


Liber Amicorum János Martonyi



Ünnepi kötet
Martonyi János tiszteletére

Festschrift für
János Martonyi

Mélanges en l'honneur du
János Martonyi

Liber Amicorum
János Martonyi

Ünnepi kötet
Martonyi János tiszteletére

Festschrift für
János Martonyi

Mélanges en l'honneur du
János Martonyi

Liber Amicorum János Martonyi

Ünnepi kötet
Martonyi János tiszteletére

Festschrift für
János Martonyi

Mélanges en l'honneur du
János Martonyi

Szerkesztő: NAGY CSONGOR ISTVÁN

Budapest, 2014

- © Badó Attila, 2014
© Balogh Elemér, 2014
© Blutman László, 2014
© Burián László, 2014
© Czuczai Jenő, 2014
© Császár Mátyás, 2014
© Dienes-Oehm Egon, 2014
© Hajdú József, 2014
© Jakab Éva, 2014
© Józsa Zoltán, 2014
© Kecskés László, 2014
© Király Miklós, 2014
© Maresceau, Marc, 2014
© Nagy Csongor István, 2014
- © Nagy Ferenc, 2014
© Paczolay Péter, 2014
© Papp Tekla, 2014
© Raffai Katalin, 2014
© Saryusz-Wolski, Jacek, 2014
© Shattuck, John, 2014
© Szabó Imre, 2014
© Szabó Sarolta, 2014
© Tóth Benedek, 2014
© Tóth Tihamér, 2014
© Trócsányi László, 2014
© Várady Tibor, 2014
© Várnay Ernő, 2014
© Vékás Lajos, 2014

*Köszönetet mondunk
a HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft. munkatársainak
e könyv kiadásához nyújtott önzetlen segítségükért.*

A kiadó számára minden jog fenntartva. Jelen könyvet, illetve annak részleteit tilos reprodukálni, adatrendszerben tárolni, bármely formában vagy eszközzel – elektronikus, fényképezési úton vagy módon – a kiadó engedélye nélkül közölni.

ISBN 978 963 258 224 5

Budapest, 2014

A HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft. kiadása
Felelős kiadó: dr. Frank Ádám, a kft. ügyvezetője
Internet: www.hvgorac.hu
E-mail: info@hvgorac.hu
Felelős szerkesztő: dr. Gábor Zsolt
Tipográfia és műszaki szerkesztés: Harkai Éva
Szedés: HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft.

Tartalom

HAJDÚ JÓZSEF: Dékáni köszöntő	13
NAGY CSONGOR ISTVÁN: Szerkesztői előszó	17

I.

Köszöntők / Greetings / Salutations / Grußworte

DIENES-OEHM EGON: Egy félévszázados barátság apropóján	21
MARESCEAU, MARC: A special memory	24
SHATTUCK, JOHN: Greetings from an American Friend at CEU/KEE	27

II.

Nemzetközi magánjog / Private international law / Droit international privé / Internationales Privatrecht und Zivilverfahrensrecht

CSÁSZÁR, MÁTYÁS: The impact of EU legal sources on the general part of private international law	31
NAGY, CSONGOR ISTVÁN: Le droit personnel des sociétés dans l'Union Européenne après l'arrêt dans l'affaire VALE: le couronnement du principe d'État d'origine et l'établissement du droit de transformation transfrontalière	50
RAFFAI KATALIN: A közrend megjelenési formái a kereskedelmi választottbírászkodásban	66
SZABÓ SAROLTA: Európai értékek, alapvető jogok és az Európai Unió nemzetközi magánjoga	81

III.

Választottbírászkodás / Arbitration / Arbitrage / Schiedsgerichtsbarkeit

KECSKÉS LÁSZLÓ: A választottbírászkodás magyarországi gyökereiről	101
SZABÓ IMRE: A választottbírászkodás hazai fejlődése és a polgári perrendtartás rekodifikációja	118
VÁRADY TIBOR: Változó képletek és változó valóság a választottbírászkodás fejlődése során	128

IV.

EU-jog / EU-law / Droit de l'UE / EU-Recht

CZUCZAI, JENŐ: The respect for the principle of “institutional balance” and its developing inter-institutional practice after Lisbon with special regard to the European Parliament	145
PACZOLAY PÉTER: Az Unió Bírósága tagjainak kiválasztása – az EUMS. 255. cikke szerinti bizottság működése	162
SARYUSZ-WOLSKI, JACEK: Europe in the face of changing global energy geopolitics	173
VÁRNAY, ERNŐ: Pouvoir discrétionnaire dans la procédure en manquement d'État dans l'Union européenne	177

V.

Gazdasági kapcsolatok joga / The law of international economic relations / Droit des relations économiques internationales / Recht der internationalen Wirtschaftsbeziehungen

KIRÁLY, MIKLÓS: Central European Free Trade Agreement – a forgotten integration?	197
TÓTH BENEDEK: A WTO Vitarendezési Mechanizmusa: magánjogi jogvédelemi igények, közjogi eszközök. Egy európai megoldás	222

VI.

Magánjog / Civil law / Droit civil / Bürgerliches Recht

BURIÁN, LÁSZLÓ: In der Zwickmühle zwischen Tradition und Modernisierung, Rechtsspaltung und Rechtseinheit. Über eine vergessene Episode der Geschichte des ungarischen Wohnheitsprivatrechts	243
HAJDÚ, JÓZSEF: Dilemmas of voluntary private unemployment insurance	256
PAPP, TEKLA: The timeshare contract in Hungary and in the United Kingdom	273
VÉKÁS, LAJOS: Das Leistungsstörungenrecht im neuen ungarischen Zivilgesetzbuch – Eine rechtvergleichende Analyse	282

VII.

Közjog / Public law / Droit public / Öffentliches Recht

BALOGH ELEMÉR: A történeti és a kartális alkotmány viszonya a magyar alkotmánybíráskodásban	297
-------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

JÓZSA ZOLTÁN: Decentralizáció és a helyi demokrácia néhány jellemzője Európában	308
NAGY FERENC: A büntetőjog feladatáról – német és magyar szakirodalmi áttekintés alapján	317
TÓTH TIHAMÉR: Kell-e nekünk szabad verseny? Versenypolitikai gondolatok az erős állam eszméje és az egyház társadalmi tanítása szemszögéből	327
TRÓCSÁNYI LÁSZLÓ: Magyar ügyek a Velencei Bizottság előtt (2011–2013)...	343

VIII.

