

PRATIQUE
DES SOCIÉTÉS

DROIT DES AFFAIRES ET SOCIÉTÉS

ACTUALITÉS ET NOUVEAUX ENJEUX

Sous la coordination de
Jacques Malherbe
et Édouard-Jean Navez

Thierry Blockerye
Henri Culot
Patrick della Faille
Jacques Malherbe
Sophie Maquet
Édouard-Jean Navez
Patrick Saerens
Pierre-Olivier van Caubergh
Didier Willermain



ANTHEMIS

signataires se donnerait en quelque sorte « mandat à lui-même » puisque le mandat est donné par la société elle-même agissant valablement par son organe de représentation. On ne comprendrait en outre pas pourquoi le mandat serait valable lorsqu'il serait donné à un tiers mais ne le serait pas lorsqu'il est donné à un administrateur.

Cette première hypothèse doit être distinguée de celle de l'administrateur qui, disposant du pouvoir de représenter conjointement la société avec un autre administrateur en vertu d'une clause de double signature, entend donner pouvoir à un tiers de signer un acte avec un autre administrateur¹⁵¹. Pareille formule n'assure pas une représentation correcte de la société¹⁵² : le « mandant » ne dispose, dans un tel cas de figure, d'aucun pouvoir individuel qu'il pourrait valablement conférer à un tiers¹⁵³. Surabondamment, le mandat d'administrateur revêt un caractère *intuitu personae* et son exercice ne peut être délégué à un tiers (*supra*, n° 28).

¹⁵¹ Pour reprendre l'exemple précédent, Monsieur X donne à Monsieur Z, qui n'est pas administrateur, le pouvoir de signer l'acte avec Madame Y.

¹⁵² La solution peut certes paraître formaliste, en particulier lorsque le « mandat » est donné à un autre administrateur. Ses implications pratiques ne sont cependant pas insurmontables, loin s'en faut. Il suffit en effet que l'administrateur « mandant », plutôt que de signer seul une procuration en faveur du tiers, signe cette même procuration avec un deuxième administrateur. Alternativement, chaque administrateur pourrait signer un exemplaire de l'acte, les deux exemplaires étant ensuite réunis (pratique des « separate counterparts », selon la terminologie anglo-saxonne). La clause de « double signature » suppose en effet que le même « negotium » soit signé par deux administrateurs mais les signatures de ces administrateurs peuvent être apposées sur deux « instrumentum » différents. Cette pratique ne contournait nullement le contrôle réciproque qui justifie souvent la clause de « double signature » (plutôt que de simple signature qui donne tout le pouvoir de représentation à une seule personne).

¹⁵³ La situation serait évidemment différente en présence d'une clause de « simple signature » en vertu de laquelle un administrateur peut engager seul la société. Dans un tel cas, on se trouve dans la première hypothèse envisagée au texte.

Le transfert transfrontalier du siège social des sociétés commerciales et ses implications dans la pratique notariale

Sophie MAQUET

Notaire associé à Bruxelles

Présidente de la Commission de nomination de langue française pour le notariat

Édouard-Jean NAVEZ

Maire de conférences à l'Université catholique de Louvain

Chargé de conférences au Master en gestion fiscale de la Solvay Brussels School

Introduction

L'opération par laquelle une société entend déplacer son siège social d'un État à un autre constitue l'expression la plus aboutie de son aptitude à la circulation internationale. Aussi fondamentale qu'elle puisse paraître, celle-ci ne bénéficie cependant pas encore d'un régime juridique *ad hoc* en droit matériel belge, ce qui rend sa réalisation particulièrement délicate en pratique. Une telle situation peut étonner, dans la mesure où le transfert intra-européen du siège social constitue désormais une modalité d'exercice de la liberté d'établissement garantie aux sociétés par les articles 49 et 54 du TFUE. Il en découle qu'une société commerciale valablement constituée dans un État membre de l'UE est autorisée à s'émanciper du rattachement à la loi de l'État qui la gouverne pour se transformer en une forme juridique d'un autre État membre, soumise à la loi de cet État. Ce type d'opération peut notamment être motivé par la volonté de soumettre l'organisation interne de la société à une législation jugée plus libérale, de faire coïncider sa structure juridique avec sa structure économique, de bénéficier d'un régime fiscal plus avantageux, ou de préparer un changement de contrôle. Compte tenu des virtualités dont est pourvue cette technique de réorganisation, l'on peut s'attendre à voir se multiplier les hypothèses de transfert transfrontalier du siège social, à mesure que les États membres adopteront une réglementation susceptible d'assurer la sécurité juridique de ces opérations et la protection des créanciers, des associés et des tiers. Pour l'heure, à défaut de précision fournie par le législateur, les praticiens demeurent contraints de recourir à des solutions pragmatiques qui relèvent parfois du « bricolage ».

Dans les lignes qui suivent, nous retracerons à grands traits l'évolution de l'environnement réglementaire belge, qui a abouti à l'admission du maintien de la

personnalité morale des sociétés, aussi bien dans les hypothèses d'immigration que d'émigration. Nous verrons également qu'au cours des quinze dernières années, le droit d'établissement des personnes morales a connu des développements majeurs en droit de l'UE, qui ont grandement facilité la circulation internationale des entreprises (section 1). Dans un second temps, nous tâcherons de présenter les principales étapes de la procédure à suivre pour assurer la régularité du transfert à l'étranger du siège social d'une société de droit belge, et celle du transfert en Belgique du siège social d'une société de droit étranger (section 2).

Section 1

La consécration du droit au déplacement transfrontalier des structures juridiques de l'entreprise

Sous-section 1

Le transfert transfrontalier du siège social des sociétés en droit commercial belge et européen

§ 1. L'admission du maintien de la personnalité morale des sociétés émigrantes et immigrantes en droit belge

Si l'ouverture d'une succursale ou d'un autre établissement secondaire ne provoque, en principe, pas de bouleversement sur le plan de la *lex societatis*, quel que soit le type de rattachement en cause, le transfert du principal établissement est, par contre, susceptible d'entraîner une modification de la loi applicable à la société, du moins dans les États qui, à l'instar de la Belgique, retiennent la théorie du siège réel¹. Le changement de *lex societatis* auquel donne lieu cette technique de réorganisation n'est pas, loin s'en faut, admis sans réserve dans tous les États membres de l'UE. La *lex societatis* représente, en effet, une garantie importante pour les associés et les tiers, laquelle implique un degré élevé de permanence².

Dans les systèmes juridiques où l'établissement principal d'une société constitue tout à la fois le critère de détermination de sa « nationalité » et le facteur de

rattachement à la *lex societatis*, la conception dominante est que son déplacement à l'étranger provoque un bouleversement de la personnalité morale de nature à remettre en question l'existence ou la validité de celle-ci³. En Belgique, la doctrine du milieu du dix-neuvième siècle enseignait déjà que le siège statutaire d'une personne morale de droit belge doit correspondre effectivement à son établissement principal. La « nationalité » d'une personne morale reposant sur la localisation de son principal établissement, le transfert de celui-ci à l'étranger donnait nécessairement lieu à un changement de nationalité⁴. Or, l'on sait qu'avant les célèbres arrêts *Lamot* et *Vanneste*⁵, rendus respectivement en 1965 et en 1987, il était – presque – unanimement admis que la nationalité d'une société était un élément intangible de son identité juridique dont la modification pouvait, au mieux, se concevoir moyennant une décision unanime des associés de dissoudre et de liquider la société belge pour recréer, dans un second temps, une nouvelle société sous l'égide d'un droit étranger⁶. La théorie des éléments essentiels, fondée initialement sur l'article 59 de la loi du 18 mai 1873⁷, confirmait cette solution rigoureuse⁸. Dans la mesure où un tel

¹ N. WATTE et V. MARQUETTE, « Les sociétés : questions choisies de droit international privé », in *Libert Annuaire*, Yverdon, *Yverdon Merchies*, Bruges, *de Keure*, 2001, p. 679.

² M. MEUNIER, *Droit international et européen des sociétés*, 3^e éd., Paris, Monchrestien, 2011, n° 43. Au début du XX^e siècle, cette conception était déjà partagée, de manière radicale, par Charles Resteau qui énonçait que « les actionnaires d'une société anonyme, en s'intéressant dans la société, ont été avisés de ce que celle-ci était belge ; ils savaient quelle étendue de leurs droits, quelles étaient leurs obligations, l'étendue de la responsabilité des administrateurs, bref, ils prenaient, en connaissance de cause, une participation dans l'affaire ». Autonomiser le changement de nationalité, « ce ne serait pas apporter une modification aux statuts de la société, ce serait changer l'être moral tout entier, en bouleverser le régime et le placer sous l'égide d'une loi nouvelle, en un mot, substituer un être moral nouveau à l'être moral ancien » (*Traité des sociétés anonymes*, t. I, 2^e éd., Bruxelles, Polydore, 1965, pp. 29-30, n° 23).

³ Voy. à cet égard V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, n° 443 et s., et les références citées.

⁴ En ce sens, voy. not. F. PASSATELLO, « Les sociétés commerciales », Les *Novelles*, n° 5210.

⁵ Sur ces arrêts, voy. *infra*.

⁶ A. SIMILE, *Traité des sociétés anonymes belges régies par le Code de commerce*, t. I, Bruxelles-Paris, Bruylant-Marescq, 1898, p. 15, n° 26 ; P. MAUWERMAN, *Manuel pratique des sociétés anonymes*, 3^e éd., Bruxelles-Paris, Bruylant-Librairie générale de droit, 1927, p. 541 ; « au moment de la répartition de la loi d'origine par le transfert du principal établissement, la personnalité civile primitive disparaît et c'est une autre qui peut naître » ; Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. I, 2^e éd., pp. cit., n° 29, p. 23 : « La nationalité ne se perd que dans des conditions déterminées par la loi ; à part cela, elle est indélébile, elle s'attache à la personne et est inséparable de celle-ci. Or, la loi des sociétés n'indique pas dans quels cas une société anonyme perdrait sa nationalité. Il faut donc décider que, née en Belgique, la société restera belge jusqu'à sa disparition. Il en résulte qu'il ne suffit pas qu'une société transporte son siège social ou son principal établissement hors de Belgique pour cesser d'être belge. Aussi, si l'assemblée générale, débattant à une très grande majorité, décidait de transférer le siège social à l'étranger, la société resterait belge, la décision de l'assemblée générale étant nulle. Mais si le transfert avait lieu à l'accord de tous les actionnaires, la société cesserait d'exister, tout au moins comme société belge ; elle cesserait même complètement si la décision des associés n'était pas accompagnée des formalités prescrites par la loi du nouveau siège social, pour acquérir la personnalité civile dans ce pays. La société anonyme qui voudrait changer de nationalité devra donc, au préalable, procéder à sa liquidation, pour se reconstituer ensuite à l'étranger, dans le pays dont elle voudrait acquérir la nationalité en évitant cependant de mériter de la part d'actionnaires opposants le reproche d'avoir fait indirectement ce qu'elle ne pouvait faire directement » ; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, pp. 264-265, n° 375 ; « le siège social ne pourrait être transféré à l'étranger, car le déplacement entraînerait alors un changement de nationalité qui, lui-même, impliquerait la disparition de l'être moral et la constitution d'une nouvelle société » (voy. aussi n° 799 et 800) ; A. DE SMET et S. FÉDÉRICQ, « Le transfert du siège social », *Rev. dr. intern. comp.*, 1958, p. 153, n° 11 ; 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 », note sous *Cass.*, 12 novembre 1965, R.C.B., 1966, p. 409, n° 20.

⁷ En ce sens, T. TILQUIN et B. FAVARD, « Les éléments essentiels de la société », in *Le droit des sociétés aujourd'hui : principes, évolutions et perspectives*, Bruxelles, éd. du Jeune Barreau, 2008, p. 55, n° 44.

⁸ L'article 59, alinéas 1^{er} et 2 de la loi du 18 mai 1873 énonçait que « l'assemblée générale des actionnaires a les pouvoirs les plus étendus pour faire ou ratifier les actes qui intéressent la société. Elle a aussi disposition contraire, le droit d'apporter des modifications aux statuts, mais sans pouvoir changer l'objet

changement ne pouvait être réalisé formellement, à la faveur d'une modification régulière des statuts, il n'était pas non plus concevable qu'il se réalise matériellement, par un simple déplacement factuel de l'établissement principal. L'on aperçoit ainsi que le maintien de la personnalité morale conférée par le droit belge à un groupement était traditionnellement conditionné à la localisation, en Belgique, de son établissement principal, tout au long de la vie sociale.⁹ Comme en droit français, cette solution était motivée par le souci de maintenir un lien concret et effectif entre l'économie belge et les groupements auxquels la Belgique accorde la personnalité morale.¹⁰ Les évolutions successives du droit des sociétés¹¹ contribuèrent à appuyer cette solution en interdisant pratiquement la constitution d'une personne morale de droit belge, dont le siège social serait situé *ab initio* à l'étranger.

Par rapport à d'autres États ayant adopté la théorie du siège réel, le droit belge s'est rapidement montré assez souple vis-à-vis des sociétés étrangères. Dès l'abord, on rappellera que le principe de la reconnaissance des personnes morales de droit étranger a été admis de longue date, moyennant le respect de certaines conditions, à savoir une constitution régulière dans l'État étranger, de même que la localisation de l'établissement principal à l'étranger (voy. l'art. 196 L.C.S.C. et l'art. 58 C. soc.). L'opération de transfert transfrontalier du siège social des personnes morales a, par contre, été ignorée par le législateur belge jusqu'à l'entrée en vigueur du Code de droit international privé (CODIP). La jurisprudence est cependant venue pallier l'absence de cadre législatif précis en consacrant tout à tour, dans leur principe, l'immigration et l'émigration des personnes morales.

essentiel de la société. » Sur cette base, de nombreux auteurs, inspirés par la dimension contractuelle des sociétés, ont considéré que certains éléments de l'acte constitutif de la personne morale (l'objet social, la forme, la nationalité, voire le caractère cessible des titres sociaux ou la nature civile/commerciale du groupement) sont si intimement liés à son individualité que leur modification excède les compétences de l'assemblée générale extraordinaire, et cela même, selon certains, si la décision était prise à l'unanimité. Bien plus, la modification de ces éléments « essentiels » aboutirait à substituer un nouvel être moral à l'ancien (voy. not. F. GILSON, *Les modifications aux statuts des sociétés anonymes*, Bruxelles, Bruylant, 1919, n° 30 et 31, pp. 55-59, n° 34, pp. 61-62 ; Ch. RESTAUX, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, 2^e éd., op. cit., n° 1328, p. 458, 1). VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, op. cit., p. 250, n° 356 ; L. FRIEDENICQ, *Handboek van Belgisch handelsrecht*, t. I, Bruxelles, 1962, p. 45).

Comp. l'article 2 de la Convention de La Haye du 1^{er} juin 1956 sur la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés étrangères (ratifiée par la loi du 14 mars 1962, M.B., 26 octobre 1966) qui organise la possibilité de refuser de reconnaître la personnalité juridique d'une société dont le siège réel ne se situe pas dans l'état d'immatriculation.

Comp. D. BUREAU et H. MAUR WATT, *Droit international privé*, t. II, 2^e éd., Paris, PUF, 2010, p. 463, n° 1037. Interprétant l'article L. 210-3 du Code de commerce, ces auteurs énoncent qu'« il ne suffit pas, pour obtenir la personnalité morale selon la loi française, qu'elle (la société) fixe son siège en France ; si elle ne se soumet pas également à l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ; inversement, si elle est immatriculée en France, elle ne peut pas fixer ailleurs son siège, sous peine d'être considérée comme nulle ».

Voy. not. à cet égard, R. PIET, *L'évolution de la législation belge sur les sociétés anonymes*, Tournai-Paris, Casemman, 1946, pp. 94 et s.

Rompant avec la rigueur de la théorie dite « des éléments essentiels », qui condamnait les sociétés à l'immobilité en énonçant l'intangibilité de la *lex societatis*, la Cour de cassation a admis, dans son 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 étranger¹². 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 règles impératives prévues par la loi belge en matière de constitution des personnes morales.

Dans l'arrêt *Yanssele*, qui concernait le déplacement à l'étranger du siège social d'une société constituée sous l'égide du droit belge, le Conseil d'État a également retenu une solution audacieuse en posant le principe selon lequel il « ne résulte d'aucune disposition de la législation belge qu'une société perdrait, au regard du droit belge, sa personnalité juridique en raison du transfert de son siège à l'étranger »¹³. Cet arrêt a toutefois conclu, de façon discutable, que le droit belge continuera à régir la société établie à l'étranger si le transfert du siège résulte uniquement des faits, et non d'une décision prise par l'organe compétent¹⁴, c'est-à-dire si l'établissement principal est déplacé matériellement, sans modification régulière du siège statutaire¹⁵.

La majorité des commentateurs se sont, par la suite, appuyés sur les enseignements des arrêts *Lamot* et *Yanssele* pour affirmer que la *lex societatis* ne constitue plus, en tant que telle, un élément à ce point essentiel qu'il ne pourrait être modifié sans entraîner la dissolution de la société ou la rupture de sa personnalité morale¹⁶. En d'autres termes, le déplacement du siège social d'une

¹² Cass. (1^{re} ch.), 12 novembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 336, R.W., 1965-1966, p. 911, *Rev. prat. soc.*, 1966, p. 136, avec concl. de l'avocat général F. DUMON, 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 s., *Rev. crit. DJP*, 1967, p. 506, note Y. LOUSSOUAÏAN, pp. 510 et s.

¹³ C.E., 29 juin 1967, T.R.V., p. 110, note K. LEVAERTS, « Het personeel statuut van een Belgische vennootschap bij overbrenging van de werkelijke zeele naar buitenland », *Chron. not. Liège*, 1968, vol. IX, p. 158. Pour un exemple récent, voy. Comm. Hasselt, 10 novembre 2004, T.R.V., 2005, p. 172, note S. CALENS et H. MATTHYSSEN, « Internationale bevoegdheid na zetelverplaatsing – Nationaliteit, voornamste vestiging en verplaatsing van de voornaamste vestiging volgens het nieuw wetboek IPR », *Voy. aussi Comm. Bruxelles*, 8 décembre 2003, D.A.O.R., 2003, p. 96, note B. DE MOOR.

¹⁴ C. TUBERF, « Article 112 », in J. ERAUVE, M. FALLON et al., *Le Code de droit international privé commenté*, Anvers-Orford-Bruxelles, Bruylant-intersentia, 2006, pp. 586-587.

¹⁵ Pour une critique de cette décision, voy. P. VAN OMMEGHELE et X. DIAUX, « Examen de jurisprudence – Les sociétés commerciales (1979-1990) », R.C.J.B., 1992, p. 678, *Comp. Comm. Hasselt*, 10 novembre 2004, T.R.V., 2005, p. 172.

