

cesseur au registre des sociétés est prévue pour des transformations internes et

— 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.

Observations. — La transformation transfrontalière des sociétés est définitivement consacrée en droit de l'UE. Qu'attend encore le législateur belge pour mettre en œuvre cette prérogative ?

SECTION 1. — INTRODUCTION

1. — Par son arrêt *VALE Épitési*, rendu le 12 juillet 2012, la Cour de justice de l'UE poursuit un peu plus l'édification prétoirienne d'un droit à la mobilité des sociétés dans l'espace européen, fondé sur les articles 49 et 54 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, « TFUE »).

Comme nous le verrons, cette décision a consacré une évolution fondamentale pour la mobilité des sociétés, dans un contexte marqué par l'inertie du législateur européen à l'égard de cette problématique. Cette évolution est d'autant plus remarquable si l'on se rappelle qu'en 1957, le traité de Rome se bornait à affirmer le principe du droit à la liberté d'établissement⁽¹⁾ des personnes morales poursuivant un but lucratif, sans pour autant conférer aux opérateurs économiques de véritables droits subjectifs directement invocables devant les juridictions nationales⁽²⁾.

2. — Avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'article 293 CE énonçait d'ailleurs expressément que « *les États membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants (...) la reconnaissance mutuelle des sociétés au sens de l'article 48 deu-*

(1) Sur la notion d'établissement au sens du droit de l'UE, voy. J. WOUTERS, *Het Europese vestigingsrecht voor ondernemingen herbekeken. Een onderzoek naar de grondslagen, draagwijdte en begrenzingen van de vrijheid van vestiging van ondernemingen in de Europese Unie*, thèse de doctorat, KU Leuven, 1996 ; C. NOURISSAT, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 166 ; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 3^e éd., Paris, Montchrestien, 2011, p. 126, n° 122.

(2) Dans le même sens, à l'heure actuelle, L. d'AVOUT et S. BOLLÉE, « Chronique de droit du commerce international, août 2011 — juillet 2012 », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2333.

xième alinéa, le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert de siège de pays en pays et la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes ».

Comme en atteste le libellé de cette disposition, la fusion transfrontalière et le transfert intra-européen du siège social étaient perçus comme des difficultés non résolues par les règles du droit européen primaire, dont le dénouement devait être trouvé à la faveur de démarches législatives ou conventionnelles.

Faisant fi de cette limite textuelle, la Cour de justice s'est engagée dans un processus de promotion du droit à la circulation internationale des personnes morales, qui a abouti à élargir le catalogue des opérations couvertes par la liberté d'établissement. La juridiction européenne a ainsi dégagé un contenu concret des articles 49 et 54 TFUE, en conférant aux opérateurs économiques un droit subjectif à la fusion transfrontalière et au transfert transfrontalier du siège social(3).

3. — Schématiquement, la problématique du transfert transfrontalier du siège réel des personnes morales fut au centre des arrêts *Centros*(4), *Überseering*(5), *Inspire Art*(6) et *Cartesio*(7) qui ont permis à la Cour de justice de baliser les limites à l'intérieur desquelles les sociétés sont autorisées à déplacer leur administration centrale ou le principal établissement, tout en conservant le bénéfice du rattachement à la loi nationale — *lex societatis* — qui les régit(8).

(3) *Ibidem.* Voy., dans le même sens, l'avocat général N. JÄÄSKINEN qui énonce, dans ses conclusions précédant l'arrêt *VALE*, présentées le 15 décembre 2011, point 53, que « la mobilité des sociétés au sein du marché unique peut prendre des formes multiples, telles que la création de filiales ou de succursales, le transfert du siège ou la fusion transfrontalière. La problématique du droit des sociétés relève, d'une part, de la liberté d'établissement, sur le plan du droit primaire, et, d'autre part, d'une mise en œuvre législative plus spécifique, sur le plan du droit dérivé ».

(4) CJUE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Centros, Rec.*, 1999, p. I-1459 ; *Revue*, 2000, n° 6799, p. 42, note J.-P. DEGUÉE.

(5) CJUE, 5 novembre 2002, aff. C-208/00, *Überseering, Rec.*, 2002, p. I-9919.

(6) CJUE, 30 septembre 2003, aff. C-167/01, *Inspire Art Ltd., Rec.*, p. I-10115 ; *Revue*, 2003, n° 6883, p. 172, obs.

(7) CJUE, 16 décembre 2008, aff. C-210/06, *Cartesio, Rec.*, 2008, p. I-9641.

(8) Voy. aussi CJUE, 27 septembre 1988, aff. C-81/87, *Daily Mail, Rec.*, 1988, p. 5483 ; CJUE, 29 novembre 2011, aff. C-371/10, *National Grid Indus*, non encore publié. Sur cette jurisprudence, voy. not., K. MARESCAU, « De Grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen binnen de Europese Unie na de arresten Cartesio en Vale », *Financial Law Institute*, Working Paper n° 2012-6, octobre 2012 ; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 3^e éd., op.

4. — La question du transfert transfrontalier du siège social — à savoir le déplacement concomitant du siège statutaire (composante formelle) et du siège réel (composante matérielle ou factuelle) — motivé par la volonté de changement de *lex societatis* a, quant à elle, été examinée dans l'arrêt *Cartesio*, sous l'angle du droit d'émigration — ou « droit de sortie » (9). À cette occasion, la Cour de justice a posé le principe selon lequel l'État de sortie ne peut imposer la liquidation ou la dissolution d'une société désireuse de changer de « nationalité » ou de loi applicable en transférant son siège social dans un autre État membre, à condition cependant que l'État d'immigration — ou d'accueil — admette un tel transfert sans dissolution (10).

5. — À la suite de l'arrêt *Cartesio*, on a donc pu affirmer que l'opération de transfert transfrontalier du siège social accompagnée du changement de *lex societatis* se trouvait désormais « com-

cit., pp. 129 et sq., n^{os} 126 et sq. ; T. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, thèse, Presses universitaires d'Aix marseille, 2009, pp. 179 et sq., n^{os} 331 et sq. ; E.-J. NAVEZ, « Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'UE », in *Droit des groupes de sociétés. Questions pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 89 à 150 ; A. AUTENNE et E.-J. NAVEZ, « Cartesio, les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisités », *C.D.E.*, 2009, pp. 117 et sq. ; E.-J. NAVEZ et B. GODDIN, « L'évolution du principe de liberté d'établissement dans l'espace européen et ses influences sur le DIP belge des personnes morales », in *Droit des sociétés. Millésime 2011*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 283-339 ; A. AUTENNE et E.-J. NAVEZ, « Le transfert du siège social comme modalité de réorganisation des sociétés commerciales : aspects commerciaux et fiscaux », in (E. TRAVERSA et E.-J. NAVEZ sous la coord.) *Les réorganisations de sociétés. Actualités en droit des sociétés, droit fiscal, droit comptable et droit social*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, pp. 165-210, et les références citées.

(9) Pour un aperçu des développements réalisés parallèlement en matière fiscale, voy. not. E.-J. NAVEZ et K. VAN DE VELDEN, « Emigratieheffingen van vennootschappen naar Europees recht : een noodzakelijke beperking om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen », *T.F.R.*, n^o 419, avril 2012, pp. 329 et sq. ; E.-J. NAVEZ, « Le traitement fiscal du transfert de résidence face à la liberté d'établissement des sociétés en droit de l'UE — De *Daily Mail* à *National Grid Indus* : évolution, révolution et au-delà ? », *C.D.E.*, n^o 2011/3, pp. 611 à 658.

(10) Voy. l'arrêt *Cartesio*, précité, point 112. Dans le cadre d'une opération de transfert transfrontalier du siège social, la marge de manœuvre de l'État d'émigration est donc désormais plus clairement définie : « *L'État de sortie est en principe tenu, au regard du droit de l'Union, d'autoriser l'émigration de la société constituée en vertu de son droit. Il dispose uniquement du pouvoir de décider s'il autorise la société à conserver, de surcroît, sa qualité de société relevant du droit national dudit État* » (Conclusions de l'avocat général J. KOKOTT précédant CJUE, 29 novembre 2011, aff. C-371/10, *National Grid Indus*, non encore publié au *Recueil*, point 35).

munautarisée »(11). La portée exacte de cet enseignement était toutefois incertaine sous l'angle du droit d'immigration, parce qu'il pouvait être interprété comme autorisant un État membre d'accueil à s'opposer, d'une manière discrétionnaire, à la transformation transfrontalière d'une société de droit étranger en une société soumise au droit local(12).