Jogösszehasonlítás, jogelmélet / Comparative law, legal theory / Droit comparé, théorie de droit / Rechtsvergleichung, Rechtstheorie

BADÓ ATTILA: Die „Maßregelung“ englischer Richter im 21. Jahrhundert... ..	357
BLUTMAN, LÁSZLÓ: Why Does Focal Analysis Fail in Law?	365
JAKAB ÉVA: Jogtörténet és jogösszehasonlítás	389
KIRÁLY MIKLÓS: Utószó	399

Le droit personnel des sociétés dans l'Union Européenne après l'arrêt dans l'affaire VALE : le couronnement du principe d'État d'origine et l'établissement du droit de transformation transfrontalière

————— NAGY, CSONGOR ISTVÁN —————

I. Introduction

La tension entre les règles de conflit des lois concernant le droit personnel des sociétés et le droit de libre circulation assurés par le droit de l'UE a une longue histoire. Le premier arrêt concernant cette question a été rendu le 27 septembre 1988 (affaire *Daily Mail*¹) et l'arrêt dernier de la CJUE a été pris le 12 juillet 2012 (affaire *VALE*²).

La décision préjudicielle dans l'affaire *VALE* a contribué au développement de la jurisprudence sur deux égards : elle a explicité le principe d'incorporation concernant le droit personnel des sociétés et a créé (ou plus précisément, a complété) le droit à la transformation transfrontalière, qui en même temps, est resté un droit non réglementé.

Pendant les 24 dernières années, la jurisprudence de la CJUE a démonté progressivement la théorie du « siège réel » (le principe que la loi personnelle de la société est la loi du pays où elle a son siège réel) et a laissé place à la théorie de l'incorporation (le principe que la loi personnelle de la société est la loi du pays où il a été établi, c'est-à-dire, enregistré).³ La CJUE a établi ce principe de manière prudente, mais dans l'affaire *VALE* elle a explicité cela et a marqué la fin de la théorie du « siège réel » comme un fait accompli.⁴

Maitre de conférence et chef du Département du Droit international privé à l'Université de Szeged.

¹ Arrêt du 27 septembre 1988, *Daily Mail and General Trust* (81/87, Rec. p. 5483).

² Arrêt du 12 juillet 2012, *VALE Építési kft.* (C-378/10).

³ Pour un bref aperçu sur les vertus et les désavantages de la théorie d'incorporation et de la théorie du « siège réel », voir *Panayi, Christiana H.J.L.*: Corporate Mobility in Private International Law and European Community Law: Debunking Some Myths. *Oxford Journals Law Yearbook of European Law*, 2009, vol. 28, n° 1, p. 125 à 130.

⁴ Bien sûr, ce n'est pas de surprise. Voir *Armour, John*: Who Should Make Corporate Law? EU Legislation versus Regulatory Competition. In: Holder, J. – C. O'Conneide (rédacteurs), *Current Legal Problems*, vol. 58. 2005, Oxford University Press, 2006, p. 370 (« EU law is rapidly moving towards a framework within which companies will be both willing and able to locate their registered offices so as to secure a company law that is favourable to their requirements. »); *Hirt, Hans C.* : Freedom of establishment, international company law and the comparison of European company law systems after the ECJ's decision in *Inspire Art Ltd*. *European Business Law Review*, 2004, vol. 15, n° 5, p. 1192.

Dans les affaires *Cartesio*⁵ et *VALE*, la CJUE semble avoir créé (ou complété) le droit à la transformation transfrontalière. Dans l'affaire *Cartesio*, la Cour a établi un droit du « départ », c'est-à-dire que les sociétés ont le droit de déplacer leur siège dans un autre État membre afin de se transformer en la personne juridique de ce pays, en perdant leur personnalité juridique originale. Dans l'affaire *VALE*, la CJUE semble avoir établi le droit « d'arrivée », le dérivant du principe de non-discrimination. Toutefois, le droit de l'UE prévoit seulement la possibilité théorique de transformation (« départ » et « arrivée »), et laisse les questions techniques de cette transformation au droit national ; la sécession du droit de l'État membre d'origine reste régie par le droit de ce dernier. Avec cela, la CJUE a créé un droit non réglementé de transformation transfrontalière, qui, pour le moment, fonctionne pour la plupart dans un vide législatif ; donc les juridictions nationales ont une responsabilité particulière. Les transformations des sociétés, en particulier, les transformations transfrontalières, soulèvent des questions complexes, qui devraient être réglées dans une procédure législative multicouche et non pas dans la salle d'audience de tribunal. Il serait salutaire si le législateur de l'UE réglementait la question des transformations transfrontalières.

Cet article analyse et évalue ces deux contributions de l'arrêt dans l'affaire *VALE* au développement du droit européen concernant le droit personnel des sociétés.

II. La jurisprudence de la CJUE en matière de la collision du droit personnel des sociétés et la liberté d'établissement avant l'arrêt dans l'affaire *VALE*

Les affaires qui sont arrivées à la CJUE jusqu'ici impliquent essentiellement deux situations. Dans le premier scénario, une société fondée dans un des États membres veut transférer son siège dans un autre État membre de telle sorte qu'elle préserve sa personnalité juridique selon le droit du pays d'origine. Autrement dit, dans ce scénario, la société s'efforce de « quitter » le pays. La contestation procède de la décision de l'État membre d'incorporation de priver la société de sa personnalité juridique (restrictions d'état d'origine).⁶ Dans le deuxième scénario, la société est établie dans un États membre avec lequel elle n'a aucun lien réel et essaie de s'activer dans un autre État membre avec lequel elle a un lien étroit. Autrement dit, dans ce scénario, la société s'efforce « d'entrer » dans un autre État membre. Ici, la contestation procède de la circonstance que l'État membre de reconnaissance n'est pas trop « hospitalier » avec la société et il ne reconnaît pas la personnalité juridique de la société ou il la reconnaît de façon limitée (restrictions de l'État d'accueil).

⁵ Arrêt du 16 décembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.* (C-210/06, Rec. p. I-9641).

⁶ Ces deux situations ont été clairement différenciées dans l'arrêt du 2 novembre 2002, *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* (C-208/00, Rec. p. I-9919), points 61-66, et dans l'arrêt du 30 septembre 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd.*, (C-167/01, Rec. p. I-10155), point 103.

L'affaire *VALE* fait partie principalement de la deuxième catégorie : une entreprise italienne a voulu « entrer » en Hongrie et de telle sorte à se transformer en une société hongroise ; la juridiction hongroise a refusé de l'enregistrer en tant que successeur en droit de l'entreprise italienne, en même temps dans le pays d'origine la société a été radiée avec la remarque suivante : « la société a déménagé en Hongrie ».