¹⁶ Voy. not. Th. TIQUIN et B. FAVARD, « Les éléments essentiels de la société », op. cit., n° 48, p. 63, *Comp.*, cependant l'exposé des motifs du projet de loi instituant le Code des sociétés (Doc. parl., Ch. repr., sess.

personne morale au départ ou à destination de la Belgique pourrait (à tout le moins en théorie) se réaliser sans discontinuité de la personnalité juridique¹⁷. Cette conclusion se voit désormais confirmée par les articles 110 et 112 du CODIP qui formalisent, dans une large mesure, les solutions précitées. 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 CODIP codifie, en effet, l'enseignement dégagé par la Cour de cassation dans sa jurisprudence *Lamoi*. Il consacre un rattachement de type cumulatif en posant qu'une société ne conserve le bénéfice de sa personnalité juridique, lors du transfert de son établissement principal, que si celui-ci est admis sans dissolution par le droit des deux États en présence¹⁸. À cet égard, nous verrons qu'au sein de l'Union européenne, l'admission du transfert transfrontalier du siège social s'impose désormais dans tous les États membres, en application de la jurisprudence *Cartesio* (droit de sortie) et *Vale* (droit d'entrée) de la Cour de justice de l'Union européenne. L'alinéa 2 de l'article 112 du CODIP 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.

En synthèse, 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 commerce¹⁹. Compte tenu du caractère cumulatif des exigences posées par l'article 112, alinéa 1^{er} du CODIP, le juge belge devrait logiquement considérer comme inexistante une société étrangère dont la *lex societatis* d'origine interdit une telle opération ou la subordonne à une dissolution préalable²⁰. La sanction du défaut de dépôt des statuts sociaux au greffe du tribunal de commerce est, quant à elle, beaucoup plus controversée mais nous croyons pouvoir nous rallier à l'opinion selon laquelle, dans l'attente du dépôt, une telle société devrait être soumise aux règles qui régissent la société de droit commun, conformément à l'article 2, § 4 du C. soc.²¹.

ord. 1998-1999, n° 49-1838/1, p. 77) et l'exposé des motifs du CODIP (*Doc. parl.*, Sénat, sess. extraord. 2003, n° 3-27/1, p. 131).

¹⁷ C. TUBEUR, « Article 112 », *op. cit.*, pp. 584 et s.

¹⁸ F. RICAUX et M. FAISON, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 986 ; C. GOODIN et B. GOODIN, « Arrêt *Cartesio* : l'étendue de la liberté d'établissement pour les sociétés étrangères », *J.D.E.*, 2009, p. 78.

¹⁹ En ce sens, D. PASTRICA, « Droit international privé », in *Droit international et européen des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 58, p. 45.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*, n° 59-61. Comp. N. WATTÉ et V. MARQUETTE, « Les sociétés : questions choisies de droit international privé », *op. cit.*, pp. 677-678 ; C. TUBEUR, « Article 112 », *op. cit.*, p. 585 ; Th. THILQUIN, « L'incorporation comme facteur de rattachement de la *lex societatis* », *Rev. prat. soc.*, 1998, p. 50.

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 juridique²².

Malgré l'entrée en vigueur du CODIP, les personnes morales désireuses de transférer leur siège social d'un État à un autre afin d'adopter une forme sociale de l'État d'accueil demeurent confrontées à certaines difficultés liées aux divergences trop importantes entre les règles de rattachement des sociétés retenues par les différents ordres juridiques. Il en résulte d'importants risques de conflits positifs (rattachement à deux lois distinctes) et négatifs (les deux lois concernées dévient leur aptitude à régir la société) qui ne sont pas surmontables en l'état actuel de la réglementation. Ceux-ci sont générateurs d'incertitudes qui pénalisent la vocation des sociétés à la mobilité. 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 désireuse de procéder à une transformation transfrontalière à la suite d'un déplacement de son siège social. À cet égard, il est frappant d'observer que si la problématique du transfert transfrontalier du siège social est réglementée par le droit international privé belge, 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 par le Code des sociétés. Il en résulte une insécurité juridique importante qui contrarie 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.

§ 2. Le transfert du siège social face à la liberté d'établissement des sociétés en droit de l'UE

Si la possibilité de constituer *ex nihilo* une société ou de s'établir à titre secondaire (via une succursale ou une filiale) dans un autre État membre que celui d'origine ressort, *expressis verbis*, de l'article 54 du TFUE, il convient d'apercevoir que le transfert intra-européen du siège social d'une société relevant de la loi d'un État membre n'était pas initialement compris dans le domaine d'application matériel du droit d'établissement garanti par le traité²³.

²² En ce sens, D. PASTRICA, « Droit international privé », *op. cit.*, n° 64, p. 50. Comp. Comm. Hessel, 10 novembre 2004, *J.R.V.*, 2005, p. 172.

²³ 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, deuxième 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 ». En application de ce texte, la fusion

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 notamment conféré une portée plus concrète aux articles 49 et 54 du TFUE, en garantissant aux opérateurs économiques un droit subjectif au transfert transfrontalier du siège social et à la transformation transfrontalière²⁴. Nous nous bornons ci-après à relever les principaux enseignements de cette jurisprudence en renvoyant, pour le surplus, à l'abondante littérature qui y est consacrée. Si l'on souhaite rendre compte adéquatement de la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE, il importe de distinguer, d'une part, l'exercice de la liberté d'établissement dans son volet « d'accueil » ou « d'immigration » (à savoir le contentieux du droit d'entrée) et, d'autre part, l'exercice de cette liberté dans son volet « de sortie » ou « d'émigration » (à savoir le contentieux du droit de sortie). Cette distinction s'impose dans la mesure où il est reconnu à l'État d'origine d'une société le droit de définir les conditions que cette dernière est tenue de respecter pour pouvoir se prévaloir des libertés garanties par le droit de l'Union. En sus, il importe de déterminer si le déplacement postulé est, ou non, motivé par une volonté de s'émanciper du rattachement initial afin de se soumettre à la *lex societatis* d'un autre État membre.

A. L'immigration des sociétés commerciales

S'agissant du droit d'entrée, il ressort des arrêts *Centros*²⁵, *Überseering*²⁶ et *Inspire Art*²⁷ que l'État membre d'accueil ne peut entraver le déplacement intra-européen de l'établissement principal d'une société régulièrement constituée dans un autre État membre sans porter atteinte à sa liberté d'établissement garantie par les articles 49 et 54 du TFUE. Les entraves potentiellement interdites peuvent prendre la forme d'une disqualification à raison du caractère supposément fictif de la société en cause ; elles peuvent porter sur l'imposition de formalités de réincorporation ; elles peuvent également découler de l'application de certaines normes visant à mettre la société étrangère sur le même pied que les sociétés nationales (exigences de capital minimum, formalités

d'enregistrement, régime de responsabilité des dirigeants, etc.)²⁸. La lecture des arrêts *Centros* – *Überseering* – *Inspire Art* donne ainsi à penser que la Cour de justice condamne la pratique d'un État membre d'accueil consistant à tirer argument de la présence, sur son territoire, du siège de direction effectif d'une société constituée dans un autre État membre pour imposer à celle-ci certaines exigences déduites de son droit des sociétés, alors même que le siège statutaire de la société est situé dans un autre État membre²⁹. Une telle société n'aurait donc « pas à subir dans l'État d'accueil d'exigence supplémentaire relative à son aptitude même à y exercer des activités commerciales » car la liberté d'établissement supposerait qu'une société accède sans entrave « au statut d'opérateur dans le marché des autres États membres en conservant son avantage comparatif »³⁰. Une solution contraire aboutirait à réserver le bénéfice de la liberté d'établissement aux seules sociétés dont le statut juridique est conforme à la législation de l'État d'accueil³¹. Ainsi conçue, la liberté d'établissement suppose la reconnaissance mutuelle de l'équivalence des exigences des législations nationales en matière de droit des sociétés. Pour autant, nous verrons ci-dessous que l'accès à cette prérogative garantie par le droit de l'Union est subordonné au maintien préalable de la personnalité juridique acquise dans l'État d'origine où est situé le siège statutaire de la société. En principe, le bénéfice de la liberté d'établissement est ainsi conditionné à la circonstance que l'opération envisagée n'altère pas la validité de la personnalité juridique conférée à la société dans son État membre d'origine. Pour cette raison, il est théoriquement peu probable (sous réserve de l'application du renvoi) qu'une société originaire d'un État retenant la théorie du siège réel puisse bénéficier de la liberté de mouvement dont ont pu jouir les sociétés *Centros* et *Inspire Art*, toutes deux issues d'un État adoptant un système de rattachement de type « incorporation ».

En dépit de ce qui précède, il ne faut pas se méprendre sur la portée de cette jurisprudence et déduire trop rapidement de l'attitude libérale adoptée par la Cour de justice dans ces trois affaires que l'État membre d'accueil serait privé de toute marge de manœuvre lors de l'immigration d'une société sur son territoire. Ce libéralisme à l'entrée doit, en effet, être circonscrit à un double niveau. D'une part, l'État membre d'accueil dispose toujours du droit de prendre des mesures restrictives justifiées par le respect d'exigences impérieuses d'intérêt général. À cet égard, la Cour a précisé que la seule circonstance qu'une société souhaite bénéficier d'une législation plus favorable ne saurait, à elle seule, constituer une fraude permettant de justifier une intervention

²⁴ transfrontalière et le transfert intra-européen du siège social restent 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.

²⁵ D. Pastreac, « Droit international privé », *op. cit.*, n° 64, p. 50. Voy. dans le même sens, l'avocat général N. Jääskinen qui énonça, 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 ».

²⁶ CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec.*, 1999, p. I-1459.

²⁷ CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/00, *Rec.*, 2002, p. I-9919.

²⁸ CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art Ltd*, aff. C-167/01, *Rec.*, p. I-10115.

²⁹ Pour une illustration emblématique de ce type de réglementation sanctionnée par la CJUE, voy. not. la *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen* (loi néerlandaise du 17 décembre 1997 sur les sociétés étrangères de pure forme, *Staatsblad*, 1997, n° 697).

³⁰ P. MAUTRIER, « Quelques réflexions sur la *lex societatis* dans le Code de droit international privé », *Rev. prat. soc.*, 2006, p. 22.

³¹ H. MUIR WART, note sous CJCE, *Inspire Art Ltd*, *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 175.

³² *Ibid.*, p. 180.

réglementaire au nom de l'intérêt général³². Pour autant, la question se pose aujourd'hui de savoir si la jurisprudence plus récente n'a pas tempéré, voire tenu en question cet enseignement, notamment à la faveur de l'arrêt *Cadbury Schweppes*³³. Dans cet arrêt, la Cour de justice a ainsi admis, 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 favorable³⁴. Ensuite et surtout, il convient de relever que les trois arrêts dans lesquels la Cour de justice s'est prononcée sur l'existence d'une entrave à l'immigration (*Centros* – *Überseering* – *Inspire Art*) ont été rendus dans des hypothèses mettant en cause des déplacements sans volonté de changement de loi applicable. Dans ces trois affaires, les sociétés concernées avaient, en effet, transféré tantôt un établissement secondaire (*Centros*, *Inspire Art*), tantôt le siège de direction effectif (*Überseering*) dans l'État membre d'accueil, tout en souhaitant demeurer des sujets de droit de leur État membre d'origine. Or, l'on sait que les États membres demeurent libres de définir les conditions qu'ils exigent afin de conférer à une société le bénéfice de la personnalité morale et la qualité de société « valablement constituée » dans cet État. Il en découle qu'une société désireuse de se soumettre à la *lex societatis* d'un État membre différent de celui où elle a été constituée se verra contrainte de respecter les conditions imposées à cette fin par le droit des sociétés de l'État d'accueil (à savoir, le plus souvent, une mise en conformité des statuts et le respect des formalités d'enregistrement locales).

Dans l'arrêt *Vale*, rendu le 12 juillet 2012³⁵, la Cour de justice a confirmé ce principe selon lequel « un État dispose incontestablement de la faculté de définir tant le lien de rattachement qui est exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon son droit national et susceptible, à ce titre, de bénéficier du droit d'établissement, que celui requis pour maintenir cette qualité ultérieurement »³⁶. Dans cette affaire, la Cour était confrontée à une société de droit italien qui souhaitait réaliser une transformation hongroise soumise à la *lex societatis* de cet État. Cette opération était toutefois rendue impossible par la législation hongroise qui, d'une manière générale, refusait d'enregistrer au registre des sociétés le transfert du siège social d'une société étrangère. En l'espèce, la juridiction européenne a considéré que les articles 49 et 54 du TFUE « s'opposent à une réglementation nationale qui, tout en prévoyant pour des sociétés de droit interne la faculté de se transformer, ne permet pas, de manière générale, la transformation d'une société

relevant du droit d'un autre État membre en société de droit national au moyen de la constitution de cette dernière »³⁷. Dans la mesure où, en pratique, tous les États européens organisent la possibilité d'une transformation interne de la forme sociale, on peut en déduire que la transformation intra-européenne des personnes morales au moyen d'un transfert transnational du siège social est une opération désormais couverte sans ambiguïté par la liberté d'établissement. Une société commerciale valablement constituée dans un État membre de l'UE est donc libre de s'émanciper de son rattachement initial à la loi qui la régit pour se soumettre à la législation d'un autre État membre, moyennant l'adoption d'une forme juridique locale et le respect des modalités de transfert/nation/constitution prévues par la loi de cet État membre. Les personnes morales désireuses de réaliser une telle opération sont, en effet, tenues de se conformer aux conditions de transformation prévues par l'État membre d'accueil, en respectant notamment sa règle de rattachement ainsi que les règles matérielles prévues par le droit des sociétés local³⁸. Par conséquent, en cas de transformation en une forme sociétaire d'un État d'accueil retenant la théorie du siège réel, la personne morale immigrante sera tenue de faire coïncider, sur le territoire de cet État, son siège statutaire et son siège de direction effective.

B. L'émigration des sociétés commerciales

En ce qui concerne le droit de sortie, la Cour de justice a confirmé dans son arrêt *Cartesio*³⁹ la solution qu'elle avait déjà avancée, il y a vingt ans, dans *Daily Mail*⁴⁰, et ce, malgré les recommandations émises par son avocat général. Ainsi, elle a dit pour droit qu'en l'état du droit de l'Union, « la question de savoir si l'article 43 CE 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 »⁴¹. Il a, en outre, été jugé que les articles 49 et 54 TFUE (ex-art. 43 CE et 48 CE) « 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 »⁴². En rappelant dans *Cartesio* son attachement à la théorie de la

³² CJCE, *Centros*, précité, point 27.

³³ CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd*, aff. C-196/04, *Rec.*, p. I-7935.

³⁴ S. FIANCQ, note sous CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, *JD* (Clunet), avril-mai-juin 2009, p. 656.

³⁵ CJUE, 12 juillet 2012, *Vale*, aff. C-378/10, non encore publiée au Recueil.

³⁶ CJUE, *Vale*, précité, point 29.

³⁷ CJUE, *Vale*, précité, point 41.

³⁸ CJUE, *Vale*, précité, points 29 à 31.

³⁹ CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, *Rec.*, 2008, p. I-9641.

⁴⁰ CJCE, 27 septembre 1988, aff. C-81/87, *Daily Mail*, *Rec.*, 1988, p. 5483.

⁴¹ Voy. les points 109 et 110 de l'arrêt *Cartesio*, précité.

⁴² *Ibid.*, point 124.

fiction de la personnalité morale et sa posture de neutralité à l'égard des critères de rattachement retenus par les États membres⁴³, la Cour a vigouusement réaffirmé l'importance de distinguer la question de l'identification des bénéficiaires de la liberté d'établissement de celle du contenu de cette prérogative. En cas de réponse négative à la première de ces questions, la Cour de justice se trouve, en effet, automatiquement dispensée d'examiner l'existence d'une entrave éventuelle dans la disposition nationale en cause. À la lumière de la jurisprudence plus récente, et singulièrement de l'arrêt *Vale*, il apparaît toutefois que la Cour accepte de faire preuve de souplesse quant à la qualification *ratione personae* des destinataires de la liberté d'établissement. Elle a, en effet, admis qu'une société de droit italien, par ailleurs radicalement italienne, ne pouvait pas être considérée comme une société de droit italien, par ailleurs radicalement italienne, en une forme sociale hongroise, à la faveur d'un transfert transfrontalier de son siège social⁴⁴.

S'il l'application de la théorie du siège réel est partiellement amputée sous l'angle du « droit d'entrée », l'arrêt *Cortese* a confirmé que celle-ci demeure conforme à la liberté d'établissement sur le plan du « droit de sortie »⁴⁵. Un État ayant adopté un facteur de rattachement réaliste pour déterminer la *lex societatis* est donc autorisé à conditionner l'octroi et le maintien de la personnalité morale des sociétés aux conditions prévues par son droit international privé, en particulier la coïncidence sur le territoire national du siège statutaire et du principal établissement. Cette latitude puisée dans l'article 54 du TFUE (ex-art. 48 CE) n'est toutefois offerte à l'État d'origine que dans la mesure où le transfert du siège social intervient sans volonté de changement de la loi applicable à la société.

À l'inverse, s'il est question d'un transfert du siège social motivé par la volonté de changer de « nationalité » ou de loi applicable, la Cour de justice a indiqué, au point 112 de l'arrêt *Cortese*, que l'État membre d'origine ne peut pas imposer une liquidation ou une dissolution de la société si l'État membre d'accueil admet un transfert sans dissolution⁴⁶. Cette différence de traitement entre les transferts du siège social impliquant, ou non, un changement de la loi

applicable à la personne morale procédée, à notre estime, de la distinction entre le bénéficiaire du droit d'établissement et l'établissement du droit d'établissement⁴⁷. En effet, dans le cadre d'un transfert de siège avec changement de loi applicable, les raisons justifiant l'exclusion du bénéfice de la liberté d'établissement s'estompent, voire disparaissent. D'une part, en cette hypothèse, l'État membre de constitution « reste libre de déterminer quelles sont les sociétés qui relèvent de sa législation et donc de la portée internationale »⁴⁸ de celle-ci. Il n'y a pas ici d'atteinte au principe de neutralité énoncé à l'article 54 du TFUE, malgré la possibilité offerte d'abandonner la *lex societatis* de l'État membre d'origine. De fait, aux termes de la transformation, la législation de ce dernier s'opère à l'application⁴⁹. D'autre part, à l'instant même où se réalise l'opération de transformation – à savoir le transfert du siège social accompagné d'un changement de la *lex societatis* par l'adoption d'une forme sociale de l'État d'accueil –, l'existence de la société et sa conformité au droit de l'État membre de constitution n'est pas remise en cause par celui-ci⁵⁰.