6. — L'arrêt *VALE* était donc principalement attendu parce qu'il devait permettre à la Cour de justice de préciser, du point de vue du droit d'entrée cette fois, si une société soumise à la législation d'un État membre doit être autorisée, tout en conservant le bénéfice de sa personnalité juridique(13), à s'émanciper du rattachement à la loi qui la régit en déplaçant son siège social dans un autre État membre pour y adopter une forme sociale locale, soumise à la loi de l'État membre d'accueil. En d'autres termes, la Cour de justice était amenée à indiquer si — et dans quelle mesure — une telle opération, constitutive d'une transformation transfrontalière(14), peut être comprise dans les modalités particulières d'exercice de la liberté d'établissement.

Sans surprise, la juridiction européenne a répondu par l'affirmative à cette question, confirmant ainsi la jurisprudence *Sevic*(15) et les promesses de l'arrêt *Cartesio*(16).

Par conséquent, le régime général des entraves trouve donc à s'appliquer aux dispositions relevant de la loi de l'État d'accueil, lequel demeure cependant libre de déterminer les règles de droit matériel et de droit international privé devant être res-

(11) M. MENJUCQ, « Les possibilités de transfert de siège social au sein de la Communauté européenne », *JCP G*, 2009, II, 10027.

(12) Voy., à propos des divergences d'interprétation qu'appelait le point 112 de l'arrêt *Cartesio*, K. MARESCAU, « De Grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen binnen de Europese Unie na de arresten Cartesio en Vale », *op. cit.*, n^{os} 13 à 17, et les références citées.

(13) Le maintien de la personnalité morale du groupement au cours de l'opération est crucial puisqu'à défaut de continuité de la personnalité, le « transfert » s'analyse, tout au plus, comme une dissolution, suivie d'une liquidation de la société, accompagnée de l'apport d'une créance de liquidation à une nouvelle société constituée dans l'État d'accueil.

(14) Comp. les conclusions de l'avocat général N. JÄÄSKINEN précédant l'arrêt *VALE*, précitées, point 34, où l'opération est qualifiée de « reconstitution transfrontalière d'une société ».

(15) CJUE, 13 décembre 2005, aff. C-411/03, *Sevic System*, *Rec.* p. I-10805, point 19.

(16) Voy. l'arrêt *Cartesio*, précité, point 112.

pectées par les sociétés immigrantes, désireuses d'adopter une forme sociétaire locale⁽¹⁷⁾. À cet égard, la Cour de justice a considéré que la législation d'un État membre qui autorise les transformations internes tout en interdisant, de manière générale, la transformation d'une société d'un autre État membre en société de droit national, contient une restriction prohibée à la liberté d'établissement.

7. — Dans la mesure où, en pratique, tous les États européens organisent la possibilité d'une transformation de la forme sociale en droit interne, on peut en déduire que la transformation intra-européenne des personnes morales au moyen d'un transfert trans-frontalier du siège social est une opération désormais couverte sans ambiguïté par la liberté d'établissement.

En l'état actuel du droit de l'UE, il reste que la mise en œuvre concrète de cette prérogative relève de la compétence des législateurs nationaux, ce qui n'est pas sans soulever d'importantes difficultés pratiques, compte tenu de la réticence de nombre d'entre eux à élaborer un régime juridique *ad hoc* pour cette opération.

SECTION 2. — CADRE JURIDIQUE ET FACTUEL DE L'AFFAIRE

8. — La société *VALE Costruzioni Srl* (ci-après, « VALE ») est une société à responsabilité limitée de droit italien, constituée et immatriculée au registre des sociétés de Rome en 2000.

Le 3 février 2006, VALE formula la demande d'être radiée dudit registre, car elle souhaitait transférer son siège social et son activité en Hongrie, et cesser son activité en Italie.

À la suite de cette demande, l'autorité chargée de la tenue du registre italien a procédé, le 13 février 2006, à la radiation de VALE.

Ainsi qu'il ressort de l'extrait du registre italien des sociétés, VALE a été radiée consécutivement au transfert de son siège

(17) Voy. l'arrêt annoté, point 51. Par conséquent, en présence d'un État d'accueil retenant la théorie du siège réel, la société immigrante sera tenue de faire coïncider, sur le territoire de cet État, son siège statutaire et son siège de direction effective. Dans le même sens, voy. J. VERMEYLEN, « Arrêt 'VALE Épitési' : la mobilité transfrontalière du siège statutaire est-elle un droit ? », *J.D.E.*, 2012, p. 278 ; J. L. HANSEN, « The Vale Decision and the Court's Case Law on the Nationality of Companies », *E.C.F.R.*, 2013/1, p. 10.

social et de son déménagement en Hongrie, plus précisément à Budapest.

9. — Neuf mois plus tard, soit le 14 novembre 2006, le directeur de VALE ainsi qu'une autre personne physique ont adopté, à Rome, les statuts de *VALE Építési kft* (une société de droit hongrois, ci-après « VALE Építési »), en vue d'une inscription au registre des sociétés en Hongrie.

Le représentant de VALE Építési a ensuite saisi le tribunal de commerce de Budapest d'une demande d'inscription de cette société au registre des sociétés hongrois, en précisant que VALE était le prédécesseur en droit de VALE Építési. Cette demande fut rejetée en première et en deuxième instance, au motif qu'une société constituée et enregistrée en Italie ne peut pas, en vertu du droit des sociétés hongrois, transférer son siège social en Hongrie, ni s'y faire enregistrer sous la forme demandée. Il n'est, en effet, pas possible de mentionner en tant que prédécesseur en droit une société qui n'est pas hongroise.

10. — VALE Építési saisit alors la Cour de cassation hongroise qui confirma l'appréciation de la juridiction d'appel : *« le transfert du siège social d'une société relevant du droit d'un autre État membre, en l'occurrence la République italienne, avec une reconstitution de la société selon le droit hongrois et la mention de son auteur italien, comme le demande VALE Építési, ne saurait être admise, en droit hongrois, comme une transformation, les dispositions nationales quant aux transformations ne s'appliquant qu'à des situations internes »*(18).

Tenant compte de la jurisprudence *Cartesio*, la juridiction de renvoi a cependant exprimé un doute quant à la conformité de la législation hongroise aux articles 49 et 54 TFUE (anciennement, art. 43 et 48 CE) qui garantissent la liberté d'établissement des sociétés dans l'espace européen.

11. — Dans ce contexte, la Cour suprême hongroise a décidé de surseoir à statuer et d'interroger la Cour de justice de l'UE afin de savoir, en substance, si les articles 49 et 54 TFUE s'opposent à une réglementation nationale qui, tout en prévoyant pour les sociétés de droit interne la faculté de se transformer, ne permet pas la transformation d'une société relevant du droit d'un autre

(18) Voy. l'arrêt annoté, point 15.

État membre en société de droit national au moyen de la constitution de cette dernière(19).

En deuxième lieu, la juridiction de renvoi se demandait si un État membre d'accueil est en droit d'appliquer à une transformation transfrontalière les dispositions de son droit national régissant la constitution et le fonctionnement d'une société pour refuser la mention de « prédécesseur en droit », et savoir dans quelle mesure il est contraint, lors de la procédure d'enregistrement de la société, de tenir compte des documents émanant des autorités de l'État membre d'origine(20).

SECTION 3. — EXAMEN DU RAISONNEMENT SUIVI
PAR LA COUR DE JUSTICE

§ 1. — *L'applicabilité généreuse des articles 49 et 54 TFUE*

12. — À la lecture de la décision commentée, l'on pourrait, de prime abord, s'étonner que la Cour de justice ait considéré recevable le renvoi préjudiciel, dans la mesure où l'opération projetée par VALE Épitési concernait une société de droit italien ayant, très probablement, perdu sa personnalité juridique du fait de sa radiation du registre des sociétés italiens, préalablement à la transformation proprement dite(21).

Dans ces conditions, la question posée par la juridiction de renvoi serait hypothétique et susceptible d'entraîner l'irrecevabilité des questions posées.

13. — D'autre part, l'applicabilité de la liberté d'établissement à une situation telle que celle rencontrée dans le cas d'espèce peut également surprendre dans la mesure où la validité du rattachement d'une société à la loi d'un État membre est, en principe, un préalable au bénéfice de la liberté d'établissement.

