

Droit européen et mobilité des sociétés : pour qui sonne le glas ?

Dix ans après l'entrée en vigueur du Code des sociétés, la mobilité des personnes morales sur le territoire communautaire est un sujet qui continue à interpeller les juristes friands de problèmes complexes. En effet, nonobstant les libertés cardinales de circulation et d'établissement du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « le Traité »)¹, cette mobilité demeure juridiquement imparfaite². Dans ce domaine comme dans d'autres, c'est la Cour de justice qui a donné les impulsions déterminantes³.

Sans prétendre embrasser exhaustivement cette problématique, la présente contribution vise à dresser un bref portrait, en droit belge et européen, de la liberté d'établissement des sociétés en quête de mobilité et à susciter quelques éléments de réflexion. Une double perspective sera adoptée : évaluer la portée contemporaine de l'approche « réaliste » du rattachement des sociétés en droit belge et, plus modestement, s'interroger sur la portée, pour le droit des sociétés, d'une liberté accrue de circulation des opérateurs économiques au sein de l'Union européenne. Autrement dit, quel est l'impact des évolutions communautaires en matière de liberté d'établissement sur le régime juridique des sociétés commerciales au niveau national et européen ? Un des enjeux est notamment de savoir si un territoire propice à la convergence des droits des sociétés se dessine à la faveur de cette logique marchande.

1

Précisions liminaires : le rapport complexe qu'entretiennent les sociétés commerciales avec la liberté communautaire d'établissement

Une société désireuse d'étendre ses activités économiques au-delà des frontières nationales

(1) Voy. principalement les articles 49 et 54 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après Traité). Dans ces articles, le Traité consacre la liberté d'établissement des personnes morales au même titre que celle garantie aux personnes physiques. Dans son article 50 (1) et (2) (g), il fournit les bases légales permettant aux autorités européennes (Conseil et Commission) d'adopter des mesures visant à coordonner les droits nationaux en vue de faciliter la réalisation de cette liberté d'établissement et ce, en « coordonnant, dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 54, alinéa 2, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers.

(2) Au mois d'octobre de l'année 2007, le commissaire européen McCreevy annonça qu'un terme était mis aux travaux d'élaboration d'une proposition de quatorzième directive sur le transfert de siège statutaire des sociétés de capitaux. Voy. à ce sujet, le discours du 3 octobre 2007 du commissaire Ch. McCreevy à la commission des affaires juridiques du Parlement européen, (SPEECH/07/592).
(3) C.J.C.E., 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Centros, Rec.*, 1999, p. I-1459; C.J.C.E., 5 novembre 2002, C-208/00, *Überseering, Rec.*, 2002, p. I-9919; C.J.C.E., 30 septembre 2003, aff. C-167/01, *Inspire Art Ltd., Rec.*, p. I-10115; C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Cartesio*, C-210/06, non encore publié au *Recueil*.

dispose de différentes alternatives plus ou moins sophistiquées. Elle peut, simplement, livrer des biens ou prester des services à l'étranger. Elle peut ouvrir une agence, une succursale, un centre d'opération ou un bureau. Elle peut créer une filiale. Le déplacement peut aussi prendre la forme, plus radicale, d'une réincorporation, d'un transfert de l'établissement principal ou de la création d'une nouvelle entité juridique⁴. Si le droit européen régit la technique spécifique des fusions transfrontières⁵ et celle de la société européenne⁶, il n'offre, par contre, aucun cadre juridique permettant, de réaliser un déplacement transfrontière de manière parfaitement sécurisante. En effet, le droit communautaire endosse une position de « neutralité » par rapport à la problématique du rattachement des personnes morales⁷. En l'état actuel du droit européen, les personnes morales sont, à la seule exception de la société européenne et du groupement d'intérêt économique⁸, des êtres juridiques dont la naissance et l'existence dépendent exclusivement des divers droits nationaux. Malgré les virtualités du Traité, ce sont les États membres qui possèdent un pouvoir exorbitant de vie ou de mort sur les sociétés en quête de mobilité⁹.

La question de la mobilité transfrontière revêt une dimension critique parce que les États membres témoignent de sensibilités variées quant aux critères de rattachement des personnes morales¹⁰. Et, ces sensibilités imprègnent peu ou

prou les règles nationales de conflits de lois, de même que les règles substantielles de droit des sociétés. En épurant à l'extrême, on distingue deux modèles types. Selon le modèle « réaliste » qui, nous le verrons, inspire le droit belge, la détermination de la loi applicable résulte d'un critère matériel déduit d'une situation de fait : la localisation du centre réel de gravité de la personne morale, à savoir le lieu de son principal établissement. Par opposition, un modèle « formaliste », parfois appelé modèle du siège « statutaire », préconise un rattachement fondé sur un critère formel d'immatriculation et non sur un critère réel d'activité effective. Celui-ci renvoie à ce que d'aucun appellent la théorie de l'incorporation. Se dessine alors le résultat suivant : alors que certains États se soucient peu des velléités de certaines personnes morales de transférer leur siège réel à l'étranger, d'autres sont, au contraire, désireux de maintenir une coïncidence entre le siège statutaire et le siège réel de la personne en désir de mobilité. La liberté communautaire d'établissement prescrite par l'article 49 du Traité vient toutefois tempérer la rigueur de ces approches contrastées. Lorsqu'une personne morale appartient à une catégorie d'opérateur susceptible de bénéficier du droit d'établissement en vertu de l'article 54 du Traité¹¹, celle-ci dispose du droit d'établissement primaire, c'est-à-dire du droit de s'établir sur le territoire de l'Union. Elle dispose également du droit d'établissement secondaire lui permettant de créer une agence, une succursale¹² ou une filiale^{13 14}. Si le droit à la li-

(4) Sur les différentes modalités d'exercice du droit à la mobilité, voy. E. WYMEERSCH, « Is a Directive on Corporate Mobility Needed? », *European Business Organization Law Review*, 2007, 163.