Dans le chef de l'État d'accueil, la non-reconnaissance de l'existence juridique d'une société immigrante en provenance d'un autre État membre paraît inconcevable, compte tenu de la jurisprudence *Überseering*. Comme nous l'avons relevé, l'arrêt *Vale* a, en outre, récemment confirmé l'obligation de l'État membre d'accueil d'admettre la transformation d'une personne morale étrangère en une société locale, dès l'instant où celle-ci accepte de se conformer aux conditions de constitution locales, notamment sous l'angle du rattachement à la loi applicable⁵¹. L'organisation des modalités d'immigration d'une société étrangère dans l'État d'accueil se voit, en effet, soumise au respect des articles 49 et 54 du TFUE, lesquels imposent notamment de se conformer aux principes d'équivalence et d'effectivité dans l'application du droit national⁵².

Plus généralement, l'arrêt *Vale* aboutit à consacrer définitivement, dans son principe, l'opération de transformation transfrontalière consistant, pour une personne morale valablement constituée dans un État de l'UE, à s'affranchir de son rattachement initial à la loi qui la régit pour se soumettre à l'allégeance de la *lex societatis* d'un autre État membre. Plusieurs conséquences découlent, pour un État membre d'origine, de l'enseignement tiré de l'arrêt *Vale*. À l'égard d'un État membre retenant une variante radicale de la théorie du siège

⁴³ *Ibid.*, point 104 ; le point 19 de l'arrêt *Daily Mail*, précité.

⁴⁴ Voy. not. le point 19 de l'arrêt *Vale*, précité.

⁴⁵ D. PASTRICK, « Arrêt *Cortese* : nouvelles précisions sur les modalités de transfert du siège social au regard de la liberté d'établissement », *J.T.*, 2009, p. 794. En ce sens, voy. L. BOUT, « Transfert du siège social sans changement de loi applicable », *Europe*, février 2009, n° 82, pp. 33-34 ; comp. G. GODOIN et B. GODOIN, « Arrêt *Cortese* : l'étendue de la liberté d'établissement pour les sociétés émigrantes », *J.D.E.*, 2009, p. 77 ; M. MENIUCQ, « Les possibilités de transfert de siège social au sein de la Communauté européenne », *J.C.P.*, 2009, II, 10027, pp. 40-42.

⁴⁶ Ainsi, dans le cadre d'un transfert du siège social, « 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 des avocats général J. Kokott précédant CJUE, 29 novembre 2011, *National Grid Indus*, aff. C-371/10, non encore publié au Recueil).

⁴⁷ Voy. en ce sens, S. FRANCO, *op. cit.*, pp. 686-691 ; T. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, Aix-en-Provence, PUAM, 2009, pp. 208-210 ; Comp. M. MENIUCQ, « Les possibilités de transfert de siège social au sein de la Communauté européenne », *op. cit.*, pp. 37-42 et D. PASTRICK, « Arrêt *Cortese* : nouvelles précisions sur les modalités de transfert du siège social au regard de la liberté d'établissement », *op. cit.*, p. 794.

⁴⁸ S. FRANCO, *op. cit.*, p. 690.

⁴⁹ G. SANTORO, « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt *Cortese* », *R.U.D.E.*, 2010, p. 362.

⁵⁰ S. FRANCO, *op. cit.*, p. 690.

⁵¹ Voy. not. le point 30 de l'arrêt *Vale*, précité.

⁵² Voy. not. les points 45, 48 et 53 de l'arrêt *Vale*, précité.

réel, on peut affirmer que la sanction traditionnelle de dissolution qui pouvait, jadis, s'appliquer au déplacement du siège réel, n'est plus conforme à la liberté d'établissement des lors que ce déplacement intervient dans le cadre d'une transformation intra-européenne réalisée au moyen d'un transfert du siège social.⁵³ Selon Kristof Maresceau, cette solution devrait également être étendue aux simples déplacements factuels de l'établissement principal – c'est-à-dire les déplacements qui ne sont pas consacrés formellement par des décisions de l'assemblée générale adoptées dans les deux États concernés –, en accordant à la personne morale migrante un délai raisonnable pour réaliser les formalités de transformation transfrontalière dans l'État membre d'accueil⁵⁴. Au-delà de la question de savoir si un groupement peut être autorisé à se prévaloir de la liberté d'établissement à l'encontre d'un État membre vis-à-vis duquel le rattachement a, par hypothèse, été rompu, une telle solution semble peu souhaitable sous l'angle de la protection des créanciers, des actionnaires minoritaires et des tiers en général. Elle aboutirait, en effet, à faire courir un « délai de suspicion » au cours duquel régnerait une incertitude quant au statut interne de la personne morale. Sur la base des enseignements combinés des arrêts *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art et Cartesio*, il semble cependant probable qu'une transformation transfrontalière puisse être couverte par la liberté d'établissement, alors même que le siège réel de la personne morale demeurerait localisé dans l'État membre d'origine. Pour cela, il conviendrait cependant que la règle de rattachement à la loi de l'État membre d'accueil n'exige pas la coïncidence sur son territoire du siège statutaire et du siège réel⁵⁵. Si, par contre, l'État membre d'origine adopte une variante rigide de la théorie de l'incorporation, l'arrêt *Cartesio*, tel qu'interprété à la lumière de l'arrêt *Vale*, impose désormais d'abandonner l'idée de l'immuabilité de l'incorporation en admettant la possibilité de la survie de la personnalité morale en cas de « *re-incorporation* » dans un autre État membre⁵⁶.

Sous-section 2

Le traitement fiscal du transfert transfrontalier du siège social

En vertu d'un principe de « souveraineté fiscale », chaque État est libre d'établir son propre système d'imposition et de fixer les orientations de sa politique fiscale d'une manière autonome⁵⁷. Corrélativement, ils n'ont, en principe, pas

⁵³ Voy. aussi K. Maresceau, « 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, n°s 30 et 31.

⁵⁴ *Ibid.*, n° 31.

⁵⁵ *Ibid.*, n° 37.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Selon la définition des Professeurs Guy Gest et Gilbert Tixier, à laquelle une majorité d'auteurs semble se rallier, « une entité territoriale déterminée, bénéficiant ou non de la souveraineté politique, est réputée, pour de la souveraineté fiscale des lors qu'elle dispose d'un système fiscal présentant deux caractéristiques essentielles, d'une part une autonomie technique, d'autre part une exclusivité d'application dans

l'obligation d'adapter leur propre régime aux systèmes de taxation des autres États membres en vue d'éliminer la double imposition internationale⁵⁸. Dans la pratique, la plupart des États délimitent cependant leur souveraineté fiscale en s'inspirant d'un principe de « territorialité », lequel est notamment associé à une composante temporelle, à savoir la qualité de résident du contribuable au moment où le bénéfice imposable a été recueilli⁵⁹. Ce principe de territorialité est toutefois une notion à géométrie variable qui ne présente, à l'heure actuelle, aucun contenu précis au niveau international. Dès lors, il connaît des applications parfois très différenciées dans la législation des États européens. D'égale souveraineté fiscale, ces derniers sont donc, *a priori*, libres de circoscrire de façon discrétionnaire l'étendue de leur pouvoir d'imposition et de définir leur conception du principe de territorialité⁶⁰.

Dans la majorité des États membres de l'Union, l'émigration des sociétés résidentes entraîne l'exigibilité d'un impôt qui a pour but de préserver les recettes fiscales de cet État sur certaines catégories de revenus latents et d'éviter les manœuvres d'évasion fiscale. En règle, cet impôt frappe également le transfert des actifs sociaux à un établissement stable étranger ainsi que le transfert entre deux établissements stables situés dans des États membres différents. L'impôt de sortie ou d'émigration est susceptible de prendre des formes diverses en fonction de la législation examinée. Cela étant, malgré certaines divergences relevant des modalités de mise en œuvre, les législations des États membres présentent d'importantes similitudes. En ce qui concerne le droit belge, nous verrons que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 14 avril 2011⁶¹, toutes les sociétés résidentes peuvent cependant bénéficier d'un régime de « neutralité fiscale », tel qu'il est prévu par la directive fiscale « fusion ». Jadis, la législation française assimilait également le transfert transfrontalier du siège social à une cessation d'entreprise, ce qui entraînait l'imposition des bénéfices d'exploitation de l'exercice, des bénéfices en sus de l'imposition et des plus-values latentes⁶². À l'instar de la solution belge, le droit français organise désormais un régime de « neutralité » à l'égard des transferts du siège social réalisés à destination d'un État membre de l'UE par une société résidente. Celui-ci est toutefois subordonné au maintien des actifs dans un établissement stable français.

le territoire en question » (C. Gest et G. Tixier, *Droit fiscal international*, 2^e éd. Collection Droit Fondamental, Paris, PUF, 1990, p. 15).

⁵⁸ En ce sens, voy. CJE, 16 juillet 2009, *Domusiaux*, aff. C-128/08, *Rec.*, p. I-06823. Voy. également CJCE, 14 novembre 2006, *Kerckhaert et Moras*, aff. C-513/04, *Rec.*, p. I-10967.

⁵⁹ CJCE, 7 septembre 2006, aff. C-470/04, *N. Rec.*, p. I-7409, points 41 à 46 et les conclusions de l'avocat général J. Kokott, précitant cette affaire, points 91 à 101.

⁶⁰ Ainsi, même si l'*imperium* étatique n'est, en principe, pas limité aux frontières nationales, « il faut encore que l'administration fiscale ait l'autorité nécessaire pour appliquer les lois fiscales. Or, le pouvoir d'exécution qui suppose l'exercice de l'*imperium* ne peut s'exercer en territoire étranger, sauf autorisation accordée par l'État étranger en question » (A. Tiberghien et al., *Manuel de droit fiscal* 2009-2010, Watervliet, Kluwer, 2010, p. 18).

⁶¹ Loi du 14 avril 2011 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 6 mai 2011.

⁶² D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, Paris, Montchrestien, 2010, pp. 453-457.

Comme on peut le constater, le bénéfice du régime de neutralité n'est accordé, en Belgique et en France, que s'il n'entraîne aucune diminution de l'assiette imposable dans l'État d'émigration de la société. Cette exigence est présente dans la législation de nombreux autres États membres et, comme nous le verrons, celle-ci est désormais contraire au droit de l'UE, en tant qu'elle implique l'immobilisation inconditionnelle des actifs sociaux. Dans certains États comme l'Espagne ou le Portugal, le transfert à l'étranger de la résidence fiscale ou des actifs sociaux donne lieu à une imposition des plus-values latentes affectées aux actifs transférés. Conformément aux législations concernées, la différence entre la valeur de marché et la valeur comptable de ces actifs, au moment du transfert, doit être ajoutée aux revenus de la société affectés à l'année au cours de laquelle celle-ci a cessé d'être fiscalement résidente ou au cours de laquelle les actifs sociaux ont été transférés à l'étranger. En vertu des législations néerlandaises et italiennes, le transfert à l'étranger de la résidence fiscale donne fictivement lieu à la réalisation des actifs de la société, à moins que ceux-ci ne demeurent affectés à un établissement stable dans l'État de départ.

Au-delà de ces quelques exemples, l'analyse comparée laisse apparaître que de nombreux États membres ont mis en place un impôt d'émigration ou de sortie qui s'appuie sur la valeur de marché (*fair market value*) de certaines catégories d'actifs transférés et devient exigible au moment du transfert de la résidence fiscale à l'étranger, lorsque la société est encore résidente. Ce type d'impôt est parfois qualifié de « immédiate exit taxation ». L'on observe également d'autres types de règles dans la législation de certains États membres qui aboutissent à prolonger fictivement la qualité de résident d'une société qui a effectivement immigré dans un autre État membre. Celles-ci sont parfois appelées « trailing taxes ». Plus récemment, certains États membres ont mis en œuvre, à l'instar de l'Italie, la possibilité de suspendre le recouvrement de l'impôt de sortie jusqu'au moment de la réalisation effective des actifs transférés. Comme nous le verrons, l'évolution du droit de l'UE impose désormais la généralisation de ces mesures organisant un report du recouvrement de l'impôt.

D'une manière générale, les *exit taxes* sont susceptibles de générer une double imposition économique qui résulte d'une appréciation différente (et décalée dans le temps), par l'État d'émigration et l'État d'immigration, du principe de territorialité qui fonde leur imposition. À première vue, l'on pourrait s'attendre à ce que les conventions préventives de la double imposition conclues entre les États membres permettent de désamorcer ce genre de difficultés. Cependant, ces conventions fiscales sont généralement impuissantes à résoudre la double imposition susceptible de surgir dans les situations d'émigration. Les impôts de sortie suscitent d'abord des difficultés de qualification au regard de la convention modèle OCDE, notamment parce qu'ils frappent le plus

souvent un revenu fictif (c'est-à-dire non réalisé)⁶³. Selon une doctrine majoritaire, les plus-values fictives (c'est-à-dire latentes) imposées immédiatement avant l'émigration des sociétés (*immédiate exit taxation*) ne sont pas visées par la disposition du modèle OCDE relative aux plus-values (l'art. 13 du modèle) dans la mesure où cet article suppose une aliénation effective. L'on considère donc généralement que l'article consacré aux « autres revenus » leur est applicable (l'art. 21 du modèle)⁶⁴. Celui-ci confère un pouvoir d'imposition exclusif à l'État de résidence de la société qui, par hypothèse, est l'État d'émigration. Or, l'objet des conventions fiscales est essentiellement de répartir le pouvoir d'imposition lorsque celui-ci est dévolu concurrentement à deux ou plusieurs États. Les dispositions nationales qui aboutissent à prolonger la résidence fiscale d'une société postérieurement à son émigration effective reçoivent, quant à elles, un traitement différent dans les conventions fiscales internationales. En principe, celles-ci sont vouées à perdre leur effet, à tout le moins lorsque la convention en cause est conforme au modèle OCDE. L'article 4 de ce modèle contient, en effet, une définition propre de la résidence pour l'application de la convention. Dans ce cadre, une « ne-breaker rule » permet de résoudre les situations de double résidence en identifiant la résidence conventionnelle des sociétés dans l'État où leur siège de direction effective est situé. Il découle de ce qui précède qu'à partir du transfert du siège social, seul l'État d'immigration sera autorisé à prélever l'impôt sur la base du critère de la résidence fiscale.

§ 1. L'immigration en Belgique des sociétés étrangères

A. Éléments de fiscalité des revenus

Dès l'instant où une société établie à l'étranger décide de transférer son siège social en Belgique, elle rencontrera, en principe, les prévisions de l'article 2, § 1^{er}, 5^e, b) du CIR et, en qualité de société « résidente », sera soumise à l'impôt des sociétés (art. 179 CIR)⁶⁵. Livrés à l'obligation de définir la situation fiscale d'une telle société au moment de son assujettissement à l'impôt des sociétés, les praticiens ont longtemps été confrontés à des incertitudes résultant notamment du fait que le CIR ne contenait que peu d'indications sur la qualification fiscale des différentes composantes des fonds propres, l'évaluation des

⁶³ P. BRANDSTETTER, *The Substantive Scope of Double Tax Treaties - a Study of Article 2 of the OECD Model Conventions*, Doctoral thesis, WU Vienna University of Economics and Business, 2010 et les références citées.

⁶⁴ B.M. CARAWASCH, « Exit taxes and the OECD Model Convention », *Tax Notes International*, vol. 43, n° 3, 2008, p. 21, et les références citées ; L. DE BRUE, « Emigratiebelastingen : zijn ze verenigbaar met de dubbelbelastingverdragen en het EG-Recht ? », in *Libert amicorum Himmels*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 103 et s. ; B. PIETERS, « De inkomstenbelastingen in het Belgisch fiscaal recht in het licht van het adagium 'pacta sunt servanda' », in *Libert amicorum Willy Maetkeberghe*, Bruxelles, RHS, 1993, pp. 343 et s.

⁶⁵ J. KIRKPATRICK et D. GARABEDIAN, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2003, n° 3.20, p. 315, note 2.

actifs et le maintien des pertes de la société après le transfert⁶⁶. Bien que le déplacement, en Belgique, du siège de direction effective d'une société établie à l'étranger ne soit pas considéré, *per se*, comme un événement taxable lorsqu'il intervient en continuité de la personnalité juridique⁶⁷, l'absence d'une réglementation spécifique de cette opération laissait planer des doutes quant à d'éventuelles conséquences indésirables résultant de l'assujettissement de la société au droit commun de l'impôt des sociétés⁶⁸.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 11 décembre 2008⁶⁹, le statut fiscal des sociétés immigrantes est déterminé, à titre principal, par les articles 184bis, § 5 et 184ter, § 2, alinéas 2 à 6 CIR. Ces dispositions organisent un régime de neutralité fiscale du transfert, en Belgique, du siège social d'une société étrangère. Comme nous le verrons, celui-ci est calqué sur le régime de l'absorption d'une société étrangère par une société résidente dans le cadre d'une fusion transfrontalière⁷⁰. Schématiquement, l'approche suivie par le législateur permet de tenir compte, lors de l'assujettissement à l'impôt belge des sociétés, du

⁶⁶ Pour une excellente vision d'ensemble, voy. M. VAN GILS, « Zetoverplaatsing vóór en ná de wet van 11 december 2008. Deel I. Immigratie », *TFR*, 2009, pp. 823 et s. Voy. aussi H. LAMON, « Emigration ou immigration de sociétés sous l'angle comptable et fiscal : où en sommes-nous ? », *R.G.F.*, n° 6, juin 2005 ; A. HUYBRE, « Fiscale aspecten mbt. de immigratie van buitenlandse vennootschappen in België », in *Libert Americanum* Luc Himekens, Bruxelles, Bruylant 2002, p. 251 ; A. DE BANOY et B. MALVAUX, « Les conséquences fiscales du transfert en Belgique du siège social d'une société étrangère », *C&FP*, 1998, III, 9, pp. 41-49 ; W. PIOT, « Fiscale implicaties van zetoverplaatsing naar en van België », *A.F.T.*, 1997, pp. 11 et s. ; L. JOUR, « Zetoverplaatsing », in W. MACQUELBERG (éd.), *Fiscaal Praktijkboek Directe Belastingen 1995-1996*, Diegem, Ced. Samson, 1996, pp. 189-209 ; E. VAN DER BRUGEN, « Het fiscaal regime van naar België verplaatste vennootschappen », *T.R.V.*, 1994, pp. 496 et s. ; J.-P. LACAS, « De migratie van vennootschappen en de Belgische inkomstenbelastingen », in *Libert Americanum* Prof. Em. E. Krings, Gand, Story-Scientia, 1991, pp. 1031 et s.

⁶⁷ D. De Cneta, M. MASSART, H. LAMON, A. VAN BAVE, *Aspects fiscaux de la comptabilité et technique de la déclaration fiscale*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2006, n° 872, p. 394. En effet, le Code des impôts sur les revenus n'établit pas d'imposition spécifique à l'occasion du transfert, en Belgique, de la résidence fiscale d'une société étrangère. L'opération ne constitue donc pas le fait générateur d'un impôt, à l'inverse de l'émigration qui donne lieu à l'application de l'article 210, § 1^{er}, 4^{re} du CIR.