En effet, si, par « assimilation » aux personnes physiques(22), l'article 54 TFUE étend et modalise la liberté d'établissement au

(19) Voy. *ibidem*, point 23.

(20) Voy. *ibidem*, point 42.

(21) Dans le même sens, S. FRANCO, obs. sous CJUE, 12 juillet 2012, aff. C-378/10, *Vale, J.D.I.* (Clunet), 2013, chron. 4, pp. 622 et 624.

(22) Y. LOUSSOUARN, « Le droit d'établissement des sociétés », *R.T.D.E.*, 1990, pp. 229-230. C'est ainsi que « les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application

profit des groupements poursuivant un but lucratif, les sociétés ne peuvent en bénéficier que si elles respectent une double exigence prescrite par cette disposition, à savoir celle de la *légalité* et celle de l'*appartenance*.

La première renvoie à la nécessité d'une constitution valide de la société suivant le droit d'un État membre, tandis que la seconde impose la localisation, à l'intérieur de l'Union, du siège statutaire, de l'administration centrale, ou du principal établissement de la société(23).

Faisant écho à ces exigences, la Cour de justice a confirmé, dans sa jurisprudence récente, qu'en l'état actuel du droit de l'Union, le bénéfice de la liberté d'établissement passe nécessairement par la médiation du droit national d'un État membre(24). Ainsi, « *la question de savoir si l'article 43 CE (actuel 49 TFUE) 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 ultérieurement* »(25).

Comme l'ont relevé plusieurs auteurs, il convient donc d'effectuer une distinction logique entre la question préalable de l'identification des bénéficiaires de la liberté d'établissement et celle du contenu des droits conférés(26). En cas de réponse négative à la

des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres » (voy. not. CJUE, 29 novembre 2011, aff. C-371/10, point 25). L'examen de la jurisprudence européenne témoigne cependant du caractère très imparfait de cette assimilation, en particulier si l'on compare l'étendue de leur capacité juridique respective. Sur cette question, voy. not. E.-J. NAVEZ et B. GODDIN, « L'évolution du principe de liberté d'établissement dans l'espace européen et ses influences sur le DIP belge des personnes morales », *op. cit.*, pp. 315-316, et les références citées.

(23) J.-F. BELLIS, G. GODDIN, L. et M. DONY, « Droit économique de la Communauté européenne — Examen de jurisprudence (1993 à 2005) », *R.C.J.B.*, 2007/2, p. 334.

(24) En ce sens, voy. S. FRANCO, note sous CJCE, 16 décembre 2008, aff. c-210/06, *Cartesio*, *J.D.I.* (Clunet), avril-mai-juin 2009, p. 686.

(25) Voy. l'arrêt *National Grid Indus*, précité, points 26 et 27 ; CJUE, 16 décembre 2008, C-210/06, *Cartesio*, *Rec.*, 2008, p. I-9641, points 109 et 110.

(26) S. FRANCO, *op. cit.*, p. 686.

première de ces questions, la Cour de justice se trouve, en effet, automatiquement dispensée d'examiner l'existence d'une restriction éventuelle à la liberté d'établissement dans la disposition nationale en cause. Ce raisonnement s'appuie sur deux principes consacrés simultanément par le Cour de justice et qui reçoivent une application à géométrie variable(27) : la *théorie de la fiction* de la personnalité morale et le *principe de neutralité* vis-à-vis des règles de rattachement des sociétés à leur ordre juridique national(28).

14. — Dans la décision commentée, la Cour de justice a conféré une portée très libérale à ses enseignements antérieurs consacrés à la détermination du champ d'application personnel de la liberté d'établissement, ce qui ne manque pas d'étonner les commentateurs.

En se repliant derrière le principe de la répartition des compétences entre les juridictions nationales et la juridiction européenne(29), la Cour a pu qualifier l'opération en cause de « transformation transfrontalière », sans tenir compte du fait qu'une période de plus de 11 mois séparait la radiation de VALE du registre des sociétés italien et la demande d'enregistrement de VALE Épitési au registre des sociétés hongrois ! Il découle pourtant explicitement de l'article 54, al. 2 TFUE que les groupements dépourvus de personnalité morale — et donc, *a fortiori*, de rattachement national valable — ne peuvent se prévaloir de la liberté d'établissement garantie par cette disposition(30).

(27) Sur le contenu de ceux-ci, voy. A. AUTENNE et E.-J. NAVEZ, « *Cartesio* — Les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisités », *C.D.E.*, 2009, p. 99. Voy. aussi G. GODDIN et B. GODDIN, « Arrêt *Cartesio* : l'étendue de la liberté d'établissement pour les sociétés 'émigrantes' », *J.D.E.*, 2009, p. 77. Pour l'analyse de la théorie de la fiction, voy. not. G. PANOPOULOS, « Pour une nouvelle compréhension du droit international des sociétés à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice : du conflit de lois au conflit d'autorités », *C.D.E.*, 2006, p. 719.

(28) Ces deux principes ont encore été réaffirmés dans l'arrêt annoté, points 27 à 29.

(29) La Cour indique ainsi qu'il ne lui appartient pas de vérifier l'exactitude du cadre réglementaire et factuel défini, sous sa seule responsabilité, par le juge national, dès lors que celui-ci bénéficie d'une présomption de pertinence (voy. l'arrêt annoté, points 18 et 19).

(30) Dans le même sens, voy. J.-M. BISCHOFF, « Article 58 », in *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, p. 307, n° 10. Comp. les conclusions de l'avocat général N. JÄÄSKINEN précédant l'arrêt VALE, présentées le 15 décembre 2011, point 48, qui énonce que « *quand bien même cette entité aurait perdu sa personnalité morale selon le droit italien et son successeur ne l'aurait pas encore acquise selon le droit hongrois, VALE Épitési ou ses associés devraient pouvoir invoquer la liberté d'établissement en Hongrie en* ».

Ensuite, après avoir rappelé la formule désormais consacrée d'après laquelle « *un État membre dispose (...) 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* » (31), la juridiction européenne a confirmé l'enseignement des arrêts *Sevic Systems* et *Cartesio* selon lequel, *ratione materiae*, les opérations de transformation de sociétés relèvent, en principe, des activités économiques pour lesquelles les États membres sont tenus au respect de la liberté d'établissement (32). Du même coup, la Cour a levé l'incertitude entourant de la portée de son *obiter dictum* contenu au point 112 de l'arrêt *Cartesio* qui avait, certes, consacré le droit à la transformation transfrontalière dans son volet émigration, en semblant y poser une réserve, à savoir le fait que la législation du pays d'immigration permette l'opération. Au vrai, cette expression était seulement destinée à rappeler — d'une manière peu opportune — le principe de la fiction en

vue d'y continuer une activité économique, telle que définie dans les statuts de la société radiée et dans les statuts de celle en formation ». Contrairement à ce que prescrit l'article 54 TFUE, l'avocat général adopte une position excessivement libérale, en indiquant qu'« *aux fins de l'application des dispositions du droit de l'Union sur la liberté d'établissement, les réalités de la vie économique pratique devraient avoir davantage de poids que les aspects théoriques du droit des personnes morales* » ; ces derniers étant ramenés au rang de « *débats métaphysiques* » (voy. les conclusions précitées, point 46). Comme l'a justement relevé S. FRANCO, « *la question peut être réglée en considérant qu'est en cause la liberté des personnes physiques souhaitant créer une société de droit hongrois, mais il s'agit alors, non pas de la liberté d'établissement d'une société existante, souhaitant se transformer en une société relevant du droit d'un autre État membre, mais de la liberté d'une personne physique souhaitant créer une (nouvelle) société sur le territoire d'un autre État membre. Autrement dit, considérer le particulier comme titulaire du droit d'établissement écarte la possibilité d'une continuité entre les personnes morales, pourtant sollicitée en l'occurrence* » (obs. sous CJUE, 12 juillet 2012, aff. C-378/10, *Vale*, J.D.I. (Clunet), 2013, chron. 4, p. 625).

(31) Voy. l'arrêt annoté, point 29 ; l'arrêt *National Grid Indus*, précité, point 26 ; l'arrêt *Cartesio*, précité, point 110.

