126
  - CJCE, 22 octobre 2002, *National Farmer's Union*, aff. C- 241/01, ECLI:EU:C:2002:604
  
- Siège
  - Théories (du)
    - CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*, aff. C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723
    - CJUE, 25 octobre 2017, *Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o.*, aff. C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804.
  
  - Répartition selon le
    - CJCE, 28 janvier 1986, *Commission c. France (avoir fiscal)*, aff. C-270/83, ECLI:EU:C:1986:37
  
- Sociétés
  - Existence au travers de la législation nationale
    - CJCE, 27 septembre 1988, *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc*, aff. C-81/87, ECLI:EU:C:1988:456
  
- Sociétés créées de fait
  - BGH, 1<sup>er</sup> juillet 2002, II ZR, 380/00
  - BGH, 13 mars 2003, VII ZR, 370/98TBI

## Plan détaillé

### CHAPITRE 1. LE FEDERALISME COMPETITIF PREMIER INSTRUMENT DE L'INTEGRATION NEGATIVE EN MATIERE DE LIBERTE D'ETABLISSEMENT

#### SECTION 1. La Cour de Justice, main (in)visible sur le marché de la norme

Sous-section 1. Les fondements théoriques du rôle de la main (in)visible .....	21
I. La concurrence pure et parfaite et la recherche de l'équilibre concurrentiel : perspectives économiques .....	21
II. La recherche de l'équilibre dans l'office de la Cour de Justice .....	23
III. La Cour de Justice : arbitre sur le marché de la norme .....	25
Sous-section 2. La mise en œuvre pratique dans le cadre de la liberté d'établissement des personnes morales .....	27
I. Les instruments à disposition de la Cour .....	27
II. La légitimité de l'arbitrage de la Cour de Justice dans la recherche de l'équilibre normatif .....	29
A. Déni de justice ou gouvernement des juges .....	29
B. L'intégration, par la Cour de Justice, de son rôle d'arbitre en matière de liberté d'établissement .....	31

#### SECTION 2. La mobilité des acteurs au service d'un fédéralisme compétitif global

Sous-section 1. La subjectivisation des traités par la consécration du principe d'effet direct ..	34
I. Une stratégie affirmée : rendre les opérateurs économiques acteurs de leur propre droit .....	34
II. La portée de l'effet direct en matière de liberté d'établissement .....	35
Sous-section 2. Le libre accès au marché pour les opérateurs économiques .....	38
I. Le passage au test de l'accès au marché ou la concentration sur l'opérateur économique .....	38
II. La mise en œuvre substantielle du test de l'accès au marché .....	39

Sous-section 3. L'interpénétration normative des ordres juridiques .....	41
I. Les pressions normatives au service de l'achèvement du marché intérieur .....	41
II. L'exemple oublié de l'affaire Überseering ou comment faire pression sans parler de justifications .....	43
A. Une distinction factuelle profonde .....	43
B. La fin de la réserve de compétence législative .....	44
C. La reconnaissance automatique des sociétés .....	45

## CHAPITRE 2. LES LIMITES DU FEDERALISME COMPETITIF : LES DEFAILLANCES DU MARCHÉ INTERIEUR DE LA NORME

### SECTION 1. La survivance de la théorie du siège réel : un obstacle au marché de l'incorporation ?

Sous-section 1. Le cadre théorique de l'affrontement des théories du siège .....	50
I. Les théories applicables .....	50
II. L'inadéquation des critères de rattachement .....	51
III. L'exemple du droit américain des sociétés .....	53
Sous-section 2. La partition normative siège réel/ statutaire en pratique .....	54
I. L'adaptation jurisprudentielle de la partition normative .....	54
II. Le dépassement de la partition normative .....	57
III. Personnes morales, personnes physiques : une même cause et des solutions communes ? .....	60
Sous-section 3. Après Polbud, la fin de l'obstacle du siège réel ? .....	61
I. Rappel des faits du litige : entre <i>Cartesio</i> et <i>Centros</i> .....	62
II. Les conclusions de l'Avocate Générale Kokott .....	62
III. La théorie du siège réel : toujours un obstacle à l'émergence d'un marché de l'incorporation ? .....	64
A. La solution adoptée ou la forme au désavantage du fond .....	64
B. Les enseignements de l'arrêt Polbud : la fin de l'obstacle de la théorie du siège réel .....	65

## SECTION 2. Le conflit de systèmes et ses passagers clandestins

Sous-section 1. Introduction aux concepts de conflits de système et de passager clandestin	66
I. La théorie des rapports de systèmes .....	66
II. La problématique du passager clandestin .....	68
Sous-section 2. Le cas général du passager clandestin en matière de liberté d'établissement : la fraude au droit national .....	70
I. Présentation théorique des concepts de fraude et d'abus .....	70
II. L'identification pratique de la fraude à la loi en matière de liberté d'établissement	72
A. L'identification systématique et combinée de la fraude et de l'abus .....	72
B. Le conflit de systèmes entre le droit international privé des États Membre et le droit de l'Union .....	73
Sous-section 3. La faillite de la personne morale ou le conflit de systèmes à son paroxysme	74
I. De l'intérêt d'étudier la faillite de la personne morale .....	74
II. Présentation du conflit normatif suscité par les passagers clandestins .....	77
III. Les tentatives de dépassement des conflits normatifs .....	79
A. Repenser le concept de fraude .....	79
B. La rationalisation normative de la liberté d'établissement des personnes morales .....	80