⁶⁸ Afin de répondre à l'existence d'un régime légal spécifique à l'immigration des sociétés, le ministre des Finances s'est prononcé, à plusieurs reprises, en réponse à des questions parlementaires, ce qui a permis de fixer certaines balises. Voy. not. Q. & R. *parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, 18 avril 1994, p. 10462, Q. n° 967, Dupré, 8 mars 1994 ; Q. & R. *parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, 13 juin 1994, p. 11345, Q. n° 109, de Clippelle, 29 mars 1994 ; Q. & R. *parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1995-1996, 26 février 1996, p. 2531, Q. n° 23, Dupré, 11 décembre 1995 ; Q. & R. *parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, p. 2274, Q. n° 234, de Clippelle, 22 septembre 1992. Pour une synthèse de ces questions, voy. P. DAUJONINCKEN, « Zetoverplaatsing naar België : wat zijn de bestaande reserves ? », *Fiscologie*, n° 561, 3 avril 1996, p. 4.

⁶⁹ Loi du 11 décembre 2008 modifiant le Code des impôts sur les revenus 1992 en vue de le mettre en concordance avec la directive 90/434/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etat membres à un autre, modifiée par la directive 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005, M.B., 12 décembre 2009.

⁷⁰ Le législateur considère, en effet, ces opérations comme deux formes alternatives de réorganisation qui, dès lors, doivent être traitées fiscalement de manière identique (voy. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 1398/1, pp. 16 et 32).

bilan existant au moment du transfert, c'est-à-dire de retenir la valeur comptable des éléments étrangers (actifs et, en principe, passifs) à ce moment pour déterminer leur valeur fiscale⁷¹.

Sous réserve des exceptions sur lesquelles nous reviendrons, le régime de neutralité s'applique indifféremment à l'ensemble des formes juridiques étrangères, sans distinction de leur origine européenne ou non-européenne. Le législateur ne précise cependant pas si le bénéfice de la neutralité est limité aux opérations de transfert du siège social qui se réalisent en continuité de la personnalité juridique ou si'il est également étendu aux transferts impliquant la dissolution de la personne morale initiale et la reconstitution, en Belgique, d'une nouvelle société. Comme l'a relevé Michael Van Gils, la notion de transfert du siège social n'a de sens, juridiquement, que lorsque l'opération implique la continuité de la personnalité juridique de la société. À défaut, le « transfert » s'analyse, tout au plus, comme une dissolution, suivie d'une liquidation de la société étrangère, accompagnée de l'apport d'une créance de liquidation à une nouvelle société constituée dans l'Etat d'accueil⁷². Dans la mesure où ces opérations font l'objet, en droit fiscal belge, d'un traitement spécifique, il conviendra donc de réserver le bénéfice du régime de neutralité issu de la loi du 11 décembre 2008 aux transferts qui sont réalisés en continuité de la personnalité juridique originnaire⁷³. Dans les lignes qui suivent, nous décrivons les principales caractéristiques de ce régime en renvoyant, pour le surplus, à la littérature spécialisée.

1. Identification des éléments des capitaux propres

L'article 184bis, § 5 du CIR dispose que dans l'hypothèse où une société étrangère (lire « non-résidente fiscalement ») transfère en Belgique son siège social, son principal établissement ou son siège de direction et devient, de ce fait, soumise à l'impôt des sociétés, le montant du capital fiscal est censé correspondre au capital statutaire, aux primes d'émission et aux sommes souscrites à l'occasion de l'émission de parts bénéficiaires de cette société, dans la mesure où ces éléments remplissent les conditions posées par l'article 184, alinéas 1^{er} et 2 pour la définition du capital libéré au sens de l'impôt des sociétés⁷⁴. Les autres éléments des capitaux propres sont considérés comme des réserves taxées⁷⁵, à

⁷¹ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 1398/1, pp. 16, 17 et 19. Voy. aussi J. KIKKAVRICK et D. GARABEDIAN, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, op. cit., n° 3.116.

⁷² M. VAN GILS, « Zetoverplaatsing vóór en ná de wet van 11 december 2008. Deel I. Immigratie », op. cit., p. 832.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Sur la définition des fonds propres sociaux et la réconciliation entre les données comptables et fiscales, voy. Th. BROCKERY, *Acquisitions et fusions*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 61 et s.

⁷⁵ Pour une application jurisprudentielle récente de ce principe, avant l'entrée en vigueur de la loi du 11 décembre 2008, voy. Arrêts, 1^{er} avril 2008, *TFR*, avril 2009, pp. 359 et s., et note de K. BROUSSELAER, « Landinwaarse zetoverplaatsing en voorheen uitgegeven meerwaarden op aandelen : de Belgische fiscus vist achter het net », pp. 366-369. Sur cette décision, voy. aussi M. VAN GILS, « *Quid des plus-values sur actions exprimées antérieurement ?* », *Le Fiscalogist*, n° 1121, 20 juin 2008, p. 13.

l'exclusion des réserves exonérées liées à un établissement belge dont disposerait cette société étrangère avant le transfert. Ces dernières doivent, quant à elles, être reprises par la société devenue résidente fiscale à la suite du transfert parce qu'à défaut, elles seront considérées comme des bénéfices impossibles (art. 228, § 2, 3^o bis CIR⁷⁹).

Par exception à la règle générale, les « autres éléments des capitaux propres » transférés de l'étranger sont considérés comme des réserves exonérées lorsque la société immigrante est visée à l'article 203, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o du CIR⁷⁷, sauf si celle-ci était établie dans un pays de l'UE et y était soumise aux dispositions du droit commun en matière d'impôt⁸⁰. L'exonération reste d'application dans la mesure où cette quotité est portée et maintenue à un ou plusieurs comptes distincts du passif et où elle ne sert pas de base au calcul de la dotation annuelle de la réserve légale ou des rémunérations ou attributions quelconques (art. 184bis, § 5, al. 4 CIR). Comme on a pu lire, il semble que cette disposition anti-abus doive également s'appliquer « aux entités qui, en raison de leur transparence fiscale (à l'étranger), n'ont pas été soumises à l'impôt dans leur pays d'origine »⁸¹.

2. Détermination de la valeur fiscale des éléments de l'actif et du passif

Lors de l'immigration, en Belgique, d'une société étrangère, il convient de retenir la valeur comptable des actifs étrangers (éléments liés aux établissements étrangers ou situés à l'étranger), au moment du transfert de la résidence fiscale, pour déterminer la valeur fiscale de ceux-ci qui servira de base au calcul des plus-values et moins-values réalisées ultérieurement (art. 184ter, § 2, al. 2 CIR)⁸².

⁷⁶ Cette disposition est importante dans la mesure où elle fonde l'imposition, à titre de bénéfices, des plus-values latentes affectées à des actifs qui seraient transférés d'un établissement belge d'une société étrangère au siège de celle-ci. Sur la problématique des conséquences fiscales liées au transfert transfrontalier de actifs, voy. H. LAMON, « Cross-border Business Restructuring », *Cah. dr. fisc. int.*, vol. 96a, IFA, 2011, pp. 133 et s.; Th. BLOCCHE, « Tax treatment of international acquisitions of businesses », *Cah. dr. fisc. int.*, vol. 90b, IFA, 2005, pp. 143 et s.

⁷⁷ Plus concrètement, « une société qui n'est pas assujettie à l'impôt des sociétés ou à un impôt étranger analogue à cet impôt ou qui est établie dans un pays dont les dispositions du droit commun en matière d'impôts sont notablement plus avantageuses qu'en Belgique ». Dans la littérature, cette définition est souvent résumée par un renvoi à la notion (imprécise) de « société provenant d'un paradis fiscal ».

⁷⁸ Sur la position (plus favorable au contribuable) défendue, avant l'entrée en vigueur de la loi du 11 décembre 2008, par le ministre des Finances, voy. not. Q. & R. parl., Ch. repr. sess. ord. 1995-1996, 26 février 1996, p. 2531, Q. n° 23, Dupré, 11 décembre 1995, Q. & R. parl., Ch. repr. sess. ord. 1993-1994, 18 avril 1994, p. 10462, Q. n° 947, Dupré, 8 mars 1994, Q. & R. parl., Ch. repr. sess. ord. 1993-1994, 13 juin 1994, p. 11345, Q. n° 109, de Clippelle, 25 mars 1994, Q. & R. parl., Ch. repr. sess. ord. 1995-1996, 26 février 1996, p. 2531, Q. n° 23, Dupré, 11 décembre 1995, Q. & R. parl., Ch. repr. sess. ord. 1992-93, p. 2274, Q. n° 234, de Clippelle, 22 septembre 1992. Pour une synthèse de ces questions, voy. P. DRIJKONINGEN, « Zetoverplaatsing naar België: wat zijn belaste reserves? », *op. cit.*, p. 4.

⁷⁹ X., « Impôt des sociétés. Transposition de la directive sur les fusions », *Cour. fisc.*, 09/70 ; P. SMET, « De nieuwe fiscale regels inzake fusies na omzetting van de fusientilijp », *Seminarie Fisciologie* du 7 octobre 2008, p. 49.

⁸⁰ M. VAN GILS et A. PEETERS, « Transfert de siège en Belgique : conséquences comptables », *Le Fisciologie*, n° 1245, 7 avril 2011, p. 8. Le système belge se caractérise donc par un report des plus-values latentes liées

Afin d'éviter les abus résultant de la création d'un « step-up »⁸³ fiscal susceptible de mener à des déductions plus importantes pouvant sortir leurs effets dans la détermination du résultat imposable en Belgique⁸⁴, l'article 184ter, § 2, alinéa 6 du CIR prévoit cependant une dérogation au principe : les moins-values, réductions de valeur ou amortissements sur les éléments étrangers existant au moment du transfert sont, en principe, uniquement déductibles dans la mesure où la valeur comptable de ces éléments est inférieure à leur valeur fiscale nette au moment de l'opération⁸⁵.

La loi ne précise pas si la détermination de la valeur comptable doit tenir compte de la réglementation comptable du pays d'origine ou s'il convient de s'appuyer sur les règles belges mais à la suite de Michael Van Gils et A. Peeters, il semble cohérent de défendre le recours à la valorisation comptable retenue dans l'État d'émigration de la société⁸⁶. À l'égard des sociétés visées à l'article 203, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o du CIR, c'est-à-dire essentiellement celles qui immigreront en provenance d'un paradis fiscal, la détermination de la valeur fiscale de leurs actifs et passifs ne peut reposer sur la notion de « valeur comptable au moment l'opération » (art. 184ter, § 2, al. 3 CIR). Le législateur ne propose cependant pas de méthode d'évaluation alternative, ce qui génère une insécurité juridique regrettable.

Il ressort des travaux préparatoires de la loi du 11 décembre 2008 que l'idée sous-jacente qui préside à la mise en place de l'article 184ter, § 2, alinéa 2 du CIR est la volonté de ne pas imposer les plus-values affectées à la période précédant le déplacement du siège social en Belgique puisqu'aucun critère d'imposition ne permettrait, avant l'opération, de rendre impossibles en Belgique ces éléments étrangers⁸⁷. Comme on a pu lire, le recours à la notion de « valeur comptable » (et non de valeur réelle) au moment du transfert pour la détermination des plus-values et moins-values ultérieure n'est sans doute pas le plus adéquat pour atteindre ce résultat⁸⁸. La méthode retenue par le législateur reflète ainsi une application à géométrie variable du principe de

⁸³ aux actifs étrangers transférés à l'occasion du transfert de la résidence fiscale en Belgique (P.-Fr. COPPENS, « Immigration d'une société étrangère et émigration d'une société résidente », *Fiscali*, n° 288, janvier 2010, p. 7).

⁸⁴ Dans le chef de l'État d'immigration d'une société, l'application de la méthode du « step-up » signifie qu'à l'occasion de l'assujettissement initial de celle-ci à l'impôt sur son territoire, cet État va évaluer les éléments d'actif et de passif selon leur valeur économique actuelle, et non leur valeur comptable. De cette façon, les doubles impositions sont évitées et les moins-values ultérieures sont prises en considération dans l'état d'actuel.

⁸⁵ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr. sess. ord. 2007-2008, n° 1398/1, p. 16.

⁸⁶ *Ibid.*, pp. 17 et 33.

⁸⁷ M. VAN GILS et A. PEETERS, « Transfert de siège en Belgique : conséquences comptables », *op. cit.*, p. 8. Voy. aussi M. VAN GILS, « Zetoverplaatsing vóór en ná de wet van 11 december 2008. Deel I. Immigratie », *op. cit.*, p. 834 ; W. VANDENBERGHE, « De omzetting van fiscaalright. Duiding bij een labyrint van bepalingen inzake inbrengen van een bedrijfszaak of algemeenschap, fusies en splitsingen », *A.F.T.*, 2009, n° 4, p. 56.

⁸⁸ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr. sess. ord. 2007-2008, n° 1398/1, p. 16.

⁸⁹ X., « Impôt des sociétés. Transposition de la directive sur les fusions », *op. cit.*

territorialité, laquelle s'illustre de manière particulièrement nette à l'égard des situations d'immigration des sociétés en provenance d'États où la fiscalité des sociétés est notablement plus avantageuse qu'en Belgique⁸⁷. Quoi qu'il en soit, dans la plupart des cas, la Belgique sera privée du pouvoir d'imposition des plus-values relatives aux éléments étrangers en application de la convention fiscale conclue avec l'État sur le territoire duquel l'établissement stable étranger est situé⁸⁸.

À l'égard des éléments liés à l'établissement belge préexistant au transfert du siège social, le législateur a souhaité mettre en place un régime de neutralité fiscale dont pourra bénéficier la société résidente à l'issue du transfert⁸⁹. En dépit d'un manque de clarté certain, une continuité fiscale est assurée à l'égard des réductions de valeur, provisions, sous-estimations, surimpositions, subsides en capital, créances, plus-values et réserves relatifs à l'établissement belge ou aux éléments affectés en Belgique de la société préalablement au transfert de son siège social (art. 184ter, § 2, al. 4 CIR). Le passage de l'impôt des non-résidents à l'impôt des sociétés s'opère donc, en principe, moyennant un report des valeurs fiscales de l'établissement stable⁹⁰.

Relevons enfin le silence de la loi à l'égard des méthodes d'évaluation fiscale des éléments de passif, auquel certains auteurs ont suppléé en se prononçant en faveur d'une application *mutatis mutandis* des règles prévues pour l'évaluation des éléments d'actif⁹¹.

3. Transfert des pertes

On mentionnera tout d'abord que les pertes antérieures de l'établissement belge préexistant au transfert du siège social peuvent être intégralement déduites des revenus de la société résidente (art. 206, § 3 CIR)⁹². L'ensemble des sociétés sont, ici, visées par cette disposition. Les pertes étrangères ne sont, quant à elles, pas déductibles, ce qui paraît être en ligne avec une certaine conception de la territorialité défendue par le législateur⁹³.

Au-delà, on peut s'interroger sur la possibilité de transférer l'ensemble des caractéristiques fiscales secondaires des éléments d'actif de l'établissement belge

⁸⁷ M. VAN GILS, « Zeeveverplaatsing vóór en ná de wet van 11 december 2008. Deel I. Immigratie », *op. cit.*, p. 836.

⁸⁸ À titre informatif, voy. l'article 13, § 2 de la convention modèle OCDE. La liste des conventions fiscales conclues par la Belgique est consultable à l'adresse suivante : www.fiscus.fgov.be/.

⁸⁹ Exposé des motifs, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 1398/1, p. 19.

⁹⁰ H. LAMON, G. SPANOGHE, D. GILLET, « Réorganisations transfrontalières d'entreprises : Transposition de la Directive fusion en droit fiscal belge », *C. & P.* n° 09/04-02, p. 86.

⁹¹ M. VAN GILS et A. PEERTS, « Transfert de siège en Belgique : conséquences comptables », *op. cit.*, p. 8.

⁹² Sur cette problématique, voy. W. CAERS, « Règles belges relatives à la déduction des pertes étrangères après la loi du 11 décembre 2008 », *J.R.F.*, 2010/4, pp. 11-12.

⁹³ M. VAN GILS, « Zeeveverplaatsing vóór en ná de wet van 11 december 2008. Deel I. Immigratie », *op. cit.*, p. 836.

préexistant vers la société nouvellement résidente. Compte tenu de l'objectif de neutralité poursuivi par le législateur, il semble cohérent d'avancer qu'un excédent de RDT, par exemple, puisse être transféré d'un établissement belge à la société résidente, à la suite d'un transfert du siège social en Belgique⁹⁴. La question demeure cependant débattue⁹⁵.

B. Éléments de droit comptable

Dans la mesure où la réglementation comptable belge a vocation à s'appliquer à l'ensemble des entreprises au sens du droit comptable, il ne fait pas de doute qu'une société étrangère ayant transféré en Belgique son établissement principal y sera soumise⁹⁶. Une difficulté provient cependant du fait qu'aucune règle spécifique n'est prévue pour régir l'hypothèse du transfert, en Belgique, du siège social d'une entreprise établie à l'étranger.

Dans un avis du 8 décembre 2010, la Commission des normes comptables (CNC) a précisé les répercussions de l'immigration d'une société étrangère en Belgique sur la tenue de la comptabilité et l'établissement des comptes annuels⁹⁷. En ligne avec le traitement juridique de l'opération, l'avis de la CNC adopte le principe de la continuité comptable qui couvrira les transferts de l'établissement principal impliquant une continuité de la personnalité juridique. En synthèse, la société sera soumise aux obligations auxquelles sont soumises les entreprises belges (voy. la loi comptable, ses arrêtés d'exécution, de même que les dispositions relatives à l'établissement et à la publication des comptes annuels) à compter du transfert de son siège social en Belgique. L'avis prévoit que les comptes annuels relatifs à l'exercice au cours duquel le transfert a eu lieu pourront être considérés comme les comptes annuels du premier exercice auquel s'appliquent les dispositions du droit comptable belge⁹⁸.

C. Éléments de droits d'enregistrement

Conformément à l'article 118 du Code des droits d'enregistrement (ci-après, CDE), le transfert en Belgique depuis l'étranger du siège de direction effective et/ou du siège statutaire d'une société est considéré comme la constitution d'une nouvelle société, laquelle est, en principe, soumise au droit d'apport

⁹⁴ En ce sens, M. VAN GILS, « Le sort incertain de l'excédent de RDT en cas de réorganisation », *R.C.F.*, 2011/4, p. 16.

⁹⁵ B. DE MAVER, « Que faire de l'excédent de RDT en cas de réorganisations (transfrontalières) ? », *Fiscalnet*, Hebdo du 12 décembre 2009.

⁹⁶ D. DE CROM, M. MASSART, H. LAMON, A. VAN BAVEL, *Aspects fiscaux de la comptabilité et technique de la déclaration fiscale*, 3^e éd., *op. cit.*, n° 872.