(5) Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, *J.O.C.E.* L 310/1 du 25 novembre 2005.

(6) Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne, *J.O.C.E.*, 10 novembre 2001, L 294/1-21 et la 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, *J.O.C.E.*, 10 novembre 2001, L 294/22-32.

(7) F. FAGES, « Les sociétés », in M. AUDIT, H. MUIR-WATT, É. PATAUT (sous la dir.), *Conflits de lois et régulation économique*, Paris, L.G.D.J., 2008, pp. 19 et s.; B. GOLDMAN, « La nationalité des sociétés dans la CEE », *Trav. comité fr. dr. int. pr.*, (1966-1969), 353.

(8) À l'heure actuelle, la seule forme sociétaire régie directement par le droit européen est la société européenne, nonobstant les nombreux renvois aux droits nationaux pour les questions non réglées par le règlement 157/2001 du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne, *J.O.C.E.* L 294/1 du 10 novembre 2001. S'agissant des groupements d'intérêt économique, ils constituent des formes d'association à la personnalité juridique incomplète.

(9) Ch. GAVALDA et G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 4^e éd., Paris, Litec, coll. Juris-Classeur, 2002, p. 152 : « (...) en raison du fait que les sociétés n'ont d'existence qu'au travers des différentes législations nationales qui peuvent déterminer de façon non harmonisée les conditions de leur rattachement à la loi d'un État, et les modalités de transfert de leur siège social, les sociétés rattachées à des droits nationaux ne peuvent bénéficier d'aucune règle communautaire qui leur conférerait le droit effectif de transférer leur siège social d'un État membre à un autre. La liberté d'établissement communautaire "à titre principal" est paralysée ».

(10) G. PANOPoulos, « Pour une nouvelle compréhension du droit international des sociétés à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice », *Cah. dr. eur.*, 2006, n° 5/6, pp. 698-732.

(11) Aux termes de l'article 54 du Traité (ancien article 48), les groupements visés par le droit d'établissement de l'article 49 sont « 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 ». Sur cette question voy. A. AUTENNE, « Les associations sans but lucratif en quête de mobilité dans l'Union européenne et la liberté communautaire d'établissement : essai de synthèse », publié prochainement dans M. DE WOLF (sous la coord. de) « a.s.b.l. belges actives à l'étranger et associations étrangères actives en Belgique », *Les dossiers d'a.s.b.l. - Actualités*, n° 2011/1; N. THIRION, *Droit international et européen des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 91 et s.

(12) Sur l'acceptation traditionnelle de la notion, voy. F. RIGAUD, « La notion de succursale d'une société étrangère en droit belge », in *Liber amicorum baron Louis Fredericq*, t. II, E. Story-Scientia, Gand, 1966, p. 818. En principe, la succursale implique un centre d'activité qui se manifeste durablement vers l'extérieur comme un prolongement de l'entreprise mère, avec une direction propre et un équipement en matériel, de sorte que les tiers, même s'ils savent qu'un lien de droit existe avec l'entreprise mère établie à l'étranger, ne doivent pas s'adresser directement à cette dernière et peuvent conclure des affaires avec ce centre d'activités, qui en constitue un prolongement (cf. C.J.C.E., 22 novembre 1978, aff. 33/77, *Sonafer, Rec.*, 1978, 2138).

(13) K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *Europees Recht in Hoofddlijnen*, Maklu, Antwerp, 1999, 212; J.-F. BELLIS, G. GODDIN, L. DEFALQUE et M. DONY, « Droit économique de la Communauté européenne - Examen de jurisprudence (1993 à 2005) », *R.C.J.B.*, 2007, p. 334, n° 43.

(14) La jurisprudence communautaire relativise cette distinction entre établissement principal et secondaire, dans la mesure où elle attribue à la notion de succursale une acceptation tellement large qu'elle ne suppose plus nécessairement le caractère secondaire de l'activité. Voy. surtout C.J.C.E., 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Centros, Rec.*, 1999, p. I-1459. Voy. aussi notre commentaire dans A. AUTENNE et E.-J. NAVEZ, « *Cartesio* ou les con-

berté d'établissement ne pose pas de problème épineux lorsqu'il est appliqué à la première implantation d'une société dans le milieu économique communautaire, il devient, par contre, critique une fois confronté à une stratégie de transfert du siège social d'un État membre vers un autre.