(32) Voy. l'arrêt annoté, point 24 et, en particulier, l'arrêt *Sevic Systems*, précité, point 19, qui énonce que « *les opérations de fusions transfrontalières, à l'instar des autres opérations de transformation de sociétés, répondent aux nécessités de coopération et de regroupement entre sociétés établies dans des États membres différents. Elles constituent des modalités particulières d'exercice de la liberté d'établissement, importantes pour le bon fonctionnement du marché intérieur, et relèvent donc des activités économiques pour lesquelles les États membres sont tenus au respect de la liberté d'établissement prévue à l'article 43 CE* ». Voy. encore l'arrêt *Cartesio*, précité, point 112.

vertu duquel une société n'a d'existence qu'à travers la législation qui « permet » sa constitution, et moyennant le respect des conditions que celle-ci détermine(33).

15. — En dépit de ce qui précède, la loi d'un État membre d'émigration qui prévoit une procédure de transformation interne sans autoriser la transformation d'une société « étrangère » en société locale rentre dans le champ d'application de la liberté d'établissement, de sorte que sa conformité au droit de l'UE doit être analysée à la lumière des articles 49 et 54 TFUE(34).

§ 2. — *L'interdiction de la transformation transfrontalière est constitutive d'une restriction à la liberté d'établissement*

16. — D'emblée, la Cour de justice a indiqué qu'en organisant une procédure de transformation au bénéfice exclusif des sociétés de droit hongrois, et en déniaient une telle possibilité aux sociétés régies par un droit étranger, la législation hongroise instaure une différence de traitement selon la nature interne ou transfrontalière de la transformation, laquelle est susceptible de décourager les sociétés dont le siège social est situé dans un autre État membre d'exercer leur liberté de s'établir en Hongrie(35).

17. — Le raisonnement suivi par la Cour de justice dans cette affaire n'était pas sans rappeler celui qui fut développé dans *Sevic Systems* à l'égard de la fusion transfrontalière : « *dans la mesure où, en application des règles nationales, le recours à un tel moyen de transformation des sociétés n'est pas possible dès lors que l'une de celles-ci a son siège dans un État membre autre que la République fédérale d'Allemagne, le droit allemand instaure une différence de traitement entre sociétés selon la nature interne ou transfrontalière de la fusion, qui est de nature à les dissuader d'exercer la liberté d'établissement consacrée par le traité* »(36).

(33) Arrêt annoté, point 32.

(34) Dans le même sens, voy. les conclusions de l'avocat général N. JÄÄSKINEN précédant l'arrêt *VALE*, précitées, point 68, qui énonce que « *la reconstitution transfrontalière d'une société, alliée à un changement de droit applicable, constitue ainsi une modalité particulière d'exercice de la liberté d'établissement comparable à des opérations de fusion transfrontalière. Une telle reconstitution relève donc des activités économiques pour lesquelles les États membres sont tenus au respect de la liberté d'établissement prévue à l'article 49 TFUE* ».

(35) Voy. l'arrêt annoté, point 36.

(36) Voy. l'arrêt *Sevic Systems*, précité, point 22.

18. — En dépit de la présence d'une restriction de principe, la Cour de justice est normalement susceptible d'admettre que certaines limitations soient apportées à la liberté d'établissement des sociétés, à condition *(i)* qu'elles s'appliquent de manière non discriminatoire, *(ii)* qu'elles soient justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, *(iii)* qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et *(iv)* qu'elles n'aillent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre(37).

Comme l'a rappelé la haute juridiction dans la décision commentée, les raisons impérieuses d'intérêt général peuvent consister en la protection des intérêts des créanciers, des associés minoritaires et des salariés(38), ainsi que la préservation de l'efficacité des contrôles fiscaux et de la loyauté des transactions commerciales(39).

En l'espèce, la restriction contenue dans la législation hongroise ne pouvait cependant être justifiée, dès lors que celle-ci refusait, d'une manière générale, les transformations transfrontalières.

19. — Il semble également que la lutte contre l'abus de droit doit être traitée comme une raison d'intérêt général admissible(40). L'on peut, en effet, concevoir qu'une société souhaite se prévaloir de la liberté d'établissement garantie par le TFUE dans des situations considérées comme abusives, à la faveur d'une « fraude à la loi », d'un « montage purement artificiel » ou d'un « comportement abusif ou frauduleux »(41) contraires aux objectifs du droit de l'UE(42).

(37) Voy. l'arrêt *Centros*, précité, point 34 ; l'arrêt *Inspire Art*, précité, point 133.

(38) Voy. l'arrêt *Überseering*, précité, point 92.

(39) Voy. l'arrêt annoté, point 39 ; l'arrêt *Sevic Systems*, précité, points 28 et 29 ; l'arrêt *Inspire Art*, précité, point 132.

(40) M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 444 et 445 qui rappelle que « si l'argument est souvent attaché à une mesure fiscale, il ne se limite pas à cette matière ».

(41) Voy., en ce qui concerne spécialement la matière fiscale, C. AMAND, « Abus de droit, fraude à la loi et pratiques abusives. Approche européenne et belge », *R.G.C.F.*, 2009/3, p. 180. Sur l'abus du droit de l'UE, voy. L. DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, op. cit., pp. 751 et sq. ; D. WEBER, *Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms, A study of the Limitations under the European Law to the Prevention of Tax Avoidance*, Eucotax, Law International, Kluwer, 2005 ; J. MALHERBE, *L'abus de droit en droit fiscal comparé*, Rapport au colloque « Abuso di diritto », Université Luiss, Rome, juillet 2008 ; D. TRIANTAFYLLOU, « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *C.D.E.*, 2002, pp. 611 et sq. ; M. COZIAN, « What is abuse of law ? », *Intertax*, 1991, pp. 103-107.

(42) Comp., sous l'angle de la prise en considération de l'abus par la Cour de justice, l'arrêt *Centros*, précité, points 26, 27 et 39 ; l'arrêt *Inspire Art*, précité,

À cet égard, une évolution semble s'être amorcée depuis quelques années.

Dans les premières décisions consacrées à la liberté d'établissement des sociétés, en particulier les arrêts *Centros* et *Inspire Art*, la notion d'abus ou de fraude avait fait l'objet de simples réserves formelles(43).

D'autres décisions plus récentes, essentiellement rendues en matière fiscale, ont cependant donné une portée plus concrète à cette notion. Dans l'une des plus célèbres d'entre elles, à savoir l'arrêt *Cadbury Schweppes*, la Cour de justice a dit pour droit que dans une situation transfrontalière relevant de la fiscalité directe, les mesures anti-évasion fiscale ne peuvent être justifiées qu'aux fins de lutter contre les montages purement artificiels ayant pour but exclusif de contourner une législation fiscale nationale(44). À l'inverse, si l'exercice de la liberté de circulation s'accompagne effectivement d'une « réalité économique », il ne peut, en principe, être question d'abus du droit de l'UE.

Dans la décision commentée, la Cour de justice a insisté sur cette exigence de substance économique en rappelant que « *la notion d'établissement (...) implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans l'État membre d'accueil pour une durée indéterminée. Elle suppose, par conséquent, une implantation réelle de la société concernée dans cet État et l'exercice d'une activité économique effective dans celui-ci* »(45). Concrètement, la juridiction européenne s'est toutefois contentée d'indiquer qu'il incombe à la juridiction de

point 143 ; CJUE, 12 septembre 2006, aff. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, Rec. I, p. 376, point 51. L'on relèvera également que dans ses conclusions précédant l'arrêt *Cartesio*, l'avocat général MADURO a pu indiquer que l'affaire *Cadbury* « *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 présentées le 22 mai 2008, point 29).

(43) S. FRANCO, note sous CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, J.D.I. (Clunet), avril-mai-juin 2007, p. 659 et les références citées, notamment E. CORNUT, « Forum shopping et abus de droit en droit international privé », J.D.I., 2007, p. 27.

(44) CJCE, 16 juillet 1998, aff. C-264/96, *ICI*, Rec., p. I-4695, n° 26 ; CJCE, 12 décembre 2002, aff. C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, Rec., p. I-11779, n° 37 ; CJCE, 11 mars 2004, aff. C-9/02, *de Lasteyrie du Saillant*, Rec., p. I-2409, n° 50 ; CJCE, 12 septembre 2006, aff. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, Rec. I, p. 376, n° 51.

(45) Voy. l'arrêt annoté, point 34.

renvoi de vérifier la réalité de l'implantation de la société en cause.

§ 3. — *La mise en œuvre du droit à la transformation transfrontalière dans l'État membre d'accueil*

20. — Dans la mesure où le droit européen dérivé ne contient pas, à l'heure actuelle, de réglementation spécifique consacrée au transfert transfrontalier du siège social des sociétés, la Cour de justice a rappelé que la mise en œuvre de cette prérogative ne peut intervenir qu'en appliquant consécutivement la législation des deux États membres concernés(46), pour autant toutefois que les dispositions nationales concernées ne heurtent pas la liberté d'établissement garantie par le droit de l'UE(47).