⁹⁷ Avis CNC, n° 2011/2 du 8 décembre 2010.

⁹⁸ Pour un premier commentaire de cet avis, voy. M. VAN GILS et A. PEERTS, « Transfert de siège en Belgique : conséquences comptables », *op. cit.*, p. 8. Voy. aussi S. VAN CROMBROECK, « Kroniek : boekhoudrecht (mei 2010 - april 2011) », *J.R.V.*, 2011/4, n° 7, 5. GOEWINNE, « Zeeveverplaatsing naar België : vergelijkende cijfers hoogst aangewezen », *Internationale Fiscale Actualiteit*, 2011, n° 2, p. 7.

prévu par les articles 115 et 115bis du CDE⁹⁹. Sous l'influence du droit de l'UE qui tend à l'élimination des obstacles aux rassemblements de capitaux¹⁰⁰, le droit proportionnel d'apport qui s'élevait jadis de 0,5 %¹⁰¹ fut ramené à 0 % depuis le 1^{er} janvier 2006¹⁰². Du même coup, l'enjeu relatif à l'assimilation du transfert du siège social à un apport d'universalité, au sens de l'article 117, § 1^{er} du CDE, a perdu beaucoup de son intérêt¹⁰³.

En principe, le transfert du siège social en Belgique s'analysera comme un apport « à titre onéreux » ou « mixte », lequel est soumis à l'article 120 du CDE. Cette disposition prévoit que lorsqu'un apport est rémunéré en partie autrement que par l'attribution de droits sociaux (ce qui est le cas, en l'espèce, puisque des éléments de passif sont automatiquement transférés), celui-ci est, dans la mesure de cette rémunération, assujéti aux droits fixés pour les conversions ayant pour objet des biens de même nature. L'application de ce principe pourrait donc donner lieu à l'application du droit de vente de 12,5 % (10 % en Région flamande) sur le montant des dettes affectées aux immeubles de la société sis en Belgique. Le risque d'une imposition de l'apport mixte est cependant limité aux hypothèses d'immigration d'une société en provenance d'un État non européen. L'article 121, 3^o du CDE a, en effet, exempté du droit proportionnel les apports (qu'ils soient mixtes ou non) résultant du transfert du siège de direction ou du siège statutaire d'une société, au départ d'un État de l'Union européenne¹⁰⁴.

§ 2. L'immigration à l'étranger des sociétés belges

A. Éléments de fiscalité des revenus

Bien que le transfert à l'étranger du siège social, du principal établissement ou du siège de direction ou d'administration de toutes les sociétés résidentes puisse aujourd'hui bénéficier d'un régime de « neutralité fiscale » à l'instar de celui prévu en matière de fusions transfrontalières, l'article 210, § 1^{er}, 4^o du CIR reflète encore l'analyse ancienne puisqu'il assimile fiscalement le transfert à une

⁹⁹ Pour un exposé général de la matière, voy. A. CUOT, « Dispositions communes à toutes les sociétés – Droits dérogatoires et I.V.A. applicables aux actes de sociétés », *Néop. not.*, t. XII, Livre 2/2, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 99 et s.

¹⁰⁰ La directive 2008/7/CE du 12 février 2008 (JO n° L46 du 21 février 2008, pp. 11-22) a succédé à la directive 69/335/CEE qui était abrogée, avec effet au 1^{er} janvier 2009. Ce texte réalise ainsi la réforme de la plus vieille directive fiscale encore en vigueur, qu'elle restreint et clarifie. En outre, elle tend son champ d'application à l'ensemble des opérations de constitution et de restructuration de sociétés de capitaux, avec ou sans augmentation de capital, y compris les apports d'actifs et les échanges d'actions, et au transfert de sociétés de capitaux d'un État membre à un autre. L'objectif de la directive est donc de parachever le processus de dénationalisation des opérations visées de toutes impositions indirectes.

¹⁰¹ Voy. l'article 119 du CDE pour la détermination de la base de perception.

¹⁰² Loi du 22 juin 2005 instaurant une déduction fiscale pour capital à risque (1), *M.B.*, 30 juin 2005, art. 20. Sur le débat ayant entouré cette question, voy. Chr. CHENAY et Chr. LAURENT, *Le régime fiscal des sociétés holding en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 62 et s. et les références citées.

¹⁰³ En ce sens, voy. Q. & R. *parl.*, Ch. rep., sess. ord., 2000-2001, n° 91 du 17 septembre 2001, p. 10.476.

dissolution, suivie d'une liquidation « forcée » impossible¹⁰⁵. L'application de la fiction organisée par cette disposition donne lieu à l'imposition des actifs monétaires¹⁰⁶, de la même manière que si la société décidait du partage de l'avoir social (art. 210, § 2 CIR)¹⁰⁷. Schématiquement, sont ainsi soumises à l'impôt des sociétés les plus-values latentes sur les actifs sociaux¹⁰⁸ et les réserves qui ont été antérieurement immunisées sous condition d'intangibilité¹⁰⁹. Le boni de liquidation qui reflète la différence positive entre les sommes réparties et le capital fiscal est, quant à lui, assimilé à un dividende soumis à un précompte mobilier de 10 % (art. 209, al. 1^{er} et art. 269, al. 1^{er}, 2^obis CIR)¹¹⁰.

Ce système constitue ce que l'on appelle, dans la littérature anglo-saxonne, une « exit tax » destinée à préserver les intérêts de l'État d'émigration d'une déperdition fiscale qui résulterait pour lui de la perte du droit d'imposition sur les revenus latents¹¹¹, accumulés au fil du temps, mais non encore imposés pour des raisons internes de politique fiscale. Celle-ci fut mise en place, en droit belge, à la suite de l'arrêt *Lamotte* du Conseil d'État¹¹², aux termes de la loi du 22 décembre 1989¹¹³. De nombreux commentateurs ont souligné le caractère exorbitant de la fiction fiscale mise en place par le législateur, notamment lorsque les actifs sociaux demeurent affectés à un établissement stable belge à l'issue du transfert¹¹⁴.

¹⁰⁵ Selon le *Commentaire administratif*, « la disposition de l'art. 210, § 1^{er}, 4^o, CIR 92, vise de manière explicite à assimiler à un partage de l'avoir social les cas où des sociétés résidentes transfèrent leur domicile fiscal (siège social, principal établissement ou siège de direction ou d'administration) à l'étranger » (Com. I.R., n° 210/22). Pour un aperçu détaillé de ce régime, voy. P. SMET et C. THOMPSON, « Emigratie van vennootschappen: einde van de Belgische exitheffing nabij? », *Fiscaal Praktijkboek Directie Bestaanden* 2010-2011, Malines, Kluwer, 2010, pp. 137-166; M. VAN GUS et K. DE BIE, « Zetelverplaatsing vóór en na de wet van 11 december 2008. Deel II. Emigratie », *TFR*, novembre 2010, pp. 303 et s.; N. BAWMANS, « Emigratie van vennootschappen met het oog op liquidatie. De beschrijving van misbruik geassocieerd aan dubbelbelasting en de emigratiebelasting ex artikel 210 § 1, 4^o WIB 1992: is de exit-tax verenigbaar met de hogere normen? », *TFR*, 2005, pp. 731 et s.

¹⁰⁶ Le fait générateur de l'impôt survient à la date de ce transfert (Com. I.R., n° 210/23).

¹⁰⁷ En dépit de la formulation quelque peu ambiguë de l'article 210, § 1^{er}, 4^o du CIR, il nous semble que l'assimilation fiscale du transfert du siège à une liquidation de la société ne s'appliquera qu'en cas de déplacement de la résidence fiscale à l'étranger, et non de démantèlement isolé du siège statutaire (en ce sens, voy. M. VAN GUS et K. DE BIE, *ibid.*, p. 842 et les références citées).

¹⁰⁸ À l'exception des plus-values sur actions qui sont exonérées en vertu de l'article 192, § 1^{er} du CIR.

¹⁰⁹ Afin de tempérer la rigueur de cette disposition, soulignons que l'imposition pourra être atténuée par le fait que la société pourra toujours bénéficier du report de ses pertes fiscales antérieures et de la déduction pour investissement que n'aurait pas encore été utilisée.

¹¹⁰ Lorsque l'actionnaire est une société belge ou établie dans un pays membre de l'UE, il pourra bénéficier de l'exemption prévue par la directive mère-filiale (art. 106, § 5 et 6 AR/CIR).

¹¹¹ Rappelons qu'en vertu de l'article 13 du modèle OCDE, le pouvoir d'imposition des plus-values réalisées est attribué à l'État de résidence du contribuable.

¹¹² C.E., 29 juin 1987, T.R.V., 1988, p. 110, note K. LEMAKERS, « Het personeel statuut van een Belgische vennootschap bij overbrenging van de werkelijke zetel naar buitenland », *Chron. not. légis.* 1988, vol. IX, p. 158.

¹¹³ M.B., 29 décembre 1989.

¹¹⁴ H. LAMON, « Emigratie ou immigration de sociétés sous l'angle comptable et fiscal : où en sommes-nous? », *op. cit.*, p. 86.

Un premier pas en direction d'une solution davantage proportionnée fut réalisé à l'occasion de la transposition de la directive 90/434/CEE (directive « fusion ») en droit belge par la loi du 11 décembre 2008. Celle-ci a introduit dans le CIR un régime de neutralité fiscale réservé aux sociétés européennes (SE) et coopératives européennes (SCE), calqué sur celui qui s'applique à l'absorption d'une société résidente belge par une société intra-européenne dans le cadre d'une fusion (art. 214bis CIR). Ce régime de neutralité repose sur les principes suivants : l'application des dispositions fiscales en matière de dissolution et de liquidation est exclue pour autant qu'après le transfert du siège social, les avoirs sociaux demeurent affectés à un établissement belge. Dans cette mesure, le régime de neutralité fiscale est d'application au transfert des caractéristiques fiscales par la société résidente avant le transfert du siège social¹¹⁵. Concrètement, l'article 214bis du CIR énonce qu'aucune imposition n'a lieu en vertu des articles 208, alinéa 2 et 209 du CIR (i) en ce qui concerne les éléments qui sont maintenus de manière permanente dans un établissement belge de la société¹¹⁶, et qui contribuent à la réalisation des résultats de cet établissement, et (ii) dans la mesure où les réserves exonérées de la société qui ne sont pas liées à un établissement étranger se retrouvent en tant que telles dans les capitaux propres de l'établissement belge de la société. Cet établissement assure donc le maintien de la structure des capitaux propres de la société émigrante¹¹⁷. En application de l'article 229, § 4, alinéas 5 et 10 du CIR, les réserves exonérées et taxées présentes dans la société résidente avant le transfert de son siège sont prises en considération dans l'établissement après l'opération comme respectivement des réserves exonérées et taxées dudit établissement belge de la société. D'autre part, les amortissements, déductions pour investissement, subsides en capital, crédits d'impôt pour recherche et développement, déductions pour capital à risque, moins-values ou plus-values à envisager dans le chef de la société, sont aussi déterminés comme si le transfert n'avait pas eu lieu. Notons, enfin, que seules les pertes éprouvées par la société en Belgique avant ce transfert sont déductibles dans l'établissement belge dont dispose la société après ce transfert (art. 240bis, § 2 CIR).

Récemment, une loi du 14 avril 2011¹¹⁸ a étendu le bénéfice du régime de neutralité prévu par l'article 214bis du CIR à l'ensemble des sociétés résidentes belges. Cette modification est intervenue afin de réagir à un avis motivé de la Commission européenne qui considérait la réglementation belge comme

¹¹⁵ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2007-2008, n° 1398/1, p. 19.

¹¹⁶ Comme l'ont relevé certains auteurs, il est donc possible d'opter pour une taxation partielle à concurrence des éléments qui ne sont pas maintenus auprès d'un établissement stable belge (voy. l'art. 228, § 2, 3bis du CIR) (H. LAMON, G. SPANOGHE, D. GILLET, « Réorganisations transfrontalières d'entreprises : Transposition de la Directive fusion en droit fiscal belge », *op. cit.*, p. 29).

¹¹⁷ X. « Impôt des sociétés. Transposition de la directive sur les fusions », *op. cit.*

¹¹⁸ Loi du 14 avril 2011 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 6 mai 2011.

contraire au droit de l'UE¹¹⁹. En dépit de la clôture de la procédure d'infraction par la Commission, la réglementation belge nous semble encore contenir une restriction à la liberté d'établissement garantie par les articles 49 et 54 du TFUE. Premièrement, sous l'angle du recouvrement de l'imposition, la législation belge apparaît disproportionnée par rapport à l'objectif qu'elle poursuit dans la mesure où elle ne prévoit aucune possibilité d'opter pour un recouvrement différé de la dette fiscale. En second lieu, l'analyse d'ensemble de la réglementation belge applicable à l'émigration et à l'immigration des sociétés laisse apparaître un défaut de cohérence susceptible de fournir à la Cour de justice un argument permettant de rejeter une justification invoquée pour défendre une disposition potentiellement restrictive. En effet, l'impôt de liquidation rendu applicable à l'hypothèse du transfert de la résidence fiscale par l'article 210, § 1^{er}, 4^o du CIR tient compte de la valeur de marché des actifs sociaux transférés. Par contre, en cas d'immigration d'une société étrangère, la législation fiscale belge prend en considération la valeur comptable des actifs transférés au moment de l'opération (art. 184ter, § 2, al. 2 CIR).

B. Éléments de droits d'enregistrement

Nous avons vu que sous l'angle des droits d'enregistrement, le transfert du siège social est régi par les articles 118 et 121, 3^o du CDE dans son volet « immigration ». Il apparaît *a contrario* que l'émigration des sociétés ne fait l'objet d'aucune disposition spécifique et ne donne, par conséquent, pas lieu à la perception des droits d'enregistrement. L'on rappellera cependant que si le transfert à l'étranger du siège social d'une société belge entraîne, pour une raison ou une autre, la perte de la personnalité morale, c'est-à-dire une discontinuité juridique, des droits de 12,5 % (10 % en Région flamande) ou de 1 % seront perçus sur la valeur vénale des immeubles sis en Belgique, transférés aux actionnaires.

§ 3. L'émigration des sociétés en droit fiscal européen

Dans la mesure où les taxes à la sortie (ou *exit taxes*) constituent un frein important à la mobilité intra-européenne des sociétés et génèrent des effets dommageables pour le bon fonctionnement du marché intérieur¹²⁰, les autorités européennes s'intéressent, depuis plusieurs années, à leur compatibilité avec le droit de l'Union. Bien que la problématique soit distincte, l'on notera également qu'à l'occasion de la modification de la directive fiscale 90/434/CEE

¹¹⁹ Avis motivé du 18 mars 2010, art. 258 TFUE – infraction n° 2008/4250. À cet égard, voy. S. CLAES, « EU-Commission neemt Belgische exit-taxing onder vuur », *Fiscoleg*, 2010, n° 1203, p. 7.

¹²⁰ À cet égard, voy. Ph. MAUTHERIE, « La fiscalité de la société européenne », in *La société européenne*, Coll. du Centre Jean Renard, vol. 12, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 271 ; *id.*, « Le régime fiscal communautaire des réorganisations de sociétés », *J.D.E.*, 2005, p. 257. Voy. aussi la déclaration de politique générale de l'International Chamber of Commerce du 16 juin 2006, « Taxes à la sortie : un obstacle sérieux aux restructurations d'entreprises et à la circulation des capitaux dans le monde ».

concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions et aux opérations assimilées, le bénéfice du régime de « neutralité fiscale » a été étendu au transfert du siège statutaire des sociétés européennes (SE) et sociétés coopératives européennes (SCE) afin de permettre à celles-ci d'exercer plus concrètement leur vocation à la mobilité¹²¹. Le régime de neutralité mis en place dans la directive fiscale aboutit essentiellement à exonérer, dans l'État membre d'origine, les plus-values latentes résultant des éléments d'actif et de passif de la SE ou de la SCE, pour autant que ceux-ci demeurent effectivement rattachés à un établissement stable dans cet État (voy. les art. 12 à 14 de la directive 2009/133/CE). Ce régime de neutralité implique donc l'immobilisation des actifs dans l'État d'origine de la société. Dans ces conditions, l'on peut certainement se poser la question de la conformité de la directive fiscale « fusion » à la liberté d'établissement garantie par les articles 49 et 54 du TFUE, telle qu'interprétée à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour de justice¹²².

Saisie sur recours préjudiciel ou dans le cadre d'actions en manquement, la Cour de justice fut également amenée, à plusieurs reprises, à apprécier la compatibilité des *exit taxes* nationales avec le Traité européen, et singulièrement les dispositions relatives à la liberté d'établissement. Initialement, ce fut l'affaire *Daily Mail* qui donna à la Cour l'occasion de poser les fondements de sa jurisprudence relative au traitement fiscal de l'émigration des sociétés¹²³. En vue d'échapper à un impôt britannique frappant les plus-values sur revende de titres réalisées par les sociétés résidentes, *Daily Mail* sollicite le transfert de son siège de direction (et partant, sa résidence fiscale) aux Pays-Bas. En réponse à la question de savoir si, au regard du Traité européen, elle possède le droit de transférer son siège de direction dans un autre État membre sans aucune autorisation préalable, la Cour de justice refuse à *Daily Mail* le droit de contester la législation qui lui est opposée à la faveur de la liberté d'établissement, et dit pour droit que les articles 49 et 54 du TFUE (ex-art. 43 et 48 CE) ne sauraient être interprétés comme conférant à une société constituée en conformité avec la législation d'un État membre et y ayant son siège statutaire, le

droit de transférer son siège de direction dans un autre État membre, tout en gardant sa qualité de société de l'État membre selon la législation duquel elle a été constituée. Dans son arrêt *Cartesio*, rendu vingt ans après *Daily Mail*, la Cour de justice a, contre toute attente, confirmé cette jurisprudence restrictive en rappelant qu'« 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 le droit national et susceptible, à ce titre, de bénéficier du droit d'établissement que celui requis pour maintenir cette qualité ultérieurement »¹²⁴. À l'encontre de l'avis de son avocat général, elle a ajouté que les articles 43 CE et 48 CE « 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 »¹²⁵. Appliqué au droit fiscal, cet enseignement pourrait signifier que « les États membres sont libres de déterminer dans quelles conditions une société soumise à leur législation fiscale perd sa qualité de contribuable à l'occasion d'un transfert de siège à l'étranger »¹²⁶. Cela étant, l'arrêt *Cartesio* n'aborde aucunement des questions d'ordre fiscal, en manière telle que l'on peut douter de son influence sur l'appréciation de la compatibilité au droit de l'UE des taxes frappant l'émigration des sociétés.