2

L'approche réaliste du rattachement en droit belge dix ans après l'entrée en vigueur du Code des sociétés

Au moment de son élaboration, le Code des sociétés contenait plusieurs dispositions ayant trait à la question du rattachement des sociétés¹⁵. Celles-ci se trouvaient, pour la plupart, dans une section spécifique intitulée « dispositions de droit international privé »¹⁶. Pour l'essentiel, le Code avait repris de manière peu audacieuse les anciens articles des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (ci-après L.C.S.C.) afférant à cette matière, les modifications apportées par les « codificateurs » étant minimes et essentiellement formelles¹⁷. Le changement le plus significatif est sans doute celui de l'article 58 portant sur les actions juridiques intentées par les sociétés étrangères. Les rédacteurs du Code en ont adapté les termes de façon à le faire correspondre à la réforme du 13 avril 1995 en matière de personnalité juridique qui conditionne l'obtention de cette personnalité au dépôt de l'acte constitutif. Dorénavant, seules les sociétés étrangères qui n'ont pas déposé leur acte constitutif conformément au droit belge sont susceptibles de subir la sanction de non-recevabilité de leur action en justice (ancien article 11 des L.C.S.C.). Cette sanction est, en effet, dénuée de sens pour les sociétés de droit belge qui ont omis de déposer leur acte constitutif, puisque ces dernières ne disposent plus de personnalité leur permettant d'ester en justice.

La disposition du Code des sociétés la plus notable pour notre propos était celle de l'article 56, version améliorée de l'ancien article 197 des L.C.S.C. Cet article prévoyait que la loi belge était applicable aux sociétés dont le siège réel¹⁸

est en Belgique, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger. Le législateur affirme ainsi sa préférence pour un critère « réaliste » de rattachement. Cette préférence s'explique par le souci d'empêcher des stratégies de rattachement artificiel, par exemple, en cas d'incorporation dans un paradis fiscal ou dans une juridiction laxiste quant à la protection de certains intérêts catégoriels. L'article 56 a toutefois été abrogé par la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé (ci-après « Codip ») qui en a néanmoins conservé l'économie dans son article 110. Cette disposition contient, en effet, une solution similaire à celle de l'article 56 ancien du Code des sociétés en retenant comme critère le lieu de l'établissement principal de la personne morale pour déterminer la loi applicable à cette dernière¹⁹. Tout en demeurant dans une veine réaliste, le législateur opère donc un léger revirement puisqu'il évacue la notion de siège réel pour revenir à celle de principal établissement, plus aisée à appliquer puisqu'ayant trait à la « résidence habituelle »²⁰. Le législateur effectue également une « multilatéralisation » formelle²¹ de la règle de rattachement qui, dans le Code des sociétés, visait exclusivement les sociétés dont le siège réel était en Belgique, au détriment des autres. Désormais, le droit belge prescrit que toutes les personnes morales sont régies par la loi de l'État sur le territoire duquel leur siège réel est établi²². On notera que, dans un souci de pragmatisme, l'article 110 du Codip, alinéa 2, tient compte des circonstances où le droit étranger désigné ne soumet pas à son propre droit matériel une personne morale établie sur son territoire : un renvoi est alors opéré à la loi du lieu où la personne morale a été formellement constituée²³.

L'article 112, alinéa 1^{er}, du Codip régit, quant à lui, la question du conflit de loi dans une hypothèse de mobilité : « le transfert de l'établissement principal d'une personne morale d'un État à un autre n'a lieu sans interruption de la personnalité qu'aux conditions auxquelles le permet le droit de ces États ». Cette disposition consacre un rattachement de type « cumulatif » en posant qu'une société en situation de transfert ne conserve le bénéfice de sa personnalité juridique que si elle est reconnue par le droit des deux États en présence²⁴. Une application « distributive » des lois en présence sera toutefois appliquée à la problématique du fonctionnement des personnes

morales. S'agissant des sociétés commerciales, la jurisprudence belge avait déjà adopté ce raisonnement que l'on peut qualifier d'accueillant vis-à-vis des sociétés étrangères²⁵, comme en atteste l'enseignement de la Cour de cassation dans l'arrêt *Lamot*²⁶. Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait autorisé le transfert en Belgique du siège statutaire d'une société étrangère, celle-ci devenant une société de droit belge. Un tel transfert sans dissolution est néanmoins conditionné à l'acceptation de l'État d'origine ainsi qu'à une modification des statuts dans le respect des exigences du droit commercial belge. De même, l'émigration²⁷ d'une société sans perte de la personnalité morale initiale a été admise par la jurisprudence, notamment celle issue du droit administratif. Dans l'arrêt *Vaneste*²⁸, le Conseil d'État a ainsi admis qu'une société de droit belge qui transfère son siège à l'étranger, en l'espèce il s'agissait du siège réel, n'est pas automatiquement dissoute. S'opère un changement de droit applicable sans dissolution, pour autant que la décision de transfert résulte des organes compétents et que le droit du pays de destination l'autorise.