Pour rappel, l'une des principales implications de cette liberté est le droit de bénéficier d'une égalité de traitement dans l'État membre d'accueil, par rapport aux sociétés locales.

21. — Afin de se conformer à cette exigence, l'État d'accueil est tenu d'organiser la transformation d'une société de droit étranger en une société locale en respectant les principes d'*équivalence* et d'*effectivité* qui encadrent traditionnellement l'autonomie procédurale dont jouissent les États membres en cette matière(48).

D'après le premier d'entre eux, un État membre ne peut traiter les transformations transfrontalières d'une manière moins favorable que les opérations similaires de nature interne(49).

Corrélativement, le principe d'équivalence autorise également un État membre à imposer à une société candidate à la transformation transfrontalière les mêmes exigences que celles qui sont

(46) Voy. l'arrêt annoté, points 43 et 49.

(47) Voy. l'arrêt annoté, point 47.

(48) Comme l'a justement relevé S. FRANCQ, l'invocation de ces principes n'était cependant nullement nécessaire, dès lors qu'un simple examen fondé sur le régime de l'entrave eût mené au même résultat (obs. sous CJUE, 12 juillet 2012, aff. C-378/10, *Vale*, *J.D.I.* (Clunet), 2013, chron. 4, p. 630).

(49) À titre d'exemple, la Cour a rappelé que le refus par les autorités d'un État membre de mentionner, dans le registre des sociétés, la société de l'État membre d'origine en tant que « prédécesseur en droit » de la société transformée n'est pas compatible avec le principe d'équivalence s'il est procédé à l'inscription d'une telle mention de la société prédécesseur à l'occasion des transformations internes (voy. l'arrêt annoté, point 56).

prévues pour les transformations internes, notamment en matière de continuité juridique et économique.

22. — En vertu du principe d'effectivité, la législation de l'État membre d'accueil ne peut aboutir à rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile le droit à la transformation transfrontalière.

Il résulte notamment de ce principe que dans le cadre de la procédure d'enregistrement au registre des sociétés, l'État d'accueil sera contraint de tenir compte des documents sociaux émanant des autorités de l'État membre d'origine⁽⁵⁰⁾. Ceux-ci sont, en effet, les seuls à même de permettre à la société concernée de démontrer que les conditions auxquelles l'émigration est soumise dans l'État d'origine ont été respectées, et que sa personnalité juridique se trouve maintenue⁽⁵¹⁾.

« L'effectivité impose, par conséquent, de mettre à la charge des autorités de l'État d'accueil une obligation de "reconnaissance mutuelle" des documents établis par les autorités de l'État d'origine » afin de « permettre à la société de faire la preuve de son identité juridique d'origine et, en particulier, de sa personnalité juridique »⁽⁵²⁾.

23. — Dans la pratique, une transformation transfrontalière réalisée par le biais d'un transfert intra-européen du siège social donnera concrètement lieu à une (espèce de) constitution de société, conformément au droit de l'État membre d'accueil⁽⁵³⁾.

En l'absence de régime juridique *ad hoc* en droit hongrois, il était donc permis de s'interroger sur la réglementation à respecter dans cet État : doit-on, concrètement, calquer la procédure de transformation transfrontalière sur celle qui est prévue pour la constitution d'une société nouvelle, ou plutôt sur celle qui s'applique à la transformation interne des sociétés ?

(50) Voy. l'arrêt annoté, point 61.

(51) Voy. l'arrêt annoté, points 58 à 61.

(52) M. HO-DAC, « Un pas supplémentaire en faveur de la mobilité européenne des sociétés : le droit au transfert de siège social avec changement de droit applicable », *R.A.E.-L.E.A.*, 2012/3, p. 659.

(53) Voy. l'arrêt annoté, point 51. Une ambiguïté résulte cependant du fait que l'opération projetée se distingue de la constitution *ex nihilo* d'une nouvelle société, compte tenu de la continuité juridique et économique qui la caractérise nécessairement.

Dans *VALE*, la Cour de justice semble s'être prononcée en faveur de l'application des dispositions relatives à la transformation interne(54).

À cet égard, l'avocat général N. JÄÄSKINEN a pu indiquer qu'il incombe à la société immigrante « *de satisfaire à l'ensemble des conditions que la législation nationale impose à une société à responsabilité limitée en ce qui concerne, par exemple, le capital social, les associés et le contenu des statuts. De surcroît, l'État membre d'accueil peut exiger, pour pouvoir vérifier le transfert des actifs et des passifs à la nouvelle société, une continuité comptable entre les sociétés et requérir que le bilan d'ouverture de la société à constituer corresponde au bilan de clôture de la société prédécesseur* ». En outre, « *ledit État membre peut demander que les actifs et les passifs de la société soient recensés et vérifiés par un réviseur afin de s'assurer du respect des règles relatives au capital social* »(55).

24. — En définitive, il apparaît donc que la liberté d'établissement ne s'oppose pas — sous réserve du respect des principes d'équivalence et d'effectivité — à ce que l'État membre d'accueil ou d'immigration détermine librement les règles devant être respectées — tant sous l'angle du droit matériel que du droit international privé — par une société désireuse d'adopter une forme sociétaire soumise à la législation locale(56).

L'on peut donc s'attendre à voir apparaître dans la législation des États membres un régime juridique de la transformation transfrontalière qui, sous l'angle du droit d'immigration, devrait prendre une forme hybride issue du croisement entre les dispositions protectrices traditionnellement attachées à la constitution d'une société à responsabilité limitée, et les exigences du droit de l'UE, en termes d'équivalence et d'effectivité, qui imposent de tenir compte de certaines formalités accomplies dans l'État membre d'origine.

(54) Voy. l'arrêt annoté, point 52.

(55) Voy. les conclusions de l'avocat général N. JÄÄSKINEN précédant l'arrêt *VALE*, précitées, point 75.

(56) Voy. l'arrêt annoté, point 51. Dans le même sens, voy. J. L. HANSEN, « The Vale Decision and the Court's Case Law on the Nationality of Companies », *op. cit.*, p. 10 ; K. MARESCAU, « De Grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen binnen de Europese Unie na de arresten Cartesio en Vale », *op. cit.*, n^{os} 53 et 54.

SECTION 4. — LES IMPLICATIONS DE L'ARRÊT *VALE*
EN DROIT INTERNE BELGE

§ 1. — *La consécration traditionnelle de la faculté
d'immigration des sociétés de droit étranger*

25. — Rompant avec la rigueur de la théorie des éléments essentiels qui condamnait les sociétés à la sédentarité en énonçant l'intangibilité de la *lex societatis*, la Cour de cassation a admis, dans son célèbre arrêt *Lamot*, la continuité de la personnalité morale en cas de déplacement, en Belgique, du principal établissement d'une société constituée sous l'empire d'un droit étranger⁽⁵⁷⁾.

Ainsi, « *il ne résulte d'aucune disposition de la loi belge que du seul fait du transfert de son principal établissement dans les conditions susdites, pareille société aurait cessé, au regard de la loi belge, d'être une personne juridique* ».

Cet arrêt précise qu'une société constituée à l'étranger qui transfère son principal établissement en Belgique peut se prévaloir du maintien de sa personnalité juridique et devenir « belge » (lire « de droit belge »), à condition que la loi de son État d'origine admette l'opération sans dissolution, et moyennant le respect des conditions imposées par le droit belge pour considérer qu'une personne morale est régulièrement constituée.

26. — Cette conclusion est désormais confirmée par les articles 110 et 112 du Code de droit international privé qui formalisent, dans une large mesure, la solution prétorienne.

En prévoyant que « *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* », l'article 112, alinéa 1^{er}, du Code de droit international privé codifie, en effet, l'enseignement dégagé par la Cour de cassation dans sa jurisprudence *Lamot*. Il consacre un rattachement de type cumulatif en posant qu'une société ne

(57) Cass. (1^e ch.), 12 novembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 336 ; *Revue*, 1966, p. 136, avec concl. de M. le procureur général F. DUMON, alors l'avocat général ; *R.C.J.B.*, 1966, p. 392, note J. VAN RYN, « Conséquences juridiques du transfert en Belgique du siège social d'une société étrangère et du transfert à l'étranger du siège social d'une société belge », pp. 399 *et sq.* ; *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1967, p. 506, note Y. LOUSSOUARN, pp. 510 *et sq.*

conserve le bénéfice de sa personnalité juridique, en cas de transfert de son établissement principal, que si celui-ci est admis sans dissolution par le droit des deux États en présence(58).