En matière d'*exit taxes*, deux affaires qui concernaient des personnes physiques sont généralement présentées comme ayant posé un cadre de référence à l'intérieur duquel peut s'exercer la liberté d'établissement primaire des particuliers, à savoir le transfert transfrontalier de leur résidence fiscale. En 2004, tout d'abord, dans *Lasteyrie du Saillant*, la CJUE a interprété le principe de la liberté d'établissement comme s'opposant à une législation nationale en matière d'imposition de plus-values non réalisées de valeurs mobilières détenues par des contribuables qui transfèrent leur domicile fiscal d'un État membre à un autre¹²⁷. La CJUE a estimé que la législation française était susceptible de restreindre l'exercice de la liberté d'établissement en ce qu'elle imposait aux contribuables désireux de transférer leur domicile fiscal hors de France, un impôt sur un revenu non encore réalisé, soumettant ainsi ces derniers à un traitement désavantageux par rapport aux contribuables qui maintiennent leur domicile en France¹²⁸. Ensuite, en 2006, la CJUE a confirmé dans l'arrêt *N* que lorsqu'un résident d'un État membre transfère son domicile fiscal dans un autre État membre, le droit de l'UE n'interdit pas à l'État membre de

¹²¹ Voy. la directive 2005/19/CE du 17 février 2005 modifiant la directive 90/434/CEE concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, JO, n° L 58 du 4 mars 2005, p. 19. La directive 90/434/CEE a aujourd'hui été abrogée et remplacée par la directive 2009/133/CE du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre, JO, n° L 310 du 25 novembre 2009, p. 34.

¹²² En ce sens, voy. aussi C.P. SCHINDLER, « Tax treatment of international acquisitions of businesses. EU Report », *Can. tax. j.*, vol. 90b, 19A, 2005, pp. 60, 66 et 67.

¹²³ C.J.E. 27 septembre 1988, *Daily Mail and General Trust plc*, aff. 81/87, *Rec.*, 1988, p. 5483. Sur cet arrêt, voy. not. S. VAN THIEU, « Daily Mail Case. Tax Planning and the European Right of Establishment. A Setback », *European Taxation*, 1988, pp. 357-366 ; S.N. FROMMET, « EEC Companies and Migration : A Setback for Europe », *Intertax*, 1988, pp. 409-416 ; T. BALDARINO, « Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Uberseering : norme imperativa, norme di conflitto e libertà comunitaria », *Rivista della società*, 2003 pp. 669-698.

¹²⁴ C.J.E. 16 décembre 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, points 109 et 110. Sur cet arrêt, voy. not. A. AUTIENNE et E.-J. NAVETZ, « *Cartesio*, les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisités », *Can. tax. j.*, 2009, pp. 117 et s.

¹²⁵ Voy. le point 124 de l'arrêt *Cartesio*.

¹²⁶ D. GUTTMANN, « L'Europe en marche. L'arrêt *Cartesio* : Une nouvelle approche du transfert de siège d'une société ? », *CMS Tax Connect*, avril 2009, pp. 3 et s.

¹²⁷ C.J.E. 11 mars 2004, aff. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, *Rec.*, 2004, p. I-02409.

¹²⁸ Voy. la Communication du 19 décembre 2006, COM(2006) 825 final, p. 3.

départ de calculer le montant des revenus sur lequel il souhaite préserver son droit d'imposition, à condition que cela ne se traduise pas par un recouvrement immédiat de l'impôt et que le report fiscal ne soit assorti d'aucune condition (sous réserve d'une éventuelle déclaration, lors du transfert de domicile, permettant d'évaluer le revenu)¹²⁹. De l'avis même de la Commission, une telle pratique est conforme au principe de la territorialité fiscale, lequel comporte une composante temporelle, à savoir la résidence sur le territoire durant la période au cours de laquelle le bénéfice imposable est généré¹³⁰.

Si, dès lors, on peut penser qu'à l'égard des personnes physiques, la problématique de l'imposition à la sortie par l'État d'émigration est relativement bien maîtrisée, une difficulté importante consiste à apprécier si, et dans quelle mesure, l'interprétation de la liberté d'établissement donnée par la Cour dans l'arrêt *N* est transposable au transfert de la résidence fiscale des sociétés. En effet, l'on sait qu'en dépit des termes de l'article 54 du TFEU, l'assimilation des sociétés aux personnes physiques, pour le bénéfice de la liberté d'établissement, n'est qu'imparfaitement consacrée par le traité. Dans ses conclusions précédant l'arrêt *National Grid Indus*, l'avocat général J. Kokott avait déclaré qu'une imposition des sociétés dont le fait générateur est le transfert transfrontalier du siège de direction est de nature, en raison de son effet dissuasif, à gêner l'exercice du droit d'établissement garanti par le droit de l'Union et constitue donc une restriction à la liberté d'établissement¹³¹. L'on peut aujourd'hui affirmer, à la suite de l'arrêt *National Grid Indus*, que sauf exception, il est désormais possible de modifier la loi applicable à une société en déplaçant son siège social d'un État membre à un autre. Sur la base des arrêts *Cartesio* et *National Grid Indus*, il est, en outre, permis d'affirmer que les aspects fiscaux liés à la transformation d'une société en une forme sociétaire d'un autre État membre sont également soumis au respect de la liberté d'établissement garantie par le droit de l'UE¹³². La même conclusion s'étend aux conséquences

fiscales du transfert transfrontalier de la résidence fiscale d'une société, dans la mesure où l'opération n'altère pas la régularité de son rattachement à la *lex societatis* de l'État membre d'origine¹³³. Dans un autre arrêt récent, rendu le 6 septembre 2012¹³⁴, la Cour de justice a, en outre, confirmé que les enseignements développés dans *National Grid Indus* à propos de véritables *exit taxes* frappant les plus-values latentes s'appliquent également à d'autres catégories de dispositions fiscales. Plus particulièrement, elle a rappelé que les dispositions fiscales nationales qui conditionnent le maintien d'une réduction d'impôt au maintien du siège social sur le territoire national sont, en principe, contraires à la liberté d'établissement garantie par les articles 49 et 54 du TFEU. Enfin, dans l'arrêt *Commission c. Danemark*, rendu le 18 juillet 2013, la Haute juridiction a étendu la solution développée dans *National Grid Indus* à la taxation des plus-values latentes affectées à des actifs d'une société transférés d'un État membre à un autre, lorsque la réglementation nationale en cause impose le recouvrement immédiat de l'impôt au moment dudit transfert, sans possibilité alternative de report de l'imposition¹³⁵. Dans cette décision, la Cour a, en outre, utilement précisé que le caractère restrictif du recouvrement immédiat de l'impôt frappant les plus-values n'est pas limité aux hypothèses de transferts d'actifs ayant vocation à être réalisés après leur transfert dans un autre État membre¹³⁶. Si le pouvoir d'imposition des plus-values générées sur le territoire d'un État membre appartient incontestablement à ce dernier, le recouvrement de cet impôt doit être proportionné à la liberté d'établissement, c'est-à-dire être fondé sur d'autres critères que le seul transfert à l'étranger des actifs concernés. S'il peut, en principe, s'agir du critère de la réalisation effective desdits actifs, d'autres critères doivent encore être prévus à l'égard des actifs qui ne sont pas destinés à être réalisés¹³⁷.

En dépit de cette évolution positive, le transfert transfrontalier du siège social demeure soumis à d'importants obstacles fiscaux qui pénalisent le recours à cette méthode de réorganisation. Comme nous l'avons vu, la Cour de justice a avoué, dans son principe, l'impôt d'émigration établi à l'égard des sociétés, en tant qu'il constitue une mesure nécessaire pour permettre aux États membres d'exercer leur pouvoir d'imposition sur les plus-values nées dans le cadre de leur compétence fiscale. La conformité au droit de l'UE d'un système d'imposition à la sortie nécessite cependant que celle-ci soit proportionnée sous

¹²⁹ CJCE, 7 septembre 2006, *N*, aff. C-470/04, *Rec.*, 2006, p. I-7409. Sur cette jurisprudence, voy. not. P. KAVANAGH, « Grensoverschrijdende zetkenningsveranderingen in België », *Weekblad voor fiscaal recht*, 2003, pp. 575-582 ; L. OLLEON, « Exit (exit tax) », *RLI*, 2004, pp. 347-350 ; S. KOTAMIDIS, « French Exit Tax Incompatible with the Freedom of Establishment », *European Taxation*, 2004, pp. 375-382 ; G. PAREIANI, « Relocation and Taxation : the European Court of Justice Disallows the French Rule of Direct Taxation of Unrealised Gains », *ECFR*, 2004, vol. 1, n° 3, pp. 379-389 ; J.W. DE KORT, « The European Court of Justice on the Dutch Levy upon Immigration of a Substantial Participation Holder in a Corporation », *Intertax*, 2007, pp. 713-718.

¹³⁰ Voy. la Communication du 19 décembre 2006, COM(2006) 825 final, p. 4.

¹³¹ Conclusions de l'avocat général J. Kokott dans l'affaire C-371/10, *National Grid Indus* BV, c. *Inspecteur van de Belastingdienst Rijmond/Kentoor Rotterdam*, point 42. Préalablement, l'avocat général a indiqué qu'« il est donc constant que le transfert de siège à l'étranger n'est pas en tant que tel un processus échappant *per se* au domaine d'application de la liberté d'établissement. Au contraire, 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 » (point 35).

¹³² Dans le même sens, voy. les conclusions de l'avocat général Kokott précédant l'arrêt *National Grid Indus*, précité, point 36.

¹³³ Une incertitude demeure, cependant, quant au traitement d'une disposition fiscale applicable en cas d'émigration, dont le non-respect serait sanctionné par l'existence de la société (ou la déchéance de sa personnalité juridique) dans l'État membre d'origine. En effet, une fois privée de la qualité de « société régulièrement constituée », cette dernière n'est plus susceptible de se prévaloir de la liberté d'établissement. Il s'agit là d'une difficulté qui ne pourrait, à notre avis, être résolue qu'en assurant une coordination européenne des facteurs de rattachement des sociétés à leur législation nationale.

¹³⁴ CJUE, 6 septembre 2012, *Finanztarifa Di Diego Della Valle*, aff. C-380/11, non encore publiée au *Recueil*.

¹³⁵ CJUE, 18 juillet 2013, *Commission c. Danemark*, aff. C-261/11, non encore publié, points 28, 29 et 32.

¹³⁶ *Ibid.*, point 35.

¹³⁷ *Ibid.*, point 37.

l'angle du recouvrement. À cet égard, la réglementation nationale doit offrir le choix entre un recouvrement immédiat de l'imposition, au moment du transfert de l'établissement principal, et un recouvrement différé, le cas échéant assorti d'intérêts, au moment de la réalisation effective des actifs concernés. En outre, d'autres critères devront être mis en œuvre à l'égard des actifs n'ayant pas vocation à être réalisés. Il apparaît que l'alternative du recouvrement différé de l'impôt est peu attractive et très coûteuse pour les sociétés candidates à l'émigration. En effet, la Cour de justice a indiqué que l'État d'origine peut subordonner le report d'imposition au respect d'obligations déclaratives contraignantes qui devraient, dans de nombreux cas, représenter une charge administrative dissuasive pour les sociétés concernées. D'autre part, contrairement à ce qui prévaut pour les personnes physiques, l'État d'origine est autorisé à assortir d'intérêts le paiement différé de l'impôt d'émigration et à se prémunir du risque de non-recouvrement de l'imposition via des mesures telles que la constitution d'une garantie bancaire. En outre, l'État d'origine n'est pas contraint de tenir compte des fluctuations de la valeur des actifs susceptibles d'être enregistrées postérieurement au transfert du siège de direction.

Il ressort de ce qui précède que par rapport à la décision rendue dans l'arrêt N, le point d'équilibre entre l'impératif de sauvegarder la répartition du pouvoir d'imposition des États membres et celui de promouvoir les libertés de circulation s'est déplacé au préjudice du droit d'établissement des contribuables. Telle que la Cour l'a modélisée dans *National Csis Indus*, l'alternative au recouvrement immédiat de l'impôt apparaît difficilement compatible avec l'interprétation traditionnelle du principe de proportionnalité. À ce niveau, l'on peut sans doute parler d'un revirement jurisprudentiel qui tend à accorder une marge de manœuvre beaucoup plus importante à l'État d'origine de la société candidate à l'émigration. Cette évolution illustre le caractère incomplet ou machévé de l'assimilation des sociétés aux personnes physiques pour le bénéfice de la liberté d'établissement.

Corrélativement, la Cour de justice a rappelé que le traité ne garantit pas à une société que le transfert de son siège de direction soit fiscalement neutre. L'on peut sans doute déduire de ce principe que l'État membre d'accueil demeure libre de fixer, de façon discrétionnaire, les règles d'évaluation des actifs transférés. Pour autant, nous sommes enclins à penser qu'un défaut de cohérence ou de « symétrie » serait de nature à remettre en question la compatibilité d'une réglementation nationale avec le droit de l'UE. Il devrait en être ainsi à l'égard des réglementations qui (à l'instar du droit belge) imposent les actifs d'une société émigrante transférés dans un autre État membre en s'appuyant sur leur valeur de marché, tout en prenant en considération la valeur comptable des actifs d'une société immigrante, au moment du transfert de sa résidence fiscale.

Plus généralement, l'absence d'un régime juridique cohérent du transfert transfrontercier du siège social empêche la multiplication de ce type d'opérations et réserve le bénéfice de celles-ci aux entreprises d'une certaine importance, lesquelles sont les seules à même de bénéficier du conseil juridique et fiscal nécessaire. Sous l'angle comptable et fiscal, le traitement du transfert de résidence dans l'État d'accueil de la société demeure une source potentielle de restriction à la liberté d'établissement. Plus grave encore, le transfert des actifs sociaux d'un État membre à un autre entraînera, dans la majorité des cas, l'exigibilité d'un impôt d'émigration souvent dissuasif. Comme nous l'avons relevé, ces difficultés ne semblent pouvoir être définitivement résolues qu'à la faveur d'un mouvement de coordination des législations nationales.

§ 4. L'immigration des sociétés en droit fiscal européen

Lois du transfert de son établissement principal d'un État membre vers un autre, une société est susceptible de rencontrer certaines difficultés résultant de son assujettissement successif à deux systèmes fiscaux nationaux. Ainsi, lorsque des actifs sont transférés d'un État qui exerce son pouvoir d'imposition sur la différence entre la valeur nette comptable et la valeur vénale de ceux-ci, au moment du transfert, vers un autre État qui, lui, évalue les actifs à leur valeur comptable, une double imposition peut survenir si ledit État impose l'accroissement de valeur ultérieur lors de la cession effective de ces actifs¹³⁸. Des incertitudes entourent également la question du report des pertes antérieures de la société dans l'État d'accueil¹³⁹. En outre, le bénéfice de l'immigration de réserves ou provisions constituées en franchise d'impôt par la société transférée pourrait être remis en cause, dans la mesure où cette immutation a trait à des actifs transférés¹⁴⁰. D'autres avantages fiscaux accordés à la société par l'autorité publique comme les aides fiscales à l'investissement, les crédits d'impôts étrangers ou les provisions fiscalement déductibles pourraient également être annulés¹⁴¹.

¹³⁸ Cette difficulté est bien connue des institutions européennes qui l'ont évoquée à plusieurs reprises. Voy. not. la Communication du 19 décembre 2006, COM(2006) 825 final, pp. 6 à 9, la résolution 2008/C 323/01 du Conseil du 2 décembre 2008 sur la coordination en matière de taxation à la sortie, JO n° C 323 du 18 décembre 2008, p. 1. Dans l'hypothèse inverse, la Commission a relevé que si un actif est transféré d'un État membre qui autorise le transfert sur la base de la valeur nette comptable vers un État membre qui, lui, détermine la valeur de l'actif transféré selon sa valeur vénale, la différence entre la valeur nette comptable et la valeur vénale de l'actif ne sera imposée dans aucun des États membres, aboutissant à une double non-imposition involontaire.

¹³⁹ Sur cette question, voy. A. RIVOLTA, « Transfer of Residence within the European Union : The Treatment of Pre-Existing losses - Part 1 », *European Taxation*, 2010, pp. 26 et s. et « - Part 2 », pp. 66 et s. Voy. aussi C. WIMMISINIGER, « Cross-border transfer of losses, the ECJ does not agree with Advocate General Sharpston », *EC Tax Review*, 2008-4, pp. 173 et s.; J. SALIC, « The Deduction of losses incurred in Another Member State by a Non-Resident Subsidiary following Marks & Spencer », *European Taxation*, vol. 47, n° 12, 2007, pp. 550-561 ; J. BEZZINA, « The treatment of losses under the EC Merger Directive 1990 », *European Taxation*, vol. 42, n° 2, 2002, pp. 57 et s.

¹⁴⁰ Ph. MALHERBE, « La fiscalité de la société européenne », *op. cit.*, p. 271.

¹⁴¹ Ph. MALHERBE, « Le régime fiscal communautaire des réorganisations de sociétés », *JDE*, 2005, p. 257.

La question se pose donc de savoir comment résoudre ce type de difficultés résultant des disparités entre les législations fiscales nationales. *A priori*, chaque État membre est, en effet, libre de circonscrire de façon discrétionnaire l'étendue de son pouvoir d'imposition et de définir sa conception du « principe » de territorialité, dans le respect des libertés de circulation. En l'état actuel du droit de l'Union, il n'est donc pas évident d'apprécier si le traité européen ou le droit dérivé est en mesure de limiter les doubles impositions¹⁴² et autres obstacles fiscaux qui apparaissent lors du transfert transfrontalier du siège social. L'on peut ainsi penser que seul un travail d'intégration positive permettrait d'offrir aux contribuables une réelle neutralité fiscale dans une telle hypothèse.

Une première étape en ce sens a été franchie par le Conseil européen dans sa résolution du 2 décembre 2008 sur la coordination en matière de taxation à la sortie. À cette occasion, le Conseil a notamment invité les États membres à adopter le principe directeur selon lequel « lorsque, à l'occasion d'un transfert d'activités économiques, l'État de sortie se réserve le droit d'imposer les plus-values latentes correspondant aux éléments d'actif détenus par le contribuable, calculées par différence entre la valeur vénale de ces éléments à la date du transfert et leur valeur comptable, l'État d'accueil retient cette valeur vénale à la date du transfert lors du calcul de la plus-value ultérieure en cas de cession »¹⁴³. Tout en fournissant l'avantage de la cohérence, un tel système permettrait d'éviter la double imposition des actifs transférés.

Pour l'heure, la Cour de justice n'a pas encore été saisie d'un litige dans lequel une société contesterait la conformité d'une disposition fiscale de l'État d'immigration à la liberté d'établissement. Indéniablement, des restrictions existent cependant dans certaines législations nationales qui, à l'instar du droit belge, imposent les actifs d'une société émigrante transférés dans un autre État membre en s'appuyant sur leur valeur de marché, tout en prenant en considération la valeur comptable des actifs d'une société immigrante au moment du transfert de sa résidence fiscale. L'on peut penser que le manque de cohérence résultant de la coexistence de deux dispositions de ce type serait de nature à remettre en question l'admissibilité par la Cour d'une justification invoquée par l'État membre concerné.