1. Restrictions d'état d'origine: le déplacement du siège dans un autre État membre d'une telle manière que la société garde sa personnalité juridique originale

Le premier cas où la CJUE a dû juger une restriction d'état d'origine a été l'affaire *Daily Mail*.⁷ Ici, une société anglaise voulait transférer son siège de direction aux Pays-Bas en raison de considérations fiscales. Selon les règles du droit anglais, la société a eu besoin de la permission du bureau des impôts. Le bureau anglais a refusé d'accorder le déplacement du siège. Selon la CJUE, la disposition du droit anglais était compatible avec le droit de l'UE et particulièrement avec la liberté d'établissement. Les dispositions des articles 52 et 58 TFUE :

*« ne confèrent aucun droit, en l'état actuel du droit communautaire, à une société constituée en conformité de la législation d'un État membre et y ayant son siège statutaire, de transférer son siège de direction dans un autre État membre. »*⁸

La Cour a établi que :

*« à cet égard, il convient de rappeler que, contrairement aux personnes physiques, les sociétés sont des entités créées en vertu d'un ordre juridique et, en l'état actuel du droit communautaire, d'un ordre juridique national. Elles n'ont d'existence qu'à travers les différentes législations nationales qui en déterminent la constitution et le fonctionnement. »*⁹

Autrement dit, la personnalité juridique est accordée par le droit national et la révocation de cette personnalité juridique est laissée à la discrétion du droit national (c'est-à-dire, le droit national détermine les conditions qui doivent être remplies afin de garder cette personnalité juridique).

Vingt ans plus tard, dans l'affaire *Cartesio*¹⁰, la CJUE a dû faire face à un autre cas concernant le déplacement du siège. La Cour a confirmé la position ancienne¹¹ et a

⁷ Arrêt du 27 septembre 1988, *Daily Mail and General Trust* (81/87, Rec. p. 5483).

⁸ Point 25.

⁹ Point 19.

¹⁰ Arrêt du 16 décembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.* (C-210/06, Rec. p. I-9641).

¹¹ Concernant *Cartesio* voir, par exemple, *Korom, Veronika E. – Metzinger, Péter* : Freedom of Establishment for Companies: The European Court of Justice Confirms and Refines its *Daily Mail* Decision in the *Cartesio* Case C-210/06. *European Company and Financial Law Review*, 2009, vol. 6, n° 1, p. 125 à 160; *Metzinger, Péter* : A társaságok szabad letelepedése a *Cartesio* ügy után: Hogyan tovább nemzetközi székhelyáthelyezés? Európai

réaffirmé le principe selon lequel les personnes juridiques sont les créatures du droit national et c'est le droit national qui les crée et les abolit. « Le Seigneur a donné, le Seigneur a ôté ».¹²

Cette approche implique que c'est le droit national qui a la compétence pour déterminer les conditions nécessaires à l'acquisition de la personnalité juridique (par exemple, il peut exiger que la société ait son administration centrale dans le pays concerné), et il peut déterminer aussi les conditions qui doivent être remplies afin de préserver cette personnalité juridique.

« [Les articles 49 TFUE et 54 TFUE] doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation d'un État membre qui empêche une société constituée en vertu du droit national de cet État membre de transférer son siège dans un autre État membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'État membre selon la législation duquel elle a été constituée. »¹³

La Cour a établi que le droit de l'UE ne détermine pas quelles entreprises sont les bénéficiaires de la liberté d'établissement, mais il laisse cette question aux droits nationaux (de façon similaire à la question de la citoyenneté). Les bénéficiaires de la liberté d'établissement sont les sociétés (plus précisément les personnes physiques et juridiques), mais c'est le droit national qui lui confère cette qualité. Par conséquent, avant d'appliquer les règles de la libre circulation, nous devons répondre à la question préalable et savoir si l'entité donnée « appartient » à un État membre.¹⁴

« Un État membre dispose ainsi de la faculté de définir tant le lien de rattachement qui est exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon son droit national et susceptible, à ce titre, de bénéficier du droit d'établissement que celui requis pour maintenir cette qualité ultérieurement. Cette faculté englobe la possibilité, pour cet État membre, de ne pas permettre à une société relevant de son droit national de conserver cette qualité lorsqu'elle entend se réorganiser dans un autre État membre par le déplacement de son siège sur le territoire de ce dernier, rompant ainsi le lien de rattachement que prévoit le droit national de l'État membre de constitution. »¹⁵

Jog, 2009, vol. 9, n° 2, p. 8 à 15; *Fazekas, Judit* : Quo vadis Cartesio? – Gondolatok a székhelyáthelyezésről és a letelepedési szabadságról az Európai Bíróság Cartesio-döntése nyomán. Európai Jog, 2009. vol. 9, n° 2, p. 16 à 25; *Osztoivits, András* : Köddé fakult délibáb – a Cartesio ügyben hozott ítélet hatása a magyar polgári eljárásjogra. Európai Jog, 2009, vol. 9, n° 2, p. 26 à 30; *Deák, Dániel* : A Cartesio ügyben hozott döntés hatása a letelepedési szabadság értelmezésére: honosság és illetőség, tőkeexport semlegesség, székhelyáthelyezés. Európai Jog, 2009, vol. 9, n° 2, p. 36 à 42.

¹² Job 1:21

¹³ Point 124.

¹⁴ Point 109.

¹⁵ Point 110.

Néanmoins, la CJUE a précisé que bien qu'une société n'ait pas le droit normatif de transférer son siège dans un autre État membre, et de cette manière, conserver sa personnalité juridique selon le droit du pays d'origine, elle a le droit de transférer son siège si elle est prête à perdre sa personnalité juridique originale et à acquérir la personnalité juridique du droit de l'État membre d'accueil, à condition que ce dernier « réçoive » la société « immigrante ».

« 111. Toutefois, un tel cas de transfert du siège d'une société constituée selon le droit d'un État membre dans un autre État membre sans changement du droit dont elle relève doit être distingué de celui relatif au déplacement d'une société relevant d'un État membre vers un autre État membre avec changement du droit national applicable, la société se transformant en une forme de société relevant du droit national de l'État membre dans lequel elle se déplace.

112. 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 national de l'autre État membre pour autant que ce droit le permette.