L'alinéa 2 de l'article 112 du Code de droit international privé confirme, quant à lui, le principe de l'application distributive dans le temps de la *lex societatis* de l'État d'origine et d'accueil.

Schématiquement, il apparaît qu'en vertu du droit belge, une société étrangère doit être autorisée à déplacer son siège social en Belgique en conservant le bénéfice de sa personnalité morale si (i) la législation de l'État où celle-ci est établie (l'État d'origine) autorise un tel déplacement sans dissolution et si (ii) ladite société se conforme aux exigences impérativement imposées par le droit belge (l'État d'accueil) aux sociétés constituées sur son territoire, à savoir essentiellement l'adaptation de ses statuts au Code des sociétés et le dépôt de ceux-ci au greffe du tribunal de commerce(59).

§ 2. — *La délicate mise en œuvre du droit à la transformation transfrontalière des sociétés en droit interne*

27. — Contrairement à ce que l'on a parfois affirmé(60), il semble que le critère de rattachement prévu par l'article 112 Code de droit international privé soit compatible avec la méthode de coordination suggérée par la Cour dans l'arrêt *VALE*(61).

Posant la première pierre d'une future réglementation européenne dédiée à la transformation transfrontalière, cette décision préfigure, en effet, une solution permettant de résoudre le conflit

(58) F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 986 ; G. GODDIN et B. GODDIN, *op. cit.*, p. 78.

(59) En ce sens, D. PASTEGER, « Droit international privé », in *Droit international et européen des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 58, p. 45. À l'inverse, une société belge est autorisée à déplacer son siège social à l'étranger sans que l'opération n'entraîne une déchéance de sa personnalité morale si (i) la décision de transfert est régulièrement prise par les organes compétents et que (ii) la législation de l'État d'établissement (l'État d'accueil) accepte également la possibilité d'un tel transfert sans discontinuité de la personnalité juridique (D. PASTEGER, *op. cit.*, n° 64, p. 50).

(60) E.-J. NAVEZ et B. GODDIN, « L'évolution du principe de liberté d'établissement dans l'espace européen et ses influences sur le DIP belge des personnes morales », *op. cit.*, p. 339.

(61) Voy. l'arrêt annoté, point 44.

mobile qui surgira lors de la modification du facteur de rattachement de la société à la loi appelée à la régir(62).

Ainsi, la Cour semble avoir indirectement consacré le principe d'une application distributive des lois de l'État d'émigration et d'immigration à l'opération de transformation envisagée(63).

28. — L'article 112, alinéa 2, du Code de droit international privé adopte une solution similaire puisqu'il résout le conflit mobile suscité par le transfert du siège social en retenant « *la loi désignée en fonction de la concrétisation actuelle du facteur de rattachement pertinent* »(64).

Concrètement, cette solution peut se traduire d'une manière assez simple, comme l'a indiqué M. MENJUCQ : « *le départ de l'État d'origine doit s'effectuer dans les conditions prévues par ce droit alors que l'accueil du siège et l'acquisition d'une nouvelle forme sociale dans l'État membre d'arrivée doivent se conformer au droit de ce dernier État* »(65).

(62) Voy., à cet égard, M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 3^e éd., *op. cit.*, n° 435, p. 438.

(63) Voy. l'arrêt annoté, points 42 à 44, où la Cour évoque « l'application consécutive de deux droits nationaux ». Dans le même sens, J. L. HANSEN, « The Vale Decision and the Court's Case Law on the Nationality of Companies », *op. cit.*, p. 10. Comp. S. FRANCO, qui indique que le principal enseignement de l'arrêt, sous l'angle du droit international privé, réside dans la formulation d'une règle de conflit de systèmes (obs. sous CJUE, 12 juillet 2012, aff. C-378/10, *Vale*, *J.D.I.* (Clunet), 2013, chron. 4, pp. 630-631). Par contraste avec la règle de conflit de lois, la règle de conflit de système présente la particularité de faire référence au droit international privé des États concernés, en ce compris leurs règles de conflits de lois.

(64) F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 990, n° 16.21.

(65) M. MENJUCQ, « Transformation transfrontalière : la CJUE poursuit son action militante pour pallier la carence de la Commission européenne ! », *JCP G*, 8 octobre 2012, n° 41, p. 1091. Comme le précise également cet auteur, « *il existe, en matière de transfert, deux étapes simultanées, la perte du siège social et l'acquisition d'un nouveau dans l'État d'accueil qui se manifestent par la décision de transfert et l'adaptation des statuts. Si la perte du siège ressort de la compétence de la loi d'origine, l'acquisition ne saurait écarter la compétence de l'État d'implantation sous peine de ne pas remplir les conditions de validité de constitution. On détermine donc distributivement le domaine des deux lois, la décision de transfert étant gouvernée par la loi d'origine, les statuts étant adaptés selon les conditions de la loi du nouveau siège* » (M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 3^e éd., *op. cit.*, n° 435, p. 439). Dans le même sens, C. KLEINER indique que « *les deux lois sont cumulativement applicables même si chacune régit des questions différentes : la loi de l'État de départ gouverne les conditions de sortie de son territoire, la loi de l'État d'accueil régit les conditions d'entrée sur son territoire, c'est-à-dire les conditions de la reconnaissance de la personnalité morale, l'adaptation de ses*

29. — Au vrai, l'apparente simplicité d'un tel rattachement opérant de manière distributive dans le temps ne doit pas occulter le fait qu'il n'existe pas de cloisonnement du domaine respectif de la loi de l'État de départ et de celle de l'État d'accueil.

Comme la Cour de justice semble l'admettre(66), certains aspects de la procédure de transfert obéissent à un rattachement cumulatif aux deux lois en présence.

En particulier, il en est ainsi de la question de l'admissibilité du transfert du siège social et du maintien de la personnalité morale de la société concernée (voy. l'art. 112, alinéa 1^{er}, du Code de droit international privé)(67).

30. — Le principe du transfert sans dissolution doit, dès lors, être accepté par chacune des lois en présence, de sorte que « *la "sortie" d'un ordre juridique ne peut avoir lieu que si "l'entrée" dans un autre est valable* »(68).

Corrélativement, « *l'interdiction posée par la loi de l'État de départ, quand bien même la loi de l'État d'accueil autoriserait le transfert, empêche que l'opération se réalise* »(69).

Pour cette raison, C. KLEINER a préconisé que la radiation du registre des sociétés dans l'État d'origine n'intervienne qu'une fois obtenue la preuve que la personne morale continuera d'exister dans un autre État(70).

Plus généralement, il faut sans doute admettre que la transformation transfrontalière exige, davantage que toute autre opération de réorganisation internationale, un degré élevé de dialogue entre les deux États concernés qui se reflète à travers la méthode de règlement du conflit de lois auquel elle donne lieu. « *La validité d'un transfert de siège est donc soumise au triple jeu d'une*

statuts à l'une des formes prévues par l'État d'accueil et les conditions de son enregistrement et de publicité » (« Le transfert de siège social en droit international privé », § 4, *J.D.I.*, avril-mai 2010, p. 324, n° 19).

(66) Voy. l'arrêt annoté, précité, points 58 à 61.

(67) L'on rappellera, à cet égard, que si les arrêts *Cartesio* et *VALE*, précités, ont consacré le principe de la transformation transfrontalière au moyen du transfert intra-européen du siège social, un État membre (d'émigration ou d'immigration) pourrait toujours s'y opposer en invoquant, au cas par cas, une raison impérieuse d'intérêt général.

(68) C. KLEINER, « Le transfert de siège social en droit international privé », *op. cit.*, p. 324, n° 19.

(69) *Ibidem.*

(70) *Ibidem.*, p. 326, n° 21.

règle de conflit de lois désignant la loi de départ, de la prise en considération par celle-ci de l'autorisation de "l'immigration" de la société par la loi d'accueil sur son territoire, et de la méthode de la reconnaissance mise en œuvre par la loi d'accueil » (71).

31. — Une fois résolue la question de la loi applicable à l'opération projetée, il convient de s'interroger sur les règles de droit matériel qui doivent être respectées par une société de droit étranger, désireuse de se soumettre à la loi belge en adoptant une forme sociétaire prévue par le Code des sociétés (voy. l'art. 2, § 2, C. soc.).