¹⁴² À l'intérieur de l'espace européen, le réseau de conventions préventives de la double imposition existant entre États membres ne semble pas non plus à même de combattre les situations de double imposition résultant de l'application d'une *exit tax*.

¹⁴³ Résolution 2008/C 323/01 du Conseil du 2 décembre 2008 sur la coordination en matière de taxation à la sortie, JO, n° C 323 du 18 décembre 2008, p. 1.

Section 2

Aperçu des modalités pratiques du transfert transfrontalier du siège social en droit commercial belge

Nous avons déjà relevé que depuis l'arrêt *Vale* rendu par la Cour de justice, l'opération de transfert transfrontalier du siège social doit être autorisée dans tous les États membres, et être traitée comme une opération de transformation internationale. Si le principe est clair, il est difficilement praticable car la législation belge organise seulement la procédure de transformation interne des sociétés commerciales, à l'exclusion d'un régime de transformation transfrontalier. Dès l'abord, on peut relever qu'une opération de transformation transfrontalier est encadrée par le principe de la communauté de la personne morale. Il convient dès lors de piloter toute l'opération internationale selon ce principe et de veiller à ce qu'il soit respecté, tant en application de la loi du pays d'origine qu'en vertu de celle de l'État d'accueil.

Préalablement à toute opération de transfert transfrontalier du siège social, le notaire rédacteur de l'acte d'émigration ou d'immigration veillera à se documenter, selon le cas, sur la loi applicable à la société dans le pays d'arrivée ou de départ, et établira les contacts indispensables avec son homologue de l'autre côté de la frontière. Dûment documenté, le notaire doit s'assurer que la loi nationale du pays de départ ou d'accueil reconnaît l'opération de transformation transfrontalier sans dissolution de la société immigrante ou émigrante. Compte tenu du caractère cumulatif des exigences posées par l'article 112, alinéa 1^{er} du CODIP, le for belge doit logiquement considérer comme inexistante une société étrangère dont la *lex societatis* d'origine interdit une telle opération ou la subordonne à une dissolution préalable. L'approche notée sera dès lors totalement différente lorsque le pays de la société immigrante ou émigrante considère que l'opération entraîne la dissolution de la société : l'opération n'est plus une transformation transfrontalier, mais bien une dissolution sans liquidation de la société, suivie de l'apport de son patrimoine à une société nouvellement constituée¹⁴⁴. Une telle configuration représente une opération autrement plus complexe, qui aboutira le plus souvent à une rupture de la personnalité juridique de la société concernée. L'obstacle pourra cependant être contourné à la faveur d'une fusion transfrontalière. Au sein de l'espace européen, la fusion entre sociétés relevant d'États membres différents sera, en outre, facilitée, puisque la matière a été coordonnée par la directive 2005/26/CE du 26 octobre 2005. En revanche, la fusion entre une société de droit belge et une société relevant d'un État non membre de l'Union sera prioritairement régie par le droit de l'État dont chaque société relève, en application de l'article 113 du CODIP, et les dispositions du titre *Vbis* du Code des

¹⁴⁴ G. RAUQU, « Transfert transfrontalier du siège social d'une société », C.E.L. 1997-1998, dossier n° 4325-4329, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 372.

sociétés, dont la rédaction est suffisamment large pour ne pas être limitée par le champ d'application de la directive européenne¹⁴⁵.

S'agissant d'une transformation internationale, le notaire rédacteur de l'acte d'émigration d'une société belge à l'étranger ou d'immigration d'une société étrangère en Belgique n'est guidé que par les dispositions du Livre XII du Code des sociétés relatif à la transformation des sociétés en droit interne, outre la procédure de transformation éventuellement prévue dans la législation de l'autre État concerné. En principe, la procédure de transformation interne impose l'établissement des rapports spéciaux prévus par les articles 776 et 777 du Code des sociétés. Pour autant, si la loi de l'autre État implique ne connaît pas une telle procédure et n'exige pas l'établissement de rapports, ce sont les principes d'équivalence et d'effectivité qui guideront la procédure et amèneront le praticien à ne retenir que la solution qui facilite la transformation, plutôt que celle qui la complique¹⁴⁶. Concrètement, l'établissement des rapports procède d'une volonté de transparence et d'information des associés préalablement à la transformation. Plus généralement, ceux-ci visent à assurer aussi bien la protection des intérêts des associés et des tiers (travailleurs, créanciers, etc.) que celle des autorités nationales concernées. D'un point de vue critique, l'on peut cependant relever que la protection des tiers n'est pas assurée d'une manière satisfaisante par la procédure de transformation prévue par le Code des sociétés. Elle n'impose, en effet, aucune mesure conservatoire ou publicitaire spécifique, ni préalablement, ni postérieurement à l'opération, et n'offre pas la possibilité aux tiers d'exiger une quelconque garantie avant l'émigration de la société concernée¹⁴⁷. En outre, en l'absence d'une réglementation spécifique en droit belge, le notaire belge pourrait se trouver démuné pour imposer aux promoteurs d'une transformation internationale la rédaction des rapports prévus pour une transformation interne.

Sous-section 1

Émigration d'une société de droit belge vers un pays étranger

Aussi longtemps que la société émigrante n'aura pas été juridiquement et administrativement accueillie dans le pays d'immigration, elle reste entièrement soumise au droit belge, de sorte que l'assemblée générale actant la

¹⁴⁵ Voy. à ce sujet P. VAN OMMESELAERE, « Les fusions transfrontalières de sociétés selon la directive communautaire du 26 octobre 2005 », in *Les concentrations transfrontalières d'entreprises*, Séminaire Vanham & Vanham du 26 janvier 2006 ; H. DE WILDE, « De grensoverschrijdende fusieovereenkomst », in *Nieuwste Notariële*, octobre 2005, n° 15-16 ; *id.*, « De grensoverschrijdende fusieovereenkomst », in *Nieuwste Notariële*, octobre 2007, n° 16 ; G. PALMARES et A. GUBBELS, « De grensoverschrijdende fusie », *T. Fin. R.*, 2008-4, pp. 251 et s.

¹⁴⁶ K. MARSCHEAU, « De grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen binnen de Europese Unie na de arresten Carasso et Vale », *op. cit.*, p. 43.

¹⁴⁷ Comp. le régime du transfert du siège social d'une société européenne contenu aux articles 931 et suivants du Code des sociétés.

décision d'émigrer sera régie par le droit belge. Il en découle que les convocations et les quorums de présence et de majorité devront être régis par les dispositions du Code des sociétés.

Le notaire prudent vérifiera que la société émigrante n'est pas en procédure de réorganisation judiciaire au moment où l'opération est posée. En effet, bien qu'en pareille hypothèse, une telle société conserve son entière capacité juridique, l'on peut penser que l'opération repose sur des motivations abusives ou frauduleuses, et en tout cas peu soucieuses des intérêts des créanciers sociaux locaux. Pour cette raison, l'on ne peut que conseiller au notaire de recueillir une déclaration sur l'honneur des organes de gestion de la société émigrante, attestant que celle-ci n'est pas en cessation de paiement et que l'opération projetée n'a pas pour objet d'échapper à des poursuites judiciaires.

Conformément aux règles prévues par le Code des sociétés, seule l'assemblée générale est compétente pour décider du transfert transfrontalier du siège social. Cette compétence lui est, en effet, réservée. Pour rappel, l'organe de gestion peut, quant à lui, décider seul d'un transfert interne du siège social, pourvu que les statuts lui en aient donné le pouvoir et que le déplacement s'effectue au sein d'une même région linguistique. S'il est aisé d'affirmer que la décision de transfert du siège social de la Belgique vers l'étranger fera l'objet d'une assemblée générale extraordinaire régie selon le droit belge, l'on peut s'interroger sur la question de savoir si une telle décision requiert l'accord de l'unanimité des actionnaires. La réponse doit être nuancée : en théorie, compte tenu de l'abandon de la théorie des éléments essentiels d'une société¹⁴⁸, la décision de transfert peut être adoptée aux quorums de présence et de majorité prévus pour une transformation de société ; en pratique, la sécurité juridique recommande cependant d'adopter la décision de transfert à l'unanimité, lorsque cela est possible¹⁴⁹.

Schématiquement, le notaire chargé de dresser le procès-verbal de l'assemblée décidant du transfert du siège social d'une société belge vers l'étranger doit acter : (i) le transfert de l'établissement principal (siège réel) et sa localisation à l'étranger, (ii) la constatation de la continuité de la personnalité morale, (iii) la soumission de la société à la loi de l'État d'accueil et (iv) l'adaptation des statuts à la législation du pays d'accueil.

§ 1. Le transfert à l'étranger

L'assemblée générale décide, si possible à l'unanimité, mais en tout état de cause avec une majorité des quatre cinquièmes, de transférer le siège social de

¹⁴⁸ Voy. T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. II, Waterlool, Kluwer, n° 1045 et s., p. 788.

¹⁴⁹ E.-J. NAVES, « La transformation transfrontalière des sociétés est désormais pleinement consacrée par le droit de l'U.E. : qu'attend encore le législateur pour mettre en œuvre cette prérogative ? », note sous CJUE, 12 juillet 2012, *Vale*, aff. C-378-10, *Rev. priv. soc.*, 2013, à paraître.

la société à l'étranger sans dissolution de la société. À l'issue de l'opération, la société se verra soumise à la loi du pays d'accueil, sans rupture de sa personnalité juridique. Dans la mesure où l'opération de transfert est régie distributivement par la loi des deux États concernés (à savoir le droit belge, avant le transfert, et le droit de l'État d'immigration, après le transfert), il est essentiel de subordonner les résolutions de départ à l'accomplissement des formalités juridiques et d'immatriculation au registre des sociétés dans l'État d'accueil.

Une complication est susceptible d'apparaître lorsque l'État d'accueil exige la preuve de la radiation dans l'État de départ avant de procéder à l'immatriculation. Dans un tel cas, l'adjonction d'un jeu de conditions suspensives sera, en effet, impuissant à assurer la continuité de la personnalité juridique de la société concernée. Seul un long et pénible marchandage avec les autorités administratives locales devrait alors permettre d'atteindre ce résultat. Afin de remédier à une telle situation, une solution pratique peut être proposée, qui s'inspire de la procédure prévue par le Code des sociétés pour les fusions transfrontalières : il convient que l'assemblée générale décidant – sous condition suspensive – du transfert du siège social à l'étranger donne pouvoir à un mandataire aux fins de faire constater de manière authentique la réalisation effective du transfert, sur la base d'une expédition de l'acte à recevoir à l'étranger ou d'un certificat délivré par le notaire ou le greffe local qui confirme l'immigration régulière de la société. Aux termes de cette procédure, le notaire belge déposera une expédition de son acte de constatation au greffe territorialement compétent, afin que la société belge y soit définitivement radiée.

§ 2. La constatation de la continuité de la personne morale

L'acte notarié constatera la continuité de la personnalité morale de la société dans le pays d'accueil, pour autant que ce dernier admette également un système de continuité de la personnalité morale. L'article 112 du Code belge de droit international privé consacre, en effet, un rattachement cumulatif : la personne morale « en transit » ne conserve sa personnalité juridique que si l'opération est admise par le droit des deux États concernés par le transfert.¹⁵⁰

§ 3. La soumission de la société à la loi de l'État d'accueil

L'assemblée générale décidant du transfert constatera l'adoption par la société émigrante du droit de l'État qui l'accueille et, partant, l'adoption de la « nationalité » de cet État. En vertu de l'article 110 du CODIP, le critère du siège social réel ou du principal établissement détermine, en effet, la loi applicable aux personnes morales. Ici encore, les vérifications et les contacts préalables

¹⁵⁰ 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 (coord.), *Les réorganisations de sociétés. Actualités en droit des sociétés, droit fiscal, droit comptable et droit social*, Limal, Anthémis, 2011, p. 178.

sont essentiels : les intervenants doivent être attentifs au traitement de la société émigrante dans l'État d'accueil. Comme la société belge perd – certes, sous condition suspensive – sa nationalité dès l'instant où elle décide le transfert et la soumission à la loi étrangère, il est fondamental que le pays d'accueil reconnaisse la continuité de sa personnalité juridique.

L'acte notarié sera rédigé conformément aux décrets linguistiques en vigueur¹⁵¹, à savoir dans la langue de la région linguistique où est situé le siège social. Lorsque, en outre, la société possède un siège d'exploitation dans une région du pays qui connaît une autre langue officielle, l'acte doit être bilingue. Notons également que tout document annexé ou à annexer au procès-verbal sera dressé dans la/les même(s) langue(s). Aux curiosités linguistiques belgo-belges, on ajoutera l'obligation de respecter la langue du pays vers lequel la société émigre : les nouveaux statuts sont évidemment à adopter dans la langue du pays d'immigration. À cet égard, l'on peut se demander si un notaire peut recevoir un acte dans une langue étrangère qu'il ne maîtrise pas. Les actes notariés peuvent être reçus en Belgique dans quelque langue que ce soit, sous réserve des limitations apportées par les décrets linguistiques et le droit judiciaire, et ce, conformément à l'article 30 de la Constitution¹⁵². Le choix de la langue appartient donc aux parties. Toutefois, la qualité d'officier public du notaire impose à ce dernier d'avoir connaissance de la langue de l'acte qu'il reçoit, et ce, en vertu de son obligation de lecture et d'explication aux parties¹⁵³. Dès lors, si le notaire ne comprend pas la langue des statuts à adopter aux termes de l'assemblée générale de transformation transfrontalière, il veillera à passer l'acte – et donc les nouveaux statuts – dans une langue qu'il maîtrise, et à annexer à celui-ci une traduction jurée de ces statuts dans la langue¹⁵⁴ qu'il ne connaît pas.

§ 4. L'adaptation des statuts au droit du pays d'accueil

L'adaptation des statuts au droit du pays d'accueil s'apparentera tantôt à une refonte radicale des statuts, tantôt à une simple adaptation ne modifiant pas les caractéristiques fondamentales de la société. En fonction de la forme juridique adoptée dans l'État d'accueil, il conviendra donc d'être attentif à certaines spécificités propres aux transformations internes régies par le Code des sociétés. Des règles particulières sont notamment prévues dans les hypothèses où la transformation met en cause une société coopérative ou une société à responsabilité illimitée¹⁵⁵.

¹⁵¹ Voy. J.A.R. du 18 juillet 1966 coordonnant l'emploi des langues en matière administrative ; le décret du 19 juillet 1973 du Conseil de la Communauté flamande ; les décrets des 12 juillet 1978 et 30 juin 1982 du Conseil de la Communauté française.

¹⁵² H. VAN SOEST, « Le notaire commis et l'emploi des langues », in *Le notaire, le juge et l'avocat*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 345 à 359.

¹⁵³ J. DEMBON, « L'acte notarié », *Rép. not.*, t. XI, Livre VII, n° 364, p. 265.

¹⁵⁴ Chrt. De Wulfs, *Het opstellen van notariële akte*, t. 1, Waterloo, Kluwer, 2003, n° 88, p. 71.

¹⁵⁵ Si une société dans laquelle la responsabilité des associés (société en nom collectif) ou de certains détenteurs (société en commandite simple ou société en commandite par actions) est illimitée se transforme en

Conformément à la règle de principe, les nouveaux statuts seront, le plus souvent, adoptés à la majorité des quatre cinquièmes des voix (art. 781, § 1^{er} C. soc.). Il en sera, par exemple, ainsi lorsqu'une société privée à responsabilité limitée de droit belge adopte la forme d'une société à responsabilité limitée de droit français ou luxembourgeois. À l'inverse, l'unanimité sera exigée dans quatre hypothèses, à savoir : (i) lorsque la société n'existe pas depuis deux ans au moins ; (ii) lorsque les statuts prévoient que la société ne peut adopter une autre forme ; (iii) lorsque l'opération entraîne une augmentation de la responsabilité des associés ou de certains d'entre eux (par exemple lors de la transformation en société en nom collectif ou en société en commandite simple) ; et (iv) lorsqu'une responsabilité illimitée de tous les associés va disparaître à l'issue de l'opération (transformation d'une société en nom collectif ou d'une coopérative à responsabilité illimitée) (art. 781, § 5 C. soc.). Dans certains cas, l'unanimité peut également être partielle et ne viser que les associés commandités, lorsque la transformation concerne une société en commandite simple ou par actions (art. 781, § 4).

Pour autant que la procédure ait été calquée sur celle de la transformation en droit interne, l'objet social de la société émigrante peut être modifié à l'occasion de sa transformation transfrontalière, sans que l'établissement des rapports spécifiques à la modification de l'objet social soit requis (art. 782 C. soc.). Par contre, si le notaire n'a pas exigé ou n'a pas obtenu la rédaction des rapports et états comptables nécessaires à la transformation, il ne peut, à notre avis, se passer du rapport spécial et de l'état comptable nécessaires à la modification de l'objet social (art. 559 C. soc.). Les statuts de la société émigrante devant être rédigés en conformité avec la législation du pays d'accueil, son capital sera, le cas échéant, augmenté, s'il est inférieur au minimum légal prévu à l'égard de la forme juridique adoptée.

Après sa signature, l'acte notarié suivra le parcours normal réservé aux actes notariés belges : il sera enregistré au droit fixe (art. 121 CDE), déposé au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement judiciaire dans lequel la société émigrante a son siège social, et publié aux *Annales du Monteur belge*. S'agissant d'une opération réalisée en continuité de la personnalité morale, la transformation ne donnera, en principe, lieu à aucune mutation de biens. Il en résulte qu'aucune publicité foncière n'est requise en vertu de la loi hypothécaire.

une société où leur responsabilité est limitée, les associés en nom collectif et les associés commandités restent tenus solidairement et indéfiniment à l'égard des tiers des engagements de la société antérieurs à la date d'opposabilité au tiers de l'acte de transformation (art. 786, al. 1^{er} C. soc.). Il en est de même si la société qui se transforme est une société coopérative à responsabilité illimitée adoptant la forme d'une société où la responsabilité de tous ou de certains associés est limitée. En cas de transformation en société en nom collectif, en commandite simple ou par actions, les associés en nom collectif ou les commandités deviennent indéfiniment responsables à l'égard des tiers des engagements de la société, même antérieurs à la transformation (art. 786, al. 2 C. soc.). Voy. à cet égard, MAILHEBE, Y. DE CONDT, Ph. MAILHEBE et Ph. LAMARECHT, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, n° 1380 et s.

À l'issue de l'opération, le notaire belge veillera à transmettre à son homologue étranger une expédition, le cas échéant apostillée, de son acte de transfert, afin qu'il se charge des formalités de publicité dans l'État d'immigration. Enfin, l'officier public belge se fera produire du confère étranger une copie de l'acte d'immigration de la société et en transmettra copie au greffe du tribunal de commerce, à l'appui de sa demande de radiation de la société du registre de la Banque Carrefour des Entreprises en Belgique.