Si l'on synthétise les développements précédents, il apparaît que la Belgique possède un régime d'inspiration réaliste, mais favorable à la mobilité avec changement de droit applicable pour les sociétés commerciales^{29, 30}. Le déplacement du siège social — c'est-à-dire du siège statutaire et du principal établissement — d'une société, vers et à partir de la Belgique peut, en théorie, se réaliser sans dissolution dans le cas où cette stratégie s'inscrit dans une volonté assumée de changer de loi applicable et ce, pour autant que le droit étranger autorise ce transfert. Rien ne semble toutefois empêcher les autorités belges de refuser de reconnaître la personnalité voire d'imposer des formalités de réincorporation à une société valablement constituée à l'étranger qui transfère en Belgique son principal établissement, c'est-à-dire son siège, sans avoir déposé un acte constitutif en Belgique³¹. De même et inversement, une société de droit belge qui décentre son principal établissement à l'étranger sans procéder à des formalités de réincorporation s'expose au double risque de voir son existence juridique mise en péril tant au regard du droit belge à l'égard duquel la

tours incertains de la mobilité des sociétés revisités », *Cah. dr. eur.*, 2009, pp. 91-125.

(15) La détermination du droit applicable selon les règles nationales de rattachement est une question qui doit être distinguée de celle de la nationalité des personnes morales. La nationalité est un critère utilisé dans le cadre de l'application des traités internationaux réservant le bénéfice de certains droits aux ressortissants des États signataires. Mais, pour déterminer cette nationalité, il conviendra inévitablement de se référer au droit respectif de l'État dont la nationalité est revendiquée. Voy. les travaux préparatoires du Codip, *Doc. parl.*, Sénat, 2003, n° 3-27/1, p. 130.

(16) Les règles relatives aux succursales de sociétés étrangères ont été logées dans deux sections distinctes (voy. les articles 81 et suivants du Code).

(17) R. PRIoux, « Les sociétés étrangères dans le Code des sociétés : une occasion manquée », *J.T.*, 2003.

(18) La doctrine et la jurisprudence considère classiquement que le « siège réel » ou « siège social réel » équivaut à la notion de principal établissement qui était prévue dans l'article 197 des L.C.S.C. et qui vise le lieu effectif à partir duquel la société est gérée. Voy. R. PRIoux, « L'article 197 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, disposition méconnue de droit international privé belge », *R.G.D.C.*, 1989, p. 484 et T. TILQUIN.

(19) Le « domaine » du droit applicable est, quant à lui, prévu à l'article 111 du Codip.

(20) P. WAUTELET, « Quelques réflexions sur la *lex societatis* dans le Code de droit international privé », *R.P.S.*, 2006, p. 35; R. JAFFERALI, « L'application du droit belge aux sociétés de droit étranger - Une esquisse des contours de la *lex societatis* », *R.D.C.*, n° 8-2004, p. 768.

(21) La « multilatéralisation » est cette technique classique de droit international privé qui consiste à généraliser une règle dans le souci pragmatique de pallier un vide juridique. Cette multilatéralisation de l'article 56 du Code des sociétés avait déjà été entreprise par la doctrine et la jurisprudence, principalement au départ d'un vieux arrêt de la Cour de cassation du 12 avril 1888 (*Pas.*, 1888, I, p. 186.). Voy. à ce sujet, R. PRIoux, *op. cit.*, *J.T.*, 2003 et R. JAFFERALI, *op. cit.*, *R.D.C.*, n° 8-2004, p. 766.

(22) Certains auteurs ont regretté le conservatisme du législateur dans l'élaboration de l'article 110 du Codip, en ce qu'il ne rend pas réellement compte de la réduction de la marge de manœuvre des États dans le choix de la règle de conflit retenue pour la détermination de la loi applicable à une société : R. PRIoux, *op. cit.*, *J.T.* 2003, p. 22.

(23) R. JAFFERALI, « Le nouveau droit international privé belge - Les personnes morales », *J.T.*, 2005, pp. 197-199.

(24) F. RIGAUX et M. FALLON, *Précis de droit international privé*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 986.

(25) V. SIMONART, « L'application du droit belge aux sociétés constituées dans un autre État de la Communauté et, en particulier, aux *Limited* », *R.P.S.*, 2009, p. 134.

(26) Cass., 12 novembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 336, *R.C.J.B.*, 1966, p. 392, note J. VAN RYN, *Revue*, 1966, p. 136.

(27) C.E., 29 juin 1987, *Pas.*, 1990, IV, p. 114, *T.R.V.*, 1988, p. 110, note K. LENAERTS, « Het personeel statuut van een Belgische vennootschap bij overbrenging van de werkelijke zetel naar het buitenland ».

(28) C.E., 29 juin 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 110, note K. LENAERTS, « Het personeel statuut van een Belgische vennootschap bij overbrenging van de werkelijke zetel naar buitenland ».

(29) C. TUBÉUF, « Article 112 - Transfert de l'établissement principal » in J. ERAUW, M. FALLON et al., *Le Code de droit international privé commenté*, Bruylant - Intersentia, Anvers - Oxford/Bruxelles, 2006, p. 584, *op. cit.*, pp. 584 et s.; V. SIMONART, *op. cit.*, n° 38 et s.

(30) Pour un exemple pratique en matière de société commerciale, voy. Comm. Hasselt, 10 novembre 2004, *T.R.V.*, 2005, p. 172.