113. Un tel obstacle à la transformation effective d'une telle société sans dissolution et liquidation préalables en une société de droit national de l'État membre dans lequel celle-ci souhaite se déplacer constituerait une restriction à la liberté d'établissement de la société concernée qui, à moins qu'elle soit justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général, est interdite en vertu de l'article 43 CE (voir en ce sens, notamment, arrêt *Caixa Bank France*, précité, points 11 et 17). »¹⁶

Dans l'affaire *VALE*, la CJUE a établi le droit de transformation transfrontalière en référence à ces *dicta* du jugement.¹⁷

2. Restrictions de l'État d'accueil: l'entrée dans un autre État membre

Concernant les restrictions d'État d'accueil (quand l'État membre refuse pleinement de reconnaître le statut personnel d'une société constituée dans un autre État membre, car la société n'a pas de lien réel avec le pays d'incorporation et pour cette raison, le droit d'incorporation n'est pas le droit personnel de la société), la CJUE a établi que le statut personnel acquis selon le droit d'incorporation doit être pleinement reconnu, les règles du droit du siège réel peuvent être appliquées dans la mesure où elles sont plus favorables pour la société ou ses membres. Formellement,

¹⁶ Points 111 à 113.

¹⁷ Voir les conclusions de l'Avocat Général Jääskinen dans l'affaire *VALE Építésí kft.* (C-378/10).

cette jurisprudence n'établit pas le droit applicable, mais elle donne aux parties le droit de créer une société dans un État membre, même si cela est clairement motivé par le but de contourner le droit du siège réel et même si le pays d'incorporation n'a aucun lien véritable avec la société (ses actionnaires, son domaine d'activité, etc.), indépendamment de l'exception du fait de l'incorporation.

Le premier cas où la CJUE s'est occupée d'une restriction d'État d'accueil était l'affaire *Centros*¹⁸. Dans cette affaire, un couple danois (deux citoyens danois résidant au Danemark) a établi une société à responsabilité limitée en Angleterre afin d'éviter les règles danoises concernant les sociétés, en particulier l'exigence de capital social minimal. Les membres fondateurs ne contestaient pas que la société établie en Angleterre travaillerait exclusivement au Danemark. Les difficultés sont apparues lorsque la société a tenté d'enregistrer une succursale au Danemark : la demande d'immatriculation a été refusée « au motif notamment que Centros, qui n'exerce aucune activité commerciale au Royaume-Uni, cherchait en réalité à constituer au Danemark non pas une succursale mais un établissement principal, en éludant les règles nationales relatives, notamment, à la libération d'un capital minimal fixé à 200 000 DKR ».¹⁹

La CJUE a statué qu'un État membre n'a pas le pouvoir de contester la décision d'un autre État membre pour accorder la personnalité juridique à une entité. La décision de l'autorité danoise de refuser l'immatriculation signifie que l'Angleterre n'a pas dû avoir enregistré la société ; c'est une décision qui, selon le principe de confiance et de reconnaissance mutuelle, ne peut pas être examinée par d'autres États membres.

« Il convient donc de répondre à la question posée que (...) [les articles 49 et 54 TFUE] s'opposent à ce qu'un État membre refuse l'immatriculation d'une succursale d'une société constituée en conformité avec la législation d'un autre État membre dans lequel elle a son siège sans y exercer d'activités commerciales lorsque la succursale est destinée à permettre à la société en cause d'exercer l'ensemble de son activité dans l'État où cette succursale sera constituée, en évitant d'y constituer une société et en éludant ainsi l'application des règles de constitution des sociétés qui y sont plus contraignantes en matière de libération d'un capital social minimal. Toutefois, cette interprétation n'exclut pas que les autorités de l'État membre concerné puissent prendre toute mesure de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes, soit à l'égard de la société elle-même, le cas échéant en coopération avec l'État membre dans lequel elle est constituée, soit à l'égard des associés dont il serait établi qu'ils cherchent en réalité, par le biais de la constitution d'une société, à échapper à leurs obligations vis-à-vis de créanciers privés ou publics établis sur le territoire de l'État membre concerné. »²⁰

¹⁸ Arrêt du 9 mars 1999, *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* (C-212/97, Rec. p. I-1459).

¹⁹ Point 7.

²⁰ Point 39.

Néanmoins, la CJUE a admis que les États membres peuvent, dans certains cas, si il y a un risque de « fraude », restreindre la reconnaissance des sociétés établies dans un autre État membre, le seul fait clair et incontesté que l'établissement de la société en Angleterre a été motivé exclusivement par le désir d'éviter les règles danoises et que la société a été fondée pour fonctionner exclusivement au Danemark n'étaient pas suffisantes pour permettre l'application de l'exception. Donc la question se pose de savoir quand est ce que se constitue une conduite, un abus ou une fraude?

La tension entre le conflit de lois et la liberté d'établissement a été traduite dans la langue du droit international privé dans l'affaire *Überseering*.²¹ Selon les faits, *Überseering* était une société néerlandaise fondée aux Pays-Bas ; après la constitution, les parts sociales de la société ont été acquises par des citoyens allemands et le lieu de la direction centrale de la société a été délocalisé en Allemagne. Dans un litige, où *Überseering* a plaidé en raison d'exécution défectueuse, le défendeur a soulevé l'argument que *Überseering* n'existe pas (ne dispose pas de personnalité juridique), car elle ne remplit pas les conditions de la personnalité juridique déterminées par son droit personnel et, par conséquent, elle n'est pas capable d'être partie dans une procédure judiciaire.

L'argumentation a été structurée comme il suit : la cour doit appliquer ses propres règles de conflit des lois à la question du droit personnel des personnes juridiques. Selon le droit international privé allemand, le droit personnel, y compris la question de la personnalité juridique, est réglementé par le droit du pays où le siège réel de la société est. Après la vente des parts sociales de la société aux citoyens allemands (résidant en Allemagne), le siège réel a été transféré en Allemagne. Donc le droit applicable n'était pas le droit néerlandais mais le droit allemand et *Überseering* a dû se conformer aux exigences du droit des sociétés allemand, y compris l'obligation d'enregistrement en Allemagne. Comme *Überseering* n'a pas été enregistrée en Allemagne, et ainsi ne remplissait pas les conditions préalables de la personnalité juridique prévues par le droit allemand, il lui manquait la personnalité juridique, et comme telle, elle ne pouvait pas être partie à une procédure judiciaire.

La CJUE a établi que

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

2. Lorsqu'une société constituée conformément à la législation d'un État membre sur le territoire duquel elle a son siège statutaire exerce sa liberté d'établissement dans un autre État membre, les articles 43 CE et 48 CE imposent à

²¹ Arrêt du 2 novembre 2002, *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* (C-208/00, Rec. p. I-9919).