## CHAPITRE 3. LES FONDEMENTS D'UNE NOUVELLE CONCURRENCE NORMATIVE EN MATIERE DE LIBERTE D'ETABLISSEMENT : LE DEPASSEMENT DU FEDERALISME COMPETITIF

### SECTION 1. Influencer sur le contenu des pratiques normatives anticoncurrentielles

Sous-section 1. La répartition des compétences en matière de concurrence normative .....	86
I. La répartition traditionnelle des compétences dans l'ordre juridique de l'Union .....	86
A. La notion de compétence et les principes fondateurs .....	86
B. Les variations pratiques de l'exercice de la compétence .....	88
C. La dynamique de la compétence partagée .....	89
II. La répartition des compétences dans le cadre de la concurrence normative .....	90
A. L'évolution de la répartition des compétences dans le cadre de la	



concurrence normative .....	91
B. Le partenariat entre l'Union et les États Membres : l'article 54§1 TFUE .....	92
C. Le basculement du rapport de compétences en faveur de l'Union Européenne .....	93
1. La préemption toujours plus forte de la compétence partagée .....	93
2. Le dépassement par l'objectif .....	94
 Sous-section 2. Des différentes formes de l'influence : de l'harmonisation minimale à la soft law .....	95
I. Le recours à la directive pour coordonner la concurrence normative .....	96
A. Les propriétés techniques de la directive .....	97
B. La problématique de la transposition .....	98
1. Une même directive, deux transpositions en conflit : le cas <i>Unamar</i> .....	98
2. La transposition de l'affaire <i>Unamar</i> en matière de liberté d'établissement .....	99
II. Le recours au règlement pour agir dans la concurrence normative .....	100
A. Les propriétés techniques du règlement .....	100
B. Le recours au règlement par l'intermédiaire de la clause de flexibilité .....	101
C. La mise à disposition d'un contenu normatif : l'harmonisation optionnelle .....	102
III. Le recours à la soft law pour une appréhension globale de la concurrence normative .....	103
A. La soft law telle que conçue dans l'ordre juridique de l'Union .....	104
B. La soft law de source « extra Union Européenne » .....	105
 Sous-section 3. Les variations de l'influence exercée sur les pratiques normatives anticoncurrentielles .....	107
I. Les résultats de l'encadrement de la concurrence horizontale par le recours à la directive .....	107
A. La modernisation des ordres juridiques .....	108
B. La régulation concurrentielle des opérations transfrontalières .....	109
C. La combinaison des outils et des acteurs : le cas de la fusion transfrontalière .....	109
II. L'influence limitée dans le cadre de la concurrence verticale par le recours au règlement .....	112
A. La concurrence verticale comme nouvelle potentialité de contrôle des contenus normatifs .....	112

B. Les échecs de la mise en concurrence verticale .....	113
1. L'abandon du projet de SPE .....	114
2. Le résultat mitigé de la SE .....	115
III. Les prémisses d'une influence dans la concurrence conglomérale par le recours à la soft law .....	116
SECTION 2. Influencer sur le comportement des acteurs sur le marché de la norme	
Sous-section 1. De la loyauté dans la concurrence normative .....	120
I. La loyauté et le comportement des acteurs normatifs en concurrence .....	121
A. Aperçu sociologique de la loyauté .....	121
B. La loyauté saisie par le droit .....	122
C. Les implications pour le comportement des acteurs normatifs .....	123
II. La loyauté saisie par le droit de l'Union .....	123
A. La loyauté dans les transactions économiques .....	124
B. L'exigence de coopération loyale .....	124
1. Introduction historique au principe de coopération loyale .....	125
2. Le contenu de l'obligation de coopération loyale .....	125
C. Une implication de la loyauté : l'encadrement de l'autonomie .....	127
III. La loyauté pour encadrer la concurrence normative en matière de liberté d'établissement .....	128
A. Le présupposé théorique : l'existence d'une autonomie normative à encadrer .....	129
B. L'encadrement de l'autonomie normative par la Cour de Justice : le cas <i>Vale Epitesi</i> .....	130
1. Introduction des principes d'équivalence et d'effectivité .....	130
2. L'émergence d'une concurrence normative loyale .....	132
Sous-section 2. L'imminence de la disparition d'un offreur sur le marché : le cas du Brexit ....	134
I. Les implications concurrentielles de la disparition d'un offreur sur le marché .....	135
A. Perspectives économiques de la disparition d'un offreur sur le marché .....	135
B. La disparition d'un offreur sur le marché de la norme .....	137
1. La disparition de l'offreur : la procédure de retrait .....	137
2. Les conséquences théoriques normatives de la disparition d'un offreur .....	138

II. Le Brexit au prisme de la concurrence normative .....	139
A. Le sort de la liberté d'établissement dans les négociations sur le Brexit .....	139
B. Les conséquences matérielles du Brexit sur les opérateurs économiques ....	141
1. Les sociétés incorporées au Royaume-Uni .....	141
2. Les sociétés déployant leur activité au Royaume-Uni .....	142
3. Le cas de la société européenne ou le Brexit comme révélateur de faiblesse .....	144
C. Les premières traces d'une concurrence entre les États Membres .....	144