À cet égard, il est frappant d'observer que si la problématique du transfert transfrontalier du siège social est connue du droit international privé, elle ne bénéficie pas d'un régime juridique *ad hoc* en droit des sociétés.

Le principe du maintien de la personnalité morale des sociétés à l'issue d'une transformation transfrontalière n'est pas même affirmé explicitement dans le droit matériel belge. Il en résulte une insécurité juridique importante qui contraint les praticiens à s'inspirer bon gré mal gré des règles de droit matériel qui sont prévues en matière de constitution et de transformation purement internes (72).

Dans un premier temps, afin de mener à bien l'opération, le notaire belge devrait, selon nous, se faire produire une expédition de l'assemblée générale de la société de droit étranger, réalisée dans l'État d'émigration, afin de s'assurer de la validité de la décision de transfert et de soumission de la société à la loi belge, et confirmant le maintien de sa personnalité juridique à cette occasion (73). Dans un deuxième temps, le notaire belge procédera à l'adaptation des statuts sociaux aux exigences du droit belge, conformément aux dispositions prévues par le Code des sociétés à l'égard de la forme sociétaire retenue.

Plusieurs inconnues entourent cependant la procédure à suivre, notamment quant aux formalités dont le respect peut être imposé

(71) *Ibidem.*

(72) Pour un examen de la procédure à suivre, voy. not. S. MAQUET et E.-J. NAVEZ, « Le transfert transfrontalier du siège social des sociétés commerciales et ses implications dans la pratique notariale », in *Droit des affaires et sociétés — Actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 165 et sq.

(73) Dans le même sens, voy. G. RAUCQ, « Transfert transfrontalier du siège social d'une société », in *Questions de pratique notariale*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 372.

à la société immigrante et aux quorums de présence et de vote requis pour que l'opération soit valablement réalisée. Si l'on se réfère à la procédure prévue par le Code des sociétés pour les transformations internes (art. 774 et s. C. soc.), le notaire belge sera dans l'obligation de se faire produire *(i)* un état résumant la situation active et passive de la société, arrêté à une date ne remontant pas à plus de trois mois, *(ii)* un rapport d'un réviseur d'entreprises ou d'un expert-comptable destiné à contrôler, sous l'angle économique, l'état résumant la situation active et passive(74), et *(iii)* un rapport justificatif établi par l'organe de gestion.

L'adaptation des statuts sera normalement constatée lors d'une assemblée générale extraordinaire à laquelle devront assister — sous réserve de l'application des règles particulières prévues par l'article 781 du Code des sociétés — les associés représentant au minimum la moitié du capital social, et dont les décisions devront être adoptées à la majorité des quatre cinquième des associés présents.

L'on notera également qu'il n'existe pas de pratique uniforme sous l'angle des exigences imposées par les différents greffes des tribunaux de commerce du pays aux sociétés candidates à l'immigration, ce qui donnera souvent lieu à des discussions chronophages relatives à la qualification de l'opération et aux documents à produire.

32. — Lorsque, au contraire, une personne morale de droit belge souhaite s'émanciper de son rattachement à la loi belge pour se soumettre à la loi d'un autre État en adoptant une forme sociale étrangère, la décision devra nécessairement être prise à l'occasion d'une assemblée générale réalisée devant un notaire belge, qui *(i)* actera le transfert de son établissement principal à l'étranger(75), *(ii)* constatera le maintien de sa personnalité

(74) À cette occasion, le professionnel du chiffre « *vérifiera principalement que cet état ne présente pas de surévaluation de l'actif net. Il contrôle également que l'actif net après la transformation sera au moins égal au capital social minimum applicable à cette nouvelle forme juridique de la société, tel que prescrit par le Code des sociétés* » (« Transformation de société », brochure de l'I.R.E., disponible sur le site internet suivant : www.ibr-ire.be).

(75) Il semble cependant possible d'affirmer que la liberté d'établissement, telle qu'interprétée par la Cour de justice dans ses arrêts *Centros* et *Inspire Art*, précités, implique qu'une société de droit belge pourrait décider de se soumettre à la loi d'un autre État membre retenant le critère de l'incorporation, en déplaçant

juridique, et (iii) sa soumission à la loi de l'État d'immigration, et enfin (iv) adoptera de nouveaux statuts conformes à la loi de cet État (76).

Comme dans l'acte constatant l'immigration d'une société de droit étranger, la question de la prise d'effet du transfert à l'étranger du siège social d'une société belge se posera avec acuité. Celle-ci sera d'autant plus délicate « *si les autorités de l'État de départ exigent la preuve de son inscription — donc de la continuité de la personnalité morale — en vue de sa radiation du registre* » (77). Il en est de même lorsque — comme l'exigent parfois certains greffiers belges — une autorité de l'État d'accueil exige la preuve que la personne morale a été radiée du registre des sociétés dans l'État de départ pour procéder à son inscription au registre. Si, dans la pratique, la question se résout généralement en recourant à des conditions suspensives, celles-ci ne semblent pas à même d'assurer la stricte concordance juridique entre la radiation de la société dans l'État d'émigration et son immatriculation dans l'État d'immigration. À cet égard, seule une coordination des règles de droit matériel permettrait de surmonter la difficulté (78).

En ce qui concerne les quorums de vote et de présence à respecter pour assurer la validité des décisions de l'assemblée générale, nous sommes d'avis que l'abandon de la théorie des éléments essentiels, la prévalence d'une dimension institutionnelle dans les sociétés à responsabilité limitée, de même qu'un impératif de praticabilité plaident pour un rejet de l'exigence historique d'unanimité. Par souci de symétrie avec la règle énoncée ci-dessus à propos de l'immigration d'une société étrangère, il convient, selon nous, de se calquer sur les quorums prévus en matière de

son seul siège statutaire dans cet État. En effet, cette société étant considérée comme valablement constituée d'après le droit de son nouveau pays d'établissement (à savoir l'État d'immigration), la Belgique ne pourrait, selon nous, tirer argument de la localisation du siège réel de cette société sur son territoire pour refuser de reconnaître celle-ci (voy. en ce sens, K. MARESCEAU, « De Grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen binnen de Europese Unie na de arrest Cartesio en Vale », *op. cit.*, n° 37).

(76) G. RAUCQ, « Transfert transfrontalier du siège social d'une société », *op. cit.*, p. 371.

(77) C. KLEINER, « Le transfert de siège social en droit international privé », *op. cit.*, p. 327, n° 24.

(78) *Ibidem*.

transformation interne. Dans la pratique, si cela est réalisable, la sécurité juridique commandera toutefois d'adopter à l'unanimité la résolution portant sur la décision de transférer le siège social à l'étranger.

33. — D'un point de vue critique, on peut penser que l'application pure et simple à la transformation transfrontalière de la procédure prévue en matière de transformation transfrontalière n'est pas en mesure de garantir pleinement la protection des intérêts des actionnaires minoritaires — notamment lorsque le transfert implique une augmentation des engagements des associés —, des travailleurs, des créanciers et, plus généralement, des tiers.

Il suffit, pour s'en convaincre, de procéder à la comparaison entre ce régime et celui prévu par les articles 931 et suivants du Code des sociétés pour le transfert du siège statutaire de la société européenne (voy. aussi l'art. 8 du règlement européen n° 2157/2001 du 8 octobre 2001). Le législateur belge pourrait certainement trouver là une source d'inspiration utile dans le cadre de l'élaboration d'une réglementation spécifique à l'opération de transformation transfrontalière.

De même, il conviendrait d'apprécier si les dispositions protectrices des créanciers qui s'appliquent lors d'une fusion transfrontalière doivent être reprises et modalisées dans le cadre de la procédure de transfert transfrontalier du siège social. Il conviendra, dans ce contexte, de justifier soigneusement les éventuelles différences de traitement qui seront établies entre les hypothèses de transformation interne et intra-européenne, afin de ne pas heurter les principes d'équivalence et d'effectivité auxquels la Cour de justice a rappelé son attachement.

SECTION 5. — CONCLUSION

34. — Quoique l'on puisse en déplorer le caractère sans doute trop laconique sur le plan juridique, le raisonnement volontariste développé par la Cour de justice dans l'arrêt *VALE* illustre, une fois encore, son activisme en faveur du droit d'établissement des personnes morales, lequel contraste avec l'immobilisme du législateur européen(79).