*ce dernier de respecter la capacité juridique et, partant, la capacité d'ester en justice que cette société possède en vertu du droit de son État de constitution. »*²²

Formellement, la CJUE n'a pas déterminé comment les règles nationales de conflit des lois devraient être formées.²³ Elle a simplement déterminé ces situations qui ne sont pas tolérables par le droit européen.²⁴ Autrement dit, le droit de l'UE n'impose pas le principe d'incorporation aux États membres, du moins pas officiellement, et même si la société n'a pas de personnalité juridique selon le droit applicable, mais a cette qualité selon le droit d'incorporation, c'est alors ce dernier qui prévaut. Dans ces circonstances, la question qui se pose est de savoir, quel est le sens d'appliquer le droit du « siège réel », si le droit d'incorporation ne peut être dérogé, au moins, le droit du siège réel ne peut pas être plus désavantageux que le droit d'incorporation?

Après *Überseering*, la réponse aurait pu être que ce principe s'applique seulement à la question de la personnalité juridique, c'est-à-dire que les États membres doivent reconnaître la personnalité juridique, mais le reste du statut de la société est régi par le droit applicable déterminé par les règles nationales de conflit des lois.²⁵

Néanmoins, après le jugement de la CJUE dans l'affaire *Inspire Art* il semble qu'essentiellement toutes questions concernant le statut des sociétés sont régies par le droit d'incorporation. Dans cette affaire, les Pays-Bas ont adopté une loi spéciale sur les sociétés pseudo-étrangère, qui était des liens réels exclusivement avec les Pays-Bas. Pendant que ces entreprises restaient régies par le droit d'incorporation (le droit néerlandais de conflit des lois suit le principe d'incorporation), elles étaient soumises aux règles particulières : par exemple, l'exigence d'un capital social minimal du droit néerlandais était applicable et les administrateurs avaient une responsabilité solidaire, si l'entreprise n'a pas respecté les règles néerlandaises concernant le capital social minimal. Cette approche pourrait être conceptualisée dans le langage du droit international privé comme il s'ensuit : le droit applicable au statut personnel de la société était le droit d'incorporation, tandis que les règles impératives du forum emportaient sur certaines normes de la *lex causae*.

²² Dispositif de l'arrêt.

²³ L'avocat général Colomer a été plus explicite concernant cette question: « lorsque l'État membre de constitution est également celui dans lequel la société a établi son siège statutaire, la Cour serait contrainte de choisir l'un des éléments de rattachement qui, en l'absence de tout développement législatif, doivent être considérés comme ayant la même valeur, conformément à l'article 48 CE, à savoir celui du siège social de l'entité considérée, celui de son administration centrale ou de son centre d'activité principal. Dans la mesure où le traité CE n'a exprimé aucune préférence pour l'un d'entre eux, il n'appartient pas au juge de le faire. En l'absence d'harmonisation, les États membres restent libres d'organiser – et les organes juridictionnels nationaux d'interpréter – leurs règles de droit international privé en la matière. Les effets pratiques de ces règles doivent cependant être conformes aux exigences du droit communautaire. » Conclusions de l'avocat général Colomer dans l'affaire *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* (C-208/00), point 69.

²⁴ Panayi, *Christiana H.J.I.* : Corporate Mobility in Private International Law and European Community Law: Debunking Some Myths. Oxford Journals Law Yearbook of European Law, 2009, vol. 28, n° 1, p. 155 (« The Court's answers to the questions referred were specific and targeted. To an extent, the Court simply disapproved of the refusal to recognize the legal capacity of *Überseering* which prevented it from bringing legal proceedings before German courts. »)

²⁵ See e.g. Micheler, *Eva* : Recognition of companies incorporated in other EU Member States. International and Comparative Law Quarterly, 2003, vol. 52, n° 2, p. 529.

La CJUE a affirmé sur le fond que les règles spéciales du droit néerlandais applicables aux « sociétés formellement étrangères » ont entravé la liberté d'établissement, car ils pourraient décourager les entreprises de s'établir (de fonder une filiale ou une succursale) dans les Pays-Bas.²⁶

« [Les articles 49 TFUE et 54 TFUE] s'opposent à une législation nationale (...), qui soumet l'exercice de la liberté d'établissement à titre secondaire dans cet État, par une société constituée en conformité avec la législation d'un autre État membre, à certaines conditions prévues en droit interne des sociétés pour la constitution de sociétés, relatives au capital minimal et à la responsabilité des administrateurs. Les raisons pour lesquelles la société a été constituée dans le premier État membre, ainsi que la circonstance qu'elle exerce ses activités exclusivement ou presque exclusivement dans l'État membre d'établissement, ne la privent pas, sauf à établir au cas par cas l'existence d'un abus, du droit d'invoquer la liberté d'établissement garantie par le traité CE. »²⁷

III. Le jugement de la CJUE dans l'affaire VALE et le jugement de la Cour suprême hongroise

1. Les faits

La décision préjudicielle de la CJUE dans l'affaire VALE a été un jalon dans le développement de la jurisprudence concernant la liberté d'établissement et le droit personnel des sociétés.

La VALE Sarl. (une société à responsabilité limitée italienne, qui avait son siège social en Italie) « a demandé à être radiée de ce registre en indiquant son intention de transférer son siège social et son activité en Hongrie, et de cesser son activité en Italie. »²⁸ Le 13 février 2006, la société a été radiée avec la remarque que « la société a déménagé en Hongrie ». ²⁹ Les statuts de VALE Kft., la nouvelle société de responsabilité limitée, établis selon le droit hongrois, ont été signés le 14 novembre 2006 à Rome en vue d'une inscription au registre de la société en Hongrie. Le 19 janvier 2007, l'enregistrement de la société hongroise a été requis en Hongrie ; dans la requête, la société italienne a été indiquée comme le prédécesseur en droit de la société hongroise. Le Tribunal de Budapest («*Fővárosi Bíróság*»), qui tient le registre des sociétés, a rejeté la demande d'enregistrement. La Cour d'appel de Budapest («*Fővárosi Ítéltábla*») a approuvé le jugement de première instance et ainsi a rejeté l'appel. D'après le jugement de cette cour, selon le droit hongrois, une société étrangère ne peut pas être enregistrée comme le prédécesseur d'une société

²⁶ Points 99 à 101.

²⁷ Point 143.

²⁸ Point 9.

²⁹ Point 9.

hongroise. Autrement dit, la société hongroise (VALE Kft.) peut être enregistrée dans le registre hongrois comme une société nouvellement fondée, mais elle ne peut être pas enregistrée comme le successeur en droit de l'entreprise italienne.

La Cour suprême hongroise, fondamentalement, a approuvé cette interprétation de la cour de deuxième instance par rapport au droit hongrois ; en même temps, elle a eu des doutes à savoir si les règles hongroises sont conformes à la liberté d'établissement. Pour cette raison, elle a suspendu sa procédure et a soumis une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union Européenne.