(31) Sur cette question controversée, voy. N. WATTÉ et V. MARQUETTE, « Les sociétés : questions choisies de droit international privé », in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, die Keure, 2001, p. 668, n° 5; R. PRIoux, « Les sociétés belges et les sociétés étrangères », in *Dernières évolutions en droit des sociétés*, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 2003, p. 323, n° 18; J. VERHOEVEN, « Conditions des étrangers, conflit de lois et sociétés offshore », *R.C.J.B.*, 1997, pp. 12 à 14.

soupçonnera de vouloir s'affranchir qu'au regard du droit étranger de l'État d'accueil.

S'agissant de la mobilité sur le territoire de l'Union européenne, ce régime doit toutefois être adapté aux exigences de la liberté d'établissement consacrée par le Traité. Et, de ce point de vue, c'est la jurisprudence européenne qui a contribué de manière la plus notable à l'inflexion des principes nationaux traditionnels au profit d'une approche plus « formaliste » du rattachement.

3

La tétralogie jurisprudentielle en matière de mobilité transfrontière des sociétés dans l'Union européenne et son incidence sur l'approche réaliste du rattachement prescrite par le droit belge

Depuis une vingtaine d'années, la Cour de justice a été interrogée sur divers conflits de mobilité ayant valeur de test quant à la légalité de certaines normes nationales de rattachement par rapport à la liberté d'établissement du Traité (principalement l'article 49). Elle a subtilement construit une jurisprudence permettant d'assouplir la rigueur de certaines conséquences résultant, pour un opérateur économique, de la coexistence entre des législations nationales antinomiques. Cette jurisprudence s'incarne dans une tétralogie devenue célèbre : *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*, *Cartesio*³². Celle-ci offre des éléments de réponse par rapport au double péril guettant les sociétés en quête de mobilité³³. Le premier provient de l'État d'origine qui dispose de la faculté de restreindre, voire d'empêcher une tentative d'émigration en forçant la dissolution d'une personne morale. Le second réside dans la faculté dont dispose l'État d'accueil d'interdire ou de rendre plus difficile l'immigration sur le territoire national. Résumons, en trois points, la quintessence de ces arrêts — suffisamment commentés pour qu'on ne s'y attarde longuement³⁴.

(32) C.J.C.E., 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Centros, Rec.*, 1999, p. I-1459; C.J.C.E., 5 novembre 2002, C-208/00, *Überseering, Rec.*, 2002, p. I-9919; C.J.C.E., 30 septembre 2003, aff. C-167/01, *Inspire Art Ltd., Rec.*, p. I-10115; C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Cartesio*, C-210/06, non encore publié au *Recueil*.

(33) À titre indicatif, on rappellera utilement que le raisonnement jurisprudentiel appliqué par la Cour pour juger de l'existence d'une entrave à la liberté d'établissement des personnes morales se décline autour de trois étapes devenues classiques : la situation envisagée relève-t-elle du champ d'application des règles relatives à la liberté d'établissement du Traité, la décision attaquée ou la norme contestée constitue-t-elle une entrave à cette liberté et dans l'affirmative cette entrave est-elle autorisée (parce qu'elle est non discriminatoire, poursuit un objectif légitime, est conforme au droit dérivé et est proportionnelle à l'objectif poursuivi)? Ceci est expressément souligné par Thierry Delvaux dans sa contribution consacrée à la politique jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'ouvrage coordonné par N. THIRION, *Droit international et européen des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 272.

(34) Une contribution belge récente a d'ailleurs judicieusement remarqué que les notes de doctrine relatives à ce sujet en droit communautaire couvrent plusieurs pages sur le site internet de la Cour de justice, la jurisprudence *Centros* ayant même été plus commentée que la fameuse décision *Cassis de Dijon* pourtant fondatrice du marché intérieur. Voy. à ce sujet : D. PASTER, « Arrêt

L'article 49 du Traité n'entame pas la compétence des États membres pour déterminer les critères de rattachement des sociétés. Le droit communautaire est neutre quant à la question de la 'nationalité' des personnes morales. Ainsi, dans l'arrêt *Überseering*, la Cour avait estimé que la possibilité pour une société de transférer son siège effectif dans un autre État membre sans perdre la personnalité juridique dont elle jouit dans l'ordre juridique de l'État membre de constitution ainsi que les modalités de ce transfert étaient déterminées par la législation nationale conformément à laquelle ladite société avait été constituée³⁵. Cette position est réaffirmée dans l'arrêt *Cartesio* où la Cour a dit pour droit qu'en l'état du droit communautaire, « la question de savoir si l'article 43 CE (ancien) s'applique à une société invoquant la liberté fondamentale consacrée par cet article (...) constitue une question préalable qui (...) ne peut trouver une réponse que dans le droit national applicable (...) ». 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 le droit national et susceptible, à ce titre, de bénéficier du droit d'établissement que celui requis pour maintenir cette qualité ultérieurement³⁶.