(79) Rappelons que depuis la fin de l'année 2007, les travaux relatifs à l'élaboration d'une 14^e directive sur le transfert de siège statutaire des sociétés de capi-

Désormais, il est permis d'affirmer sans ambages que la transformation transfrontalière des sociétés via le transfert du siège social et l'adoption d'une forme sociale de l'État d'accueil est une opération couverte par la liberté d'établissement.

À présent, les sociétés valablement constituées dans un État membre de l'UE bénéficient donc, en principe, de la même vocation à la mobilité que les sociétés de type européen (SE, SCE, GEIE, SPE)(80).

Si cette évolution est certainement de nature à encourager le développement d'un phénomène de *law shopping*(81), elle semble participer du souci de la Cour de mettre en place un système de libre choix du droit applicable aux sociétés dans l'espace européen(82).

taux ont été interrompus. Dans sa résolution du 2 février 2012 (2011/2046(INI)), le Parlement européen a cependant plaidé pour la reprise des travaux. Voy. aussi la résolution du Parlement européen du 10 mars 2009 contenant des recommandations à la Commission concernant le transfert transfrontalier de siège social d'une société (2008/2196(INI)). De son côté, la Commission européenne a lancé, le 14 janvier 2013, une nouvelle consultation sur les transferts transfrontaliers des sièges statutaires des entreprises, dont les résultats devraient illustrer les coûts supportés actuellement par les entreprises qui transfèrent leur siège statutaire à l'étranger.

(80) Ces sociétés jouissent, en effet, d'une aptitude particulière à la circulation intra-européenne. Voy., pour le groupement européen d'intérêt économique, l'art. 13 du règlement (CEE) n° 2137/85 du 25 juillet 1985 du Conseil relatif à l'institution du groupement européen d'intérêt économique, *J.O.U.E.*, L 199, 31 juillet 1985, p. 1 ; pour la société européenne, l'art. 8, § 1^{er}, du règlement CE n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 portant statut de la société européenne, *J.O.U.E.*, L 294, 10 novembre 2001 ; pour la société coopérative européenne, l'art. 7 du règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne, *J.O.U.E.*, 2003, L 207, 18 août 2003. Voy. aussi la proposition de règlement du Conseil relatif au statut de la société européenne, présenté par la Commission le 25 juin 2008, COM (2008) 396, art. 35 *et sq.*

(81) Sur cette notion, et les enjeux qui y sont traditionnellement associés, voy. T. MASTRULLO, *op. cit.*, pp. 340 *et sq.*, n^{os} 750 *et s.* ; 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. NUYTS, « Forum Shopping et abus de Forum Shopping dans l'espace judiciaire européen », in *Liber Amicorum John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 245 *et sq.* ; J.-P. DEGUÉE, « "Forum Shopping", usage ou abus de la liberté d'établissement », *Revue*, 2000, n° 6799, pp. 51-83.

(82) En ce sens, voy. les conclusions de l'avocat général N. JÄÄSKINEN précédant l'arrêt *VALE*, précitées, point 68, qui préconise de « reconnaître aux sociétés, au sein du marché unique, la faculté de choisir librement le droit des sociétés qui leur est applicable. Une telle liberté de choix permettrait aux sociétés de choisir les conditions économiques les plus favorables et le système de droit des sociétés le plus avantageux. En effet, les sociétés souhaitent généralement transférer leur

35. — Aussi positive qu'elle puisse être, l'approche suivie présente cependant des limites inhérentes à la nature juridictionnelle de la Cour de justice. Celles-ci tiennent à l'absence de prévisibilité des décisions, à la difficulté de cerner leur portée exacte, à la possibilité de revirement et à la difficulté d'en garantir une application et une interprétation uniforme.

À défaut de coordination au niveau européen, la nouvelle prérogative consacrée, dans son principe, par la Cour de justice ne sera pas pleinement opérationnelle pour les entreprises désireuses de réorganiser leur siège social.

Pour cette raison, le Groupe de réflexion sur l'avenir du droit européen des sociétés a préconisé dans son rapport l'adoption d'un instrument réglementaire qui pourrait, soit, prendre la forme d'une directive spécifiquement consacrée à la problématique du transfert transfrontalier du siège social, sur le modèle des propositions actuelles de 14^e directive(83), soit constituer un amendement à la directive 2005/56/CE sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, qui pourrait alors être considérée comme la directive « mobilité des sociétés » dans l'arsenal juridique européen(84). La mise en place d'un tel outil permettrait de lever les incertitudes qui entourent les transformations transfrontalières de sociétés, en établissant la procédure à suivre, dans le respect des droits des différentes parties prenantes à la vie de l'entreprise(85).

36. — Dans le cadre des réflexions entourant l'élaboration d'un instrument européen dédié au transfert transfrontalier du siège social, il est utile de relever que l'adoption récente de la directive 2012/17/UE concernant l'interconnexion des registres

siège statutaire vers un autre État membre afin de bénéficier d'un meilleur accès à des financements et à des réductions de coûts. De surcroît, il est possible que la majeure partie des activités d'une société soit désormais réalisée dans un autre État membre ».

(83) Voy. par ex. la résolution du Parlement européen du 2 février 2012 contenant des recommandations à la Commission sur une 14^e directive sur le droit des sociétés relative au transfert transfrontalier du siège statutaire (2011/2046(INI)).

(84) Report of the Reflexion Group On the Future of EU Company Law, présenté le 5 avril 2011, pp. 21-22, disponible sur le site Internet de la DG Marché intérieur et services.

(85) J. L. HANSEN, « The Vale Decision and the Court's Case Law on the Nationality of Companies », *op. cit.*, p. 13.

centraux du commerce et des sociétés⁽⁸⁶⁾ a mis en lumière de nouvelles méthodes de coopération entre États membres qui pourraient, à terme, permettre d'assurer la synchronisation de la mise à jour des informations dans les registres des sociétés des deux États concernés par un transfert transfrontalier du siège social.

La sécurité juridique de l'opération se trouverait, en effet, grandement améliorée si la simultanéité entre la radiation dans l'État d'origine et l'immatriculation dans l'État d'accueil était assurée. Dans la pratique belge actuelle, le respect de l'exigence de continuité juridique est généralement préservé en réalisant, le même jour, les assemblées générales extraordinaires dans les deux États concernés. En outre, les décisions prises dans ce contexte sont généralement assorties d'une condition suspensive visant la réalisation régulière des démarches et formalités dans l'autre État concerné par l'opération. De la sorte, il est possible de limiter les risques de rupture de la personnalité juridique de la société, au cours de l'opération, mais en l'absence d'un régime juridique *ad hoc* en droit belge, les solutions adoptées dans la pratique relèvent cependant du bricolage.

37. — Dans la mesure où la possibilité de transférer le siège social d'un État membre à un autre est désormais érigée au rang de droit subjectif à l'égard des sociétés qui peuvent se prévaloir de la liberté d'établissement, l'on peut enfin s'étonner de la frilosité du législateur belge à mettre en œuvre cette prérogative.

Dans la foulée des initiatives menées dans d'autres pays européens — notamment en Italie et au Danemark —, le législateur belge devrait, au plus vite, se pencher sur l'élaboration d'un régime juridique organisant l'émigration et l'immigration des personnes morales. Une telle démarche ne serait que la suite logique de l'introduction, il y a bientôt dix ans, d'une règle de droit international privé régissant ces opérations sous l'angle du

(86) Directive 2012/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2012 modifiant la directive 89/666/CEE du Conseil et les directives 2005/56/CE et 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne l'interconnexion des registres centraux, du commerce et des sociétés, *J.O.U.E.*, L 156/1 du 16 juin 2012. Voy. à cet égard, E.-J. NAVEZ et K. VAN DE VELDEN, « Facebook voor handelsregisters. Een nieuw koppelingssysteem ter bevordering van grensoverschrijdende activiteiten binnen de EU », *T.R.V.*, 2012/8, pp. 698-708.

conflit de lois. En l'absence d'initiative de coordination au niveau européen, cette démarche nous semble essentielle pour conférer un contenu concret à la liberté d'établissement des opérateurs économiques et assurer la protection des intérêts des différents acteurs qui gravitent autour de l'entreprise.

Edouard-Jean NAVEZ

MAÎTRE DE CONFÉRENCES
À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE
DE LOUVAIN

CHARGÉ DE CONFÉRENCES
DANS L'EXECUTIVE MASTER
EN GESTION FISCALE DE LA SOLVAY
BRUSSELS SCHOOL