2. L'arrêt de la CJUE

Selon la CJUE, les règles hongroises en prévoyant qu'une société étrangère ne peut pas être enregistrée comme le prédécesseur d'une société hongroise, ne sont pas conformes aux principes du marché commun, notamment à la liberté d'établissement. La décision préjudicielle de la CJUE fait la récapitulation du développement des dernières décennies en matière du droit personnel des sociétés.³⁰

La CJUE a établi que « l'État membre d'accueil est en droit de déterminer le droit interne pertinent à une telle opération et d'appliquer ainsi les dispositions de son droit national relatives aux transformations internes régissant la constitution et le fonctionnement d'une société », le principe d'équivalence s'oppose à ce que l'État membre d'accueil « refuse, pour des transformations transfrontalières, la mention de la société ayant sollicité la transformation en tant que 'prédécesseur en droit', si une telle mention de la société prédécesseur au registre des sociétés est prévue pour des transformations internes ». En outre, le principe d'effectivité s'oppose à ce que l'État membre d'accueil « refuse de tenir dûment compte des documents émanant des autorités de l'État membre d'origine lors de la procédure d'enregistrement de la société. »³¹

La CJUE a également confirmé que « une société créée en vertu d'un ordre juridique national n'a d'existence qu'à travers la législation nationale qui en détermine la constitution et le fonctionnement »,³² et « en l'absence d'une définition uniforme donnée par le droit de l'Union des sociétés qui peuvent bénéficier du droit d'établissement en fonction d'un critère de rattachement unique déterminant le droit national applicable à une société, la question de savoir si l'article 49 TFUE s'applique à une société invoquant la liberté fondamentale consacrée par cet article, constitue une question préalable qui, dans l'état actuel du droit de l'Union, ne peut trouver une réponse que dans le droit national applicable. »³³

³⁰ Arrêt du 1 juillet 1986, D. H. M. Segers kontra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekering-swezen, Groothandel en Vrije Beroepen (79/85, Rec. p. 2375.) ; arrêt du 27 septembre 1988, Daily Mail and General Trust (81/87, Rec. p. 5483) ; arrêt du 9 mars 1999, Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (C-212/97, Rec. p. I-1459) ; arrêt du 2 novembre 2002, Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC) (C-208/00, Rec. p. I-9919) ; arrêt du 30 septembre 2003, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd., (C-167/01, Rec. p. I-10155) ; arrêt du 16 décembre 2008, Cartesio Oktató és Szolgáltató bt. (C-210/06, Rec. p. I-9641), points 111 à 113.

³¹ Arrêt du 12 juillet 2012, VALE Építési kft. (C-378/10, non encore publié dans le Rec.), point 62.

³² Point 27.

³³ Point 28.

*« [U]n État membre dispose ainsi incontestablement de la faculté de définir tant le lien de rattachement qui est exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon son droit national et susceptible, à ce titre, de bénéficier du droit d'établissement, que celui requis pour maintenir cette qualité ultérieurement ».*³⁴

Au paragraphe 31 de l'arrêt, la CJUE semble avoir désambiguïsé ce qui avait été un fait accompli: dans les affaires intra-Union, le statut personnel des sociétés est régi par le droit d'incorporation : « une telle société relève nécessairement du seul droit national de l'État membre d'accueil qui régit le lien de rattachement requis ainsi que sa constitution et son fonctionnement. »

En raison de la théorie d'incorporation, l'État membre d'origine a le pouvoir de déterminer les conditions préalables de la personnalité juridique. En conséquence, VALE – en conformité avec les affaires *Daily Mail* et *Cartesio* – n'avait pas le droit de préserver sa personnalité juridique italienne après avoir délocalisé son siège en Hongrie, et de demander une personnalité juridique hongroise avant d'établir un siège en Hongrie. La CJUE a formulé cela très clairement :

*« ne saurait être mise en cause, en l'occurrence, l'application, par la Hongrie, des dispositions de son droit national relatives à des transformations internes régissant la constitution et le fonctionnement d'une société, telles que les exigences relatives à la préparation d'un bilan et d'un inventaire d'actifs. »*³⁵

La préoccupation principale contre les dispositions concernant le droit hongrois n'était pas qu'ils prescrivent certaines exigences contre l'acquisition de la personnalité juridique hongroise. L'objection principale était que ces exigences n'étaient pas en conformité avec le principe d'égalité de traitement, car ils traitaient les transformations internes et les transformations transfrontalières différemment.

*« Il convient de considérer que, dans la mesure où la réglementation nationale en cause dans l'affaire au principal ne prévoit que la transformation d'une société ayant déjà son siège dans l'État membre concerné, ladite réglementation instaure une différence de traitement entre sociétés selon la nature interne ou transfrontalière de la transformation, qui est de nature à dissuader les sociétés ayant leur siège dans d'autres États membres d'exercer la liberté d'établissement consacrée par le traité et est, donc, constitutive d'une restriction au sens des articles 49 TFUE et 54 TFUE. »*³⁶

³⁴ Point 29.

³⁵ Point 52.

³⁶ Point 36.

L'application de l'exigence de l'égalité de traitement aux transformations (internes et transfrontalières) n'est pas venue à l'improviste. En *SEVIC Systems*,³⁷ la CJUE a établi que le droit national ne peut pas discriminer entre les concentrations nationales et transfrontalières.

*« [Les articles 49 TFUE et 54 TFUE] s'opposent à ce que, dans un État membre, l'inscription au registre national du commerce de la fusion par dissolution sans liquidation d'une société et par transmission universelle du patrimoine de cette dernière à une autre société soit refusée de manière générale lorsque l'une des deux sociétés a son siège dans un autre État membre, alors qu'une telle inscription est possible, dès lors que certaines conditions sont respectées, lorsque les sociétés participant à la fusion ont toutes deux leur siège sur le territoire du premier État membre. »*³⁸

La Cour a étendu cette proposition concernant les concentrations transfrontalières aux transformations transfrontalières. Puisque les règles hongroises ont été considérées comme injustifiables pour des raisons impératives d'intérêt public, la CJUE a établi qu'elles avaient violé la liberté d'établissement.³⁹

La CJUE a fondé la condamnation du droit hongrois sur le principe de l'équivalence ; autrement dit, les transformations transfrontalières ne doivent pas être exclues si les transformations nationales ne le sont pas. Bien que la décision n'ait pas traité le droit « d'arrivée » comme un droit autonome, elle a déduit cette exigence du principe de l'égalité de traitement. Attendu que les États membres, en principe, permettent les transformations internes, l'exigence de l'égalité de traitement implique que ce droit devrait être *de facto* disponible dans l'ensemble de l'UE.