À la faveur de l'arrêt *Cartesio*, la jurisprudence a réaffirmé explicitement que l'État membre d'origine peut, sans violer le droit communautaire, s'opposer à l'émigration d'une de ses personnes morales qui souhaite transférer son siège social sans changer de loi applicable. Il a, en effet, été jugé que « les articles 43 CE (ancien) et 48 CE (ancien) 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 »³⁷. En l'espèce, la Cour avait admis que les autorités hongroises puissent refuser d'enregistrer le transfert du siège réel d'une société de droit hongrois qui envisageait de s'installer durablement en Italie tout demeurant soumise au droit hongrois. Les entraves à la liberté d'établissement ne seront analysées comme telles que s'il est établi que la société en cause peut se prévaloir de la liberté d'établissement de l'article 49 du Traité Comme le stipule l'article 54 du Traité, ceci dépend de la question de savoir si la personne morale relève du droit d'un État membre. Et, en vertu de la neutralité du droit communautaire quant aux critères de rattachement, cette question est du ressort exclusif du droit de chaque État membre. Un État membre peut donc librement et sans enfreindre le droit communautaire imposer aux sociétés relevant de son ordre juridique le maintien d'une coexistence entre le siège statutaire et le siège réel. La Cour rééquilibre toute-

Cartesio : nouvelles précisions sur les modalités de transfert du siège social au regard de la liberté d'établissement », *J.T.*, 2009, p. 794.

(35) C.J.C.E., 5 novembre 2002, C-208/00, *Überseering, Rec.*, 2002, p. I-9919, point 70. Pour un examen des conséquences de cet enseignement, voy. notamment J.-P. DOM, « La Liberté d'établissement des succursales : principes et limites », *Rev. soc.*, n° 1, janvier-mars, 2004, p. 146; P. LAGARDE, note sous C.J.C.E., 5 novembre 2002, *Überseering, Rev. crit. D.I.P.*, n° 92, juillet-septembre 2003, p. 524; J.-P. DEGUÉE, *Forum shopping*, usage ou abus de la liberté d'établissement », *op. cit.*, pp. 76 et 77.

(36) Voy. les points 109 et 110 de la décision.

(37) Voy. le point 124 de la décision.

fois son raisonnement sur les entraves autorisées dans le cas où la personne morale manifeste sa volonté de changer de législation de rattachement. En effet, toujours dans *Cartesio*, la Cour souligne que l'État membre d'origine ne peut pas imposer une liquidation ou une dissolution si l'État membre d'arrivée admet un transfert sans dissolution³⁸. La Cour considère que le transfert du siège avec changement de loi applicable, est une modalité de la liberté d'établissement. À l'instar du traitement réservé aux personnes physiques, le droit européen veille à ce que les États membres n'entravent pas la faculté dont disposent les personnes morales de quitter volontairement leur territoire d'origine pour rejoindre un territoire étranger. Imposer un anéantissement ou une rupture de la personnalité juridique, c'est fermer la porte à l'émigration des personnes morales. La Cour a d'ailleurs profité de *Cartesio* pour enjoindre les États à faciliter les transferts de siège accompagnés d'un changement de loi applicable, ce qui, pour les juridictions de pur siège réel, nécessitera un assouplissement de leurs règles en matière d'expatriation³⁹.

S'agissant de l'immigration des opérateurs économiques, les arrêts *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art* sanctionnent les velléités de certains États membres d'imposer des mesures entravant la liberté d'établissement de sociétés étrangères en quête de mobilité ou limitant leur accès au territoire. Il en va ainsi de normes ou de décisions disqualifiant une personne morale étrangère à raison de son caractère supposé fictif, de l'imposition de formalités de réincorporation ou de dispositions visant à mettre les sociétés étrangères sur le même pied que les sociétés nationales (exigences de capital minimum, formalités d'enregistrement, etc.).

On notera que plusieurs zones d'ombre persistent quant à la régularité de certaines options étatiques en matière de rattachement. Dans une contribution, nous avons ainsi montré que la Cour n'avait pas offert de réponse assurée à toutes les hypothèses de transfert de siège mettant en jeu la liberté d'établissement⁴⁰. Le voisinage qu'entretiennent les libertés communautaires avec les règles nationales de rattachement des sociétés demeure, donc, ambigu.

4

Éléments de conclusions

On le voit, la problématique de la mobilité des sociétés commerciales a profondément évolué

(38) Faut-il en déduire que l'État membre d'accueil peut refuser de reconnaître l'existence juridique et conférer la qualité de sujet de droit national à une société étrangère dont les fondateurs veulent changer la loi applicable sous le prétexte, par exemple, que le principal établissement (le siège réel) ne serait pas transféré? La réponse est, en l'absence de position jurisprudentielle claire, équivoque. Voy. à ce sujet, AUTENNE et NAVEZ, *art. cit.*

(39) C'est ce que la Belgique a fait à la faveur des jurisprudences *Lamot* et *Vaneste* ainsi que dans l'article 112 de son Code de droit international privé. *Cf.* nos conclusions.

(40) Voy., par exemple, la question du traitement que l'État membre d'accueil peut réserver à une société immigrante qui désire transférer son siège statutaire et donc changer de loi applicable, sans toutefois déplacer son principal établissement. À ce sujet, AUTENNE et NAVEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 91-125.

depuis l'entrée en vigueur du Code des sociétés et qu'elle continue à susciter des réflexions passionnantes, tant du point de vue technique que d'un point de vue plus théorique. En conclusion de la présente, nous souhaitons mettre en relief deux questions importantes.