Sous-section 2

Immigration d'une société de droit étranger vers la Belgique

Dans le cas présent, une société de droit étranger entend transférer son siège social en Belgique afin de se soumettre à la loi belge. Conformément à l'article 112, alinéa 2 du CODIP, la décision d'émigration doit être prise dans les conditions prévues par la législation du pays d'origine tandis que l'« accueil » ou la réception de cette société est régi(e) par la loi belge. Il découle de ce qui précède que la décision de transfert sera prise par l'organe compétent de la société dans son pays d'origine, sous condition suspensive de son incorporation et de son immatriculation effectives en Belgique. En pratique, on peut se demander si une assemblée générale tenue en Belgique est requise pour confirmer les décisions prises à l'étranger. Il convient, à cet égard, de distinguer selon que la décision d'immigration a été prise (i) par l'assemblée générale ou (ii) par l'organe de gestion.

§ 1. Décision prise par l'assemblée générale

Le notaire belge se fera produire une expédition de l'acte reçu par son confère, étant entendu que ledit acte aura constaté (i) le transfert de l'établissement principal en Belgique, (ii) la continuité de la personnalité morale, (iii) la soumission de la société à la loi belge, et (iv) l'adaptation des statuts au Code belge des sociétés. Lorsque les deux notaires ont travaillé de concert, l'acte d'émigration reçu par le notaire étranger répondra, en principe, aux exigences du droit belge : les statuts « belges » auront été adoptés par l'assemblée générale tenue dans le pays de départ et le capital social aura été adapté aux exigences belges. On aura également veillé à l'emploi des langues en Belgique. Le notaire belge se fera remettre une expédition de l'acte de son confère, le cas échéant avec apostille, aux fins de la déposer au rang de ses minutes et de procéder aux formalités de publicité en Belgique, à savoir le dépôt au greffe du tribunal de commerce et l'immatriculation à la Banque Carrefour des Entreprises.

§ 2. Décision prise par l'organe de gestion

La situation est différente si la décision de transfert a été valablement prise par l'organe de gestion de la société immigrante car, en vertu du droit belge, la transformation transfrontalière d'une société relève de la compétence exclusive

de son assemblée générale. Le notaire belge devra tenir une assemblée générale de la société « en transit » qui actera (i) la confirmation de la décision de transfert de l'établissement principal prise valablement par l'organe de gestion de la société, (ii) la continuité de la personnalité morale, (iii) la soumission de la société à la loi belge, (iv) l'adaptation des statuts au Code belge des sociétés, et (v) la nomination des organes de gestion de la société. À cette occasion, le notaire belge veillera à ce que le capital social de la société soit adapté aux exigences prévues par le Code des sociétés. Comme évoqué plus haut, le notaire rédigera son acte en se calquant sur la procédure de transformation prévue par le Code des sociétés. À ce titre, il est fondé à solliciter la rédaction des rapports prévus en matière de transformation interne. Cependant, en dépit des enseignements de l'arrêt *Vale* rendu par la Cour de justice, l'absence de régime juridique *ad hoc* en droit belge fait obstacle à ce que le notaire puisse exiger de se les faire produire. Une telle situation est déplorable, dans la mesure où ces rapports – en particulier la situation active et passive qui les accompagnent – peuvent se révéler très utiles pour confronter l'existence et l'intégrité du capital social de la société immigrante.

Le procès-verbal de transformation sera rédigé en tenant compte des particularités de la transformation, telles que nous les avons évoquées ci-avant à l'endroit des sociétés émigrantes. Enfin, après sa signature, l'acte notarié d'immigration devra être déposé au greffe du tribunal de commerce afin que la société puisse être immatriculée à la Banque Carrefour des Entreprises.

Annexe I

Ratification du transfert du siège social en Belgique – Adoption du texte des statuts coordonnés conformément à la législation belge

L'AN DEUX MILLE TREIZE

Le ***.

En l'Étude, à ***.

Devant Maître ***, Notaire associé à ***.

S'est réunie l'assemblée générale extraordinaire des associés de la société anonyme de droit *** dénommée ***, ayant son siège social à ***.

Société immatriculée ***.

BUREAU

La séance est ouverte à ***.

sous la Présidence de ***.

Le Président désigne comme secrétaire ***.

COMPOSITION DE L'ASSEMBLÉE

Sont représentés, les actionnaires dont les dénominations et sièges sociaux, ainsi que le nombre de titres de chacun d'eux, sont mentionnés en la liste de présence ci-annexée. Cette liste de présence est signée par chacun des actionnaires ou leurs mandataires; elle est arrêtée et signée par les membres du bureau.

Après lecture, cette liste de présence est revêtue de la mention « d'annexe » et signée par Nous, Notaire.

Les procurations mentionnées en ladite liste de présence sont toutes sous seing privé et demeurent annexées à ladite liste des présences pour former avec celle-ci une annexe unique du présent procès-verbal.

EXPOSÉ DU PRÉSIDENT

Le Président expose et requiert le notaire soussigné d'actier que :

I. La présente assemblée a pour ordre du jour :

A. TRANSFERT DU SIÈGE SOCIAL

Sous la condition suspensive de la réalisation effective des résolutions à prendre par l'assemblée générale extraordinaire relatives à la refonte complète des statuts pour les mettre en conformité avec la législation belge et l'adoption du nouveau texte français

des statuts coordonnés dont question ci-dessous au point B, ratification authentique de la décision de transfert international du siège social de la société de *** à ***.

B. REFONTE DES STATUTS

Refonte complète des statuts pour les mettre en conformité avec la législation belge et adoption du nouveau texte français des statuts coordonnés.

C. CONSTATATION

Constatation de la réalisation effective des conditions suspensives dont question ci-dessus sub A.

D. POUVOIRS

Pouvoirs à conférer :

- au Conseil d'administration pour l'exécution des résolutions à prendre sur les objets qui précèdent,
- à Maître *** ou à un ou plusieurs mandataires spéciaux à désigner, agissant ensemble ou séparément et avec pouvoir de subdélégation, aux fins de procéder à toutes formalités juridiques et administratives auprès de toutes administrations publiques ou privées.

II. Les convocations contenant l'ordre du jour ont été faites par lettres recommandées du ***.

Il existe actuellement *** actions toutes souscrites et intégralement libérées.

Il résulte de la liste des présences que ***.

Actionnaires, représentant *** actions sont présents ou représentés à la présente assemblée, soit plus de la moitié des actions existantes. L'assemblée est donc en nombre pour délibérer et statuer valablement sur les propositions à l'ordre du jour.

III. Chaque action donne droit à une voix.

IV. Aucune disposition statutaire de la présente société n'interdit le transfert du principal établissement de la société (siège social réel) à l'étranger ni le changement de la nationalité de la société.

V. Pour être admises :

- les propositions A et B à l'ordre du jour doivent réunir les quatre cinquièmes des voix pour lesquelles il est pris part au vote, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne de Justice et à l'article 781, § 1 du Code des sociétés;
- les autres propositions à l'ordre du jour doivent réunir la simple majorité des voix pour lesquelles il est pris part au vote, conformément à l'article 63 du Code des sociétés.

CONSTATATION DE LA VALIDITÉ DE L'ASSEMBLÉE

Cet exposé étant vérifié et reconnu exact par l'assemblée, celle-ci se reconnaît valablement constituée et apte à délibérer sur les objets à l'ordre du jour.

L'assemblée aborde l'ordre du jour et, après avoir délibéré, prend les résolutions suivantes :

A. TRANSFERT DU SIÈGE SOCIAL

Sous la condition suspensive de la réalisation effective des résolutions à prendre par l'assemblée générale extraordinaire relatives à la refonte complète des statuts pour les mettre en conformité avec la législation belge et l'adoption du nouveau texte des statuts coordonnés dont question ci-dessous au point B, l'assemblée décide de ratifier la décision de changement de nationalité de la société et de transfert du siège social de la société de *** à *** adoptée par l'Organe de Gestion de la société le *** et dont une copie certifiée conforme demeure ci-jointe.

Le transfert du principal établissement en Belgique a lieu sans changement de la personnalité juridique de la société, celle-ci conservant la forme d'une société de droit *** , dont le capital est exprimé en euro, l'activité et l'objet social de la société demeurant inchangés.

L'assemblée décide en conséquence que la société sera régie par le droit belge et par conséquent décide que le transfert international du siège aura pour effet l'adoption par la présente société de la nationalité belge.

La forme anonyme, la nature commerciale, le capital et les réserves demeurent intacts, de même que tous les éléments d'actif et de passif, les amortissements, les moins-values et les plus-values de la société, et la société anonyme de droit belge continuera les écritures et la comptabilité tenues par la société anonyme de droit ***.

VOTE

Cette résolution est adoptée à l'unanimité.

B. REFONTE DES STATUTS

L'assemblée décide de refondre les statuts de la société compte tenu de ce qui précède et pour les mettre en conformité avec la législation belge et d'adopter le nouveau texte des statuts coordonnés ci-après.

Dans le cadre de l'adoption desdits statuts :

- La présente société devient une personne morale de droit belge, soumise aux règles de ce droit, le transfert du siège social entraînant un changement de nationalité.
- L'activité et l'objet social de la société demeurent inchangés.
- L'exercice social de la présente société commencent le premier janvier deux mille treize continue sans discontinuité, jusqu'à son terme statutaire, soit le trente et un décembre deux mille treize.

ADOPTION DES STATUTS BELGES

VOTE

Ces statuts sont adoptés à l'unanimité.

C. CONSTATATION

L'assemblée constate que :

La société *** a transféré son principal établissement en Belgique à l'adresse ***, sans changement de sa personnalité juridique.

La société a décidé de se soumettre au droit belge.

La société a adopté des statuts conformes au Code belge des sociétés et de manière générale à la législation belge applicable aux sociétés commerciales.

La société a reçu par l'effet du transfert de son siège social vers la Belgique la nationalité belge, et ce, sans changement de sa personnalité juridique, conformément à l'article 112 du Code belge de droit international privé.

VOTE

Cette résolution est adoptée à l'unanimité.

D. POUVOIRS

L'assemblée confère tous pouvoirs :

- au Conseil d'administration pour l'exécution des résolutions prises sur les objets qui précèdent;
 - au Notaire *** pour établir les statuts coordonnés;
 - au(x) mandataire(s) spécial(s) (ux) ci-après désigné(s), (agissant ensemble ou séparément et) avec pouvoir de subdélégation, aux fins de procéder à toutes formalités juridiques et administratives auprès de toutes administrations publiques ou privées.
- Est désigné ***

VOTE

Cette résolution est adoptée à l'unanimité.

DÉCLARATIONS FISCALES

1. Le présent transfert international de siège se fait sous le bénéfice :
 - de l'article 121 du Code des droits d'enregistrement;
 - des articles 211 et suivants du Code des impôts sur les revenus;
 - des articles 11 et 18, § 3 du Code de la taxe sur la valeur ajoutée.
2. Le droit d'écriture à percevoir à l'occasion du présent acte s'élève à nonante-cinq euros (€ 95,00).

Information – Conseil

1. Le projet du procès-verbal a été communiqué par l'Étude du Notaire soussigné le ***.

2. Les membres du bureau déclarent que le Notaire les a entièrement informés sur leurs droits, obligations et charges découlant des actes juridiques dans lesquels ils sont intervenus et qu'il les a conseillés en toute impartialité.

La séance est levée à ***.

De tout quoi le Notaire soussigné a dressé le présent procès-verbal.

L'acte a été lu intégralement et commenté par le Notaire soussigné.

Lecture intégrale des mentions visées par la loi et des modifications éventuelles intervenues depuis la communication du dernier projet de procès-verbal, et lecture partielle et commentée des autres clauses, les membres du bureau, les actionnaires et les administrateurs ont signé avec Nous, Notaire.

Annexe II

Ratification du transfert du siège social en Belgique – Adoption du texte des statuts coordonnés conformément à la législation belge

L'AN DEUX MILLE TREIZE

Le ***.

En l'Étude, à ***.

Devant Maître ***, Notaire associé à ***.

A COMPARU

Agissant en sa qualité d'administrateur de la société anonyme de droit *** dénommée
***, ayant son siège social à ***.

Société immatriculée ***.

Agissant aux termes de l'assemblée générale extraordinaire de ladite société tenue
devant le Notaire *** le ***.

Lequel agissant *qualitate qua* nous a exposé ce qui suit :

EXPOSÉ PRÉALABLE

1. L'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de la société anonyme de droit *** dénommée *** tenue le *** devant le Notaire *** a décidé de transférer le principal établissement de la société en Belgique, sans dissolution de la société et sans discontinuité de sa personnalité morale, de soumettre la société au droit belge et d'adopter des statuts coordonnés en conformité avec la législation belge, sous la condition suspensive de la constatation authentique de l'immatriculation effective de ladite société en Belgique.
2. Ladite assemblée générale extraordinaire des actionnaires de la société anonyme de droit *** dénommée *** tenue le *** devant le Notaire *** a conféré tous pouvoirs au comparant aux fins de déposer au rang des minutes du Notaire sousigné l'expédition du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de la société anonyme de droit *** dénommée *** ayant décidé du transfert international de siège.

CBECI EXPOSE

Le comparant a présentement déposé à Maître ***, sousigné et l'a requis de mettre au rang de ses minutes à la date de ce jour, une expédition [le cas échéant dûment apostillée] du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire de la société *** tenue le *** devant le Notaire ***, en vue de son dépôt au greffe du Tribunal de

commerce de *** étant le greffe du Tribunal de commerce dans le ressort duquel est établi le siège social de la société ***, en vue de la publication par extrait de cet acte aux *Annexes du Moniteur belge* et de l'inscription de la société à la Banque Carrefour des Entreprises.

Suite à ce dépôt, le comparant requiert le Notaire sousigné de constater authentiquement que :

La société *** a transféré son principal établissement en Belgique à l'adresse ***, sans changement de sa personnalité juridique.

La société a décidé de se soumettre au droit belge.

La société a adopté des statuts conformes au Code belge des sociétés et de manière générale à la législation belge applicable aux sociétés commerciales.

La société a reçu par l'effet du transfert de son siège social vers la Belgique la nationalité belge, et ce, sans changement de sa personnalité juridique, conformément à l'article 112 du Code belge de droit international privé.

DÉCLARATIONS FISCALES

1. Le présent transfert international de siège se fait sous le bénéfice :
 - de l'article 121 du Code des droits d'enregistrement ;
 - des articles 211 et suivants du Code des impôts sur les revenus ;
 - des articles 11 et 18 § 3 du Code de la taxe sur la valeur ajoutée.
2. Le droit d'écriture à percevoir à l'occasion du présent acte s'élève à nonante-cinq euros (€ 95,00).

Information – Conseil

1. Le projet du présent acte a été communiqué par l'Étude du Notaire sousigné le
2. Le comparant déclare que le Notaire l'a entièrement informé sur les droits, obligations et charges découlant des actes juridiques dans lesquels il est intervenu et qu'il l'a conseillé en toute impartialité.

DONT ACTE

Fait et passé à ***, date et lieu que dessus.

Et lecture intégrale et commentée faite, le comparant, agissant *qualitate qua*, a signé avec le Notaire.

Annexe III Transfert du siège social – Émigration de la société – Pouvoirs

L'AN DEUX MILLE TREIZE

Le ***.

À ***.

Devant Maître ***, Notaire associé à ***.

S'est réunie l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de la société anonyme de droit belge dénommée *** ayant son siège social à ***.

Société constituée aux termes d'un acte reçu par ***, publié aux *Annexes du Moniteur belge* du ***.

Statuts modifiés à plusieurs reprises et pour la dernière fois aux termes d'un acte reçu par le Notaire ***.

Société immatriculée à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro ***.

BUREAU

La séance est ouverte à ***.

sous la Présidence de ***.

Le Président désigne comme secrétaire

COMPOSITION DE L'ASSEMBLÉE

Sont représentés, les actionnaires dont les dénominations et sièges sociaux, ainsi que le nombre de titres de chacun d'eux, sont mentionnés en la liste de présence ci-annexée.

Cette liste de présence est signée par chacun des actionnaires ou leurs mandataires ; elle est arrêtée et signée par les membres du bureau.

Après lecture, cette liste de présence est revêtue de la mention « d'annexe » et signée par Nous, Notaire.

Les procurations mentionnées en ladite liste de présence sont toutes sous seing privé et demeurent annexées à ladite liste des présences pour former avec celle-ci une annexe unique du présent procès-verbal.

EXPOSÉ DU PRÉSIDENT

Le Président expose et requiert le notaire soussigné d'acter que :

I. La présente assemblée a pour ordre du jour :

[1. Rapports]¹⁵⁶

1.1. Rapport du Conseil d'administration établi conformément à l'article 778 du Code des sociétés, justifiant la proposition de transfert international du siège de la société ; à ce rapport est joint un état résumant la situation active et passive de la société arrêtée à une date ne remontant pas à plus de trois mois.

1.2. Rapport du réviseur d'entreprises sur l'état joint au rapport du Conseil d'administration.]

2. Transfert sans changement de la personnalité juridique du siège social de la société de Bruxelles à *** – Émigration de la société

3. Choix de la nouvelle forme juridique ** et de la loi applicable

4. Adoption des statuts conformes à la législation ***

5. Proposition de conférer tous pouvoirs :

- au Conseil d'administration pour l'exécution des résolutions à prendre sur les objets qui précèdent ;
- au(x) mandataire(s) à désigner, aux fins d'accomplir toutes formalités nécessaires au transfert transfrontalier de la société.

II. Les convocations contenant l'ordre du jour ont été faites par lettres recommandées du ***. À ces lettres était joint le projet des statuts de la société de droit ***.

Il existe actuellement *** actions.

Il n'existe pas d'autres titres devant être convoqués à la présente assemblée, conformément à l'article 533 du Code des sociétés ou conférant le droit de vote à l'assemblée. Il résulte de la liste des présences que toutes les actions sont présentes ou représentées, soit plus de la moitié du capital social ; la présente assemblée est donc en nombre pour statuer et délibérer valablement sur les points à l'ordre du jour.

III. Par lettre missive du ***, les administrateurs ont été invités à la présente assemblée. Le commissaire a renoncé aux formalités de convocation par lettre du ***.

IV. Chaque action donne droit à une voix.

V. Aucune disposition statutaire de la présente société n'interdit le transfert du principal établissement de la société (siège social réel) à l'étranger ni le changement de la nationalité de la société.

VI. Pour être admises, les propositions sub 2, 3 et 4 à l'ordre du jour doivent réunir les quatre cinquièmes des voix pour lesquelles il est pris part au vote, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne de Justice et à l'article 781, § 1 du Code des sociétés ; les autres propositions doivent réunir la majorité des voix pour lesquelles il est pris part au vote, conformément à l'article 63 du Code des sociétés.

¹⁵⁶ Comme dit