L'exigence d'égalité de traitement, appliquée par la CJUE en *VALE* à « l'arrivée » dans l'État membre d'accueil, semble être également applicable au « départ » de la société de l'État membre d'origine ; en outre, la décision rendue en *Cartesio* suggère que c'est un droit indépendant et autonome fondé sur le droit de l'UE.

Il convient de noter qu'au paragraphe 49 de l'arrêt, la Cour suggère que l'existence du droit à la transformation transfrontalière est garantie par la loi de l'UE, et c'est seulement sa mise en œuvre qui est laissée au droit national.

*« [L]e justiciable dispose d'un droit conféré par l'ordre juridique de l'Union, en l'occurrence, le droit d'effectuer une transformation transfrontalière, dont la mise en œuvre dépend, en l'absence des règles de l'Union, de l'application du droit national. »*⁴⁰

³⁷ Arrêt du 13 décembre 2005, *SEVIC Systems* (C-411/03, Rec. p. I-10805).

³⁸ Dispositif de l'arrêt.

³⁹ Points 38 à 40.

⁴⁰ Point 49.

Sur la base de ce qui précède, il semble que les sociétés ont *de facto* le droit de déplacer leur siège dans un autre État membre afin de se transformer en une personne juridique de ce pays, bien que la mise en œuvre de cette transformation est régie par le droit de l'État membre d'origine et d'accueil. Le premier élément de ce droit (le droit du « départ ») a été créé dans l'affaire *Cartesio*, tandis que le second élément (le droit « d'arrivée ») est né dans l'affaire *VALE*. Bien que dans l'affaire *VALE*, la CJUE n'a pas dit que le droit « d'arrivée » est un droit autonome, puisque les États membres normalement, permettent les transformations internes, l'exigence de l'égalité de traitement peut faire ce droit *de facto* disponible dans toute l'UE.

3. *Le jugement de la Cour suprême hongroise dans le litige au principal: « l'opération a réussi, le patient est mort... »*

Pendant que la CJUE a rendu un jugement novateur et a complété le droit à la transformation transfrontalière dans le droit européen, elle a ouvert un passage très dangereux. Les transformations transfrontalières soulèvent de nombreuses questions complexes, qui ne devraient être réglées dans la salle d'audience du tribunal mais dans le cadre d'une procédure législative multicouche. Le changement du droit applicable à la personnalité juridique (la *lex personae*) a un impact fondamental, notamment sur l'application du droit fiscal, des droits des créateurs, la compétence internationale et le droit applicable à la procédure de faillite.⁴¹ Les règles sur la transformation transfrontalière doivent tenir compte de ces considérations. On ne peut pas prétendre que les cours examinent et jugent toutes ces circonstances d'une manière transversale et approfondie.⁴² De ce point de vue il serait raisonnable, si la question des transformations transfrontalières était régie par la législation. En l'absence de législation, le droit européen à la transformation transfrontalière reste une possibilité plutôt théorique, en majeure partie sans règle, qui charge d'une responsabilité extraordinaire le juge national.

La Cour suprême hongroise a eu conscience de cette responsabilité lorsqu'elle a appliqué les règles hongroises de la transformation interne par analogie sur la transformation transfrontalière. La leçon du jugement hongrois est qu'en absence des règles concrètes les sociétés et ses membres fondateurs doivent agir dans un vide juridique, où il est inconnu, ou au moins incertain, quelles sont les exigences qui doivent être remplies. Les droits des sociétés des États membres établissent de nombreuses règles techniques pour les transformations et il n'est pas clair quelles sont ces règles applicables par analogie et comment doivent-elles être interprétées concernant des transformations transfrontalières. C'est pour cela qu'il n'y a rien

⁴¹ Voir *Armour, John* : Who Should Make Corporate Law? EU Legislation versus Regulatory Competition. In: Holder, J. – C. O'Conneide (éditeurs), *Current Legal Problems*, vol. 58. 2005, Oxford University Press, 2006, p. 401-411.

⁴² Sur la question de l'intérêt public, voir *Edwards, Vanessa* : Secondary Establishment of Companies – The Case Law of the Court of Justice. *Yearbook of European Law*, 1998, vol. 18, p. 252 à 257.

d'étonnant si enfin, la VALE a perdu le litige et la demande d'enregistrement de la société en tant que successeur en droit de la société italienne, a été rejetée.

La Cour suprême hongroise a précisé qu'une transformation est considérée comme transfrontalière (et non comme un déplacement du siège social), si la société transfère son siège social dans un autre État membre et ainsi elle perd la personnalité juridique originelle et obtient la personnalité juridique de l'État membre d'enregistrement. Le droit hongrois ne contient aucune règle sur les transformations internationales et les déplacements internationaux du siège social, à l'exclusion des dispositions relatives à certains types de société établie par le droit européen. Les sources secondaires du droit de l'UE ne traitent pas cette question, non plus.

Sur la base de ces considérations, la Cour suprême hongroise a appliqué les règles des transformations internes, par analogie, *mutatis mutandis*, sur les transformations internationales, au regard du principe de l'équivalence et de l'efficacité. La Cour a accentué sur le fait que les transformations internationales sont régies par deux systèmes juridiques: c'est le droit de l'État d'origine et le droit de l'État d'accueil, qui s'appliquent successivement.

Toutes les questions du droit des sociétés concernant la radiation de la société du registre de commerce sont réglementées par les dispositions de l'État d'origine. En même temps, le droit de l'État d'accueil a la compétence de juger la demande d'enregistrement à condition qu'il ne porte pas de discrimination contre les transformations transfrontalières (principe d'équivalence) et ne rende pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'UE (principe d'effectivité). Autrement dit, l'État d'accueil a le droit de faire valoir les exigences, qui sont applicables aux transformations internes et qui sont également exécutoires en cas de transformations transfrontalières.

Dans le droit hongrois des sociétés, la conclusion du contrat de société doit avoir lieu approximativement en même temps que la décision concernant la succession en droit est prise, mais au plus tard à la radiation de la société du registre de commerce. Le droit hongrois des sociétés⁴³ établit tant la forme que la procédure de conclusion du nouveau contrat de société. Selon l'interprétation de la Cour suprême hongroise, ces conditions doivent être remplies en cas de transformations transfrontalières aussi. Une de ces conditions est qu'au moins un des actionnaires du prédécesseur en droit soit un des actionnaires du successeur en droit. Une autre condition est qu'au moins une partie des biens du prédécesseur en droit fasse partie des biens du successeur en droit.