A. L'approche communautaire de la mobilité des sociétés a-t-elle érodé l'approche réaliste du siège en droit belge ?

Partageant en cela la position d'éminents auteurs⁴¹, nous sommes d'avis que l'approche réaliste du rattachement n'est pas, en tant que telle, contraire au droit communautaire, mais que les conséquences résultant de son application en droit belge doivent être adoucies. Au risque de simplifier le diagnostic, on peut dire que l'approche réaliste du rattachement résiste mieux au droit européen lorsqu'il est question de l'émigration (droit de sortie) des sociétés que lorsqu'il est question de l'immigration (droit d'entrée).

Le rattachement cumulatif de l'article 112 du Codip en cas de transfert de siège social et la jurisprudence *Lamot* et *Vaneste*⁴² doivent, depuis *Cartesio*, être aménagés : si l'État d'accueil admet la possibilité d'un tel transfert, l'État d'origine ne peut, sauf raison impérieuse d'intérêt général, déchoir les sociétés de leur personnalité juridique sans restreindre la liberté d'établissement dont elles bénéficient. Par ailleurs, depuis *Centros*, le droit belge des sociétés⁴³ ne peut plus, sans enfreindre la liberté d'établissement, être imposée à des personnes morales valablement constituées sous l'empire du droit d'un autre État membre et actives en Belgique, du moins pour ce qui concerne certains aspects relevant traditionnellement de la *lex societatis*⁴⁴.

Cette érosion de l'approche réaliste du siège est toutefois partielle. D'une part, l'affaire *Cartesio* a permis à la Cour de justice de réaffirmer explicitement la neutralité du droit communautaire par rapport aux critères de rattachement. Les autorités belges peuvent ainsi s'opposer à l'émigration d'une société « ressortissante » qui souhaite transférer son siège social sans s'af-

franchir du droit belge. D'autre part et comme nous le soulignerons ci-après, le législateur a le droit d'adopter des mesures restrictives justifiées par le respect d'exigences impérieuses d'intérêt général. Enfin, le droit belge contient déjà, dans l'article 58 du Code des sociétés et dans l'article 112 du Codip, des normes favorables à la reconnaissance des sociétés étrangères ainsi qu'à la continuité de la personnalité morale en cas de transfert de siège. Ces normes vont dans le sens du souhait exprimé par la Cour de justice dans *Cartesio* : les États membres doivent s'abstenir d'entraver les opérations de transformation de leurs sociétés nationales en sociétés de droit étranger (pour autant que le droit de l'État d'accueil permette de telles transformations sans dissolution).

B. L'approche communautaire de la mobilité favorise-t-elle une concurrence ou une convergence accrue entre les divers droits nationaux des sociétés ?

Comme le souligne Nicolas Thirion en introduction de ce numéro spécial, dans une économie de marché ouverte et internationalisée, le régime des sociétés dépend en grande partie d'impulsions européennes, que celles-ci soient véhiculées par des mesures d'harmonisation spécifiques ou par la politique jurisprudentielle de la Cour de justice. Dans le domaine de la mobilité des personnes morales, il convient de reconnaître que c'est à cette dernière que l'on doit les évolutions les plus marquantes. Faute de volonté politique suffisante, un terme a été (temporairement)⁴⁵ mis, en octobre 2007, aux travaux d'élaboration d'une proposition de quatorzième directive sur le transfert de siège statutaire des sociétés de capitaux⁴⁶.

Certains détracteurs ont vu dans l'œuvre de la Cour de justice les prémices d'une forme de « Delawarisation »⁴⁷ du droit des sociétés, expression symbolisant, une compétition dangereuse entre ordres juridiques d'incorporation et aboutissant inévitablement à un nivellement par le bas ou *race to the bottom* des règles juridiques⁴⁸. Quelles que soient les subtilités qui imprègnent la problématique de la concu-

rence régulatoire en droit européen des sociétés⁴⁹, il serait imprudemment réducteur d'y assimiler la téralogie prétorienne en matière de mobilité. La Cour a, certes, favorisé les mouvements transfrontières des personnes morales en permettant à ces dernières de voyager plus aisément d'un ordre juridique à un autre. Cette libre circulation ne crée néanmoins pas un territoire totalement propice à la convergence par le bas en matière juridique. D'une part, la Cour de justice a réaffirmé le pouvoir des États quant à la définition des conceptions de fond en matière de rattachement des sociétés. La diversité est perçue *a priori* comme préférable à l'adoption d'un modèle uniformisant. D'autre part, la jurisprudence autorise les États membres à se montrer prudents par rapport aux sociétés qui s'inscriraient dans des stratégies d'instrumentalisation des droits. En effet, un État membre dispose toujours du droit de prendre des mesures restrictives justifiées par le respect d'exigences impérieuses d'intérêt général. La Cour avait initialement précisé que, la circonstance qu'une société souhaite bénéficier d'une législation plus favorable ne saurait, à elle seule, constituer une fraude permettant de justifier une intervention réglementaire au nom de l'intérêt général⁵⁰. Mais, elle a ensuite complété cet enseignement à la faveur de l'arrêt *Cadbury Schweppes*⁵¹ qui admet, au titre de raison impérieuse d'intérêt général, la lutte contre les montages purement artificiels dont le but est d'échapper à l'emprise de la législation d'un État membre au profit de celle d'un autre dont la législation est jugée plus favorable⁵². En subordonnant le bénéfice de la liberté d'établissement à une certaine réalité d'implantation et à l'exercice concret d'une activité économique, l'arrêt *Cadbury*⁵³ prend clairement distances par rapport au phénomène de *law shopping*⁵⁴.

Alexia AUTENNE

Chargée de cours à l'U.C.L. et à l'U.L.B.
Chercheuse qualifiée du F.N.R.S.

(41) Voy. dans le même sens, V. SIMONART, *op. cit.*, n° 65; F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, n° 16.18, pp. 986-987; *contra* C. TUBEUF, *op. cit.*, p. 577 qui estime, pour sa part, que « tel que libellé, l'article 110 n'est pas conforme à la liberté d'établissement au sens des articles 43 et 48 du Traité. En effet, l'article 110 oblige à appliquer systématiquement le droit belge à une société incorporée en Angleterre, mais ayant son siège réel en Belgique ».

(42) Voy. à ce sujet nos développements de la section 2.

(43) Voy. note suivante.

(44) Dans la mesure où la Cour ne s'est prononcée explicitement que sur les règles relatives à la constitution des sociétés, ayant trait au capital minimum et à la responsabilité des administrateurs, elle laisse irrésolue la question de savoir quelles sont les matières relevant traditionnellement de la *lex societatis* et qui demeureraient soumises au droit de l'État membre d'accueil. Toutefois, en droit international privé on considère classiquement que sont seules visées les règles juridiques applicables à la constitution, au fonctionnement et à la dissolution des sociétés.

Voy. à ce sujet, R. JAFFERLI, *op. cit.*, J.T., 2005, pp. 198; H.C. HIRT, « Freedom of Establishment, International Company Law and the Comparison of European Company Law System after the ECJ's Decision in *Inspire Art Ltd.* », *European Business Law Review*, 2004, 1210. Voy. également les précisions de l'article 111 du Codip.

(45) Pour des appels à la relance des travaux, voy. la résolution du Parlement européen du 10 mars 2009 contenant des recommandations à la Commission concernant le transfert transfrontières de siège social d'une société (2008/2196(INI)). Voy. également le projet d'avis de la commission des affaires économiques et monétaires du 23 septembre 2008, 2008/2196(INI); le projet de rapport de la commission des affaires juridiques du 17 octobre 2008, 2008/2196 (INI); la résolution du Parlement européen du 25 octobre 2007 sur la société privée européenne et la quatorzième directive en droit des sociétés sur le transfert de siège statutaire, P6_TA_PROV (2007) 0491, points 5 et 6.

(46) Étude d'impact de la directive sur les transferts transfrontières du siège statutaire des sociétés de capitaux du 12 décembre 2007, SEC(2007) 1707 du 12 décembre 2007.

(47) C.W.A. TIMMERMANS, « Company Law as *Ius Commune* », First Walter Van Gerven Lecture, Leuven Centre for a Common Europe, KUL, 5 (2002).

(48) Certains auteurs dressent même le constat selon lequel la concurrence régulatoire « fait figure de repoussoir pour le droit européen des sociétés ». L'expression provient de Ph. MALHERBE et J.-M. JONET, « Concurrence entre juridictions en droit américain des sociétés - Un regard européen sur le syndrome du Delaware », *Revue de droit international et de droit comparé*, 141 (2003).

(49) Voy. à ce sujet l'excellente étude de Th. DELVAUX, « La concurrence entre ordres juridiques est-elle efficace? - Quelques réflexions à propos de la liberté d'établissement des sociétés », *R.P.S.*, 2004, pp. 207-273.

(50) C.J.C.E., 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, point 27.

(51) C.J.C.E., 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, aff. C-196/04, *Rec.*, 2006, p. I-7995. Cet arrêt admet, au titre de raison impérieuse d'intérêt général, la lutte contre les montages purement artificiels dont le but est d'échapper à l'emprise de la législation d'un État membre au profit de celle d'un autre dont la législation est jugée plus favorable.

(52) Voy. S. FRANCO, note sous C.J.C.E., 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, *Journ. dr. intern.*, Clunet, avril - juin 2007, p. 659.

(53) De cette jurisprudence, qui s'inscrit dans le sillon de la théorie de l'abus de droit communautaire on ainsi pu lire qu'elle « est venue nuancer dans une mesure significative le jugement de la Cour dans ses arrêts *Centros* et *Inspire Art* ainsi que réaffirmer sa jurisprudence constante concernant le principe de l'interdiction de l'abus de droit communautaire ». Voy. les conclusions précitées de l'avocat général P. Maduro précédant la décision *Cartesio*, n° 29.

(54) Sur cette notion, voy. M. MENJUCQ, « L'articulation du droit d'établissement communautaire et des droits nationaux relatifs au rattachement juridique des sociétés », *J.C.P.*, 2003, p. 365; A. NUYS, « *Forum shopping* et abus de *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen », in *Liber amicorum John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 245 et s.; J.-P. DEGUÉE, *Forum Shopping*, usage ou abus de la liberté d'établissement », *R.P.S.*, 2000, pp. 51-83.