Dans cette affaire, VALE a été radiée du registre de commerce italien le 13 février 2006 ; le contrat de société, par lequel la société hongroise a été fondée, a été signé le 14 novembre 2006. Attendu que l'exigence, que la souscription du contrat de société doit avoir lieu au plus tard jusqu'à la radiation de la société du registre, est considérée comme fondamentale, la Cour n'a pas pu enregistrer la VALE Kft. comme le successeur en droit de la VALE Sarl. En outre, la Cour a également précisé

⁴³ Loi n° IV de 2006 sur les compagnies économiques.

qu'il n'a pas pu être déterminé dans les faits si une continuité juridique des biens existe au moins partiellement. Il n'y a pas de donnée sur les actionnaires de la société italienne et la Cour n'a pas pu établir si ces actionnaires sont devenus, au moins partiellement, actionnaires dans la société hongroise. Il n'y a pas de données, non plus, pour savoir s'il y avait une continuité concernant les biens.

IV. Conclusions et l'état du droit européen après le jugement dans l'affaire VALE

L'arrêt de la CJUE a contribué au développement de la jurisprudence en matière du droit personnel des sociétés.

Premièrement, la CJUE a désambiguïté le fait que les sociétés et ses membres fondateurs ont le droit de choisir indirectement le droit personnel de la société. Notamment, le droit personnel de la société est le droit du lieu où la société a été enregistrée (théorie de l'incorporation). Pour être plus précis, le droit européen ne détermine pas le droit personnel des sociétés, mais le droit applicable (si ce n'est pas le droit de l'incorporation), ne doit pas déterminer, concernant la société, des règles plus strictes que les normes du droit du lieu de l'incorporation. Et les fondateurs sont libres de choisir le lieu d'établissement ; naturellement, la société est libre de s'activer dans l'État membre où elle désire.⁴⁴ Bien que la CJUE n'ait pas établi, que le principe du siège réel soit incompatible avec la liberté d'établissement, la jurisprudence de la Cour considère essentiellement et uniquement le principe d'incorporation comme étant conforme avec les règles du marché commun. Bien que ce principe ne paraisse pas être nouveau, la CJUE l'a établi expressément pour la première fois dans l'affaire VALE.

Deuxièmement, la contribution plus importante du jugement dans l'affaire VALE est, que la CJUE a déposé la dernière brique dans le bâtiment de la transformation transfrontalière à l'UE et ainsi a créé un droit à la transformation transfrontalière. Avec cette contribution, la CJUE a finalisé son œuvre: comme les citoyens ont le droit d'obtenir la citoyenneté d'un autre État, les sociétés ont aussi le droit de se transformer « transfrontalièrement » ; c'est-à-dire, elles peuvent obtenir la personnalité juridique d'un autre État membre, même si elles perdent la personnalité juridique selon le droit de l'État d'origine. Notamment, la CJUE a établi dans l'affaire *Cartesio*⁴⁵ (dans une autre affaire hongroise), confirmant sa décision préjudicielle prise dans l'affaire *Daily Mail*, que les personnes juridiques sont les créations du droit national et c'est le droit national qui peut établir les conditions dans lesquelles la personnalité juridique se maintient. Autrement dit, une société peut délocaliser son siège (tant le siège statutaire que le siège réel) dans un autre État membre, si elle

⁴⁴ Sur la question si les sociétés effectivement exploitent cette possibilité de forum-shopping, voir *Armour, John: Who Should Make Corporate Law? EU Legislation versus Regulatory Competition*. In: Holder, J. – C. O'Connell (éditeurs), *Current Legal Problems*, vol. 58. 2005, Oxford University Press, 2006, p. 382 à 393.

⁴⁵ Arrêt du 16 décembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató Bt.* (C-210/06, Rec. p. I-9641), points 111 à 113.

est prête à perdre sa personnalité juridique selon le droit d'état d'origine (au cas où le droit d'origine prescrit cette conséquence) et à obtenir la personnalité juridique du droit d'état d'accueil (au cas où elle remplit les conditions déterminées par le droit de l'État membre d'accueil).

La liberté de la transformation transfrontalière se base sur deux principes: l'approche que l'État membre doit lâcher les sociétés et le principe de l'égalité de traitement. Bien que la détermination des conditions de la personnalité juridique soit manifestement la compétence du droit national, le déplacement du siège n'est pas couvert par cette compétence nationale au cas où il vise la perte de la personnalité juridique originale.⁴⁶ Si un État membre permet la transformation à l'intérieur de ses frontières, c'est-à-dire dans les cas internes, elle ne peut pas rejeter les transformations transfrontalières. Autrement dit, si une société peut transférer son siège à un autre rayon, elle doit avoir le droit de le transférer à un autre État membre. Une règle contraire serait discriminatoire, de même comme la règle hongroise en cause dans l'affaire *VALE*, qui a prévu qu'une société peut transférer son siège à un autre rayon, mais elle ne peut pas le délocaliser à l'étranger. Avec l'introduction du deuxième élément du droit de transformation transfrontalière, c'est-à-dire, le droit « d'arrivé », la CJUE a complété ce droit. Le deuxième élément de ce droit est déduit du principe de l'égalité de traitement. Puisque généralement les États membres permettent les transformations internes, l'exclusion des transformations transfrontalières constituerait une discrimination. Il s'ensuit que comme la conséquence de l'exigence de l'égalité de traitement, ce droit « d'arrivé » est *de facto* disponible dans l'UE.

Après l'arrêt de la CJUE dans l'affaire *VALE*, le droit européen à la transformation transfrontalière reste, en majeure partie, un droit non réglementé. Si le système juridique national n'inclut pas des règles spéciales concernant les transformations internationales, le juge doit appliquer les règles des transformations internes, par analogie, aux transformations transfrontalières. Cela veut dire, que dans un cas comportant une transformation transfrontalière, le juge national a une responsabilité extraordinaire, ainsi que les sociétés et les actionnaires doivent agir dans un environnement juridique incertain.

Le jugement de la Cour suprême hongroise est un bon exemple des problèmes rencontrés lorsque les sociétés et ses actionnaires sont obligés de satisfaire des dispositions interprétées et appliquées *mutatis mutandis* (et non pas des conditions spécifiques). Comme il a déjà été souligné, l'enseignement du jugement de la Cour suprême hongroise, est que les transformations transfrontalières soulèvent des questions complexes qui ne doivent pas être traitées dans la salle d'audience de la cour mais par une législation multicouche.

⁴⁶ Points 111 à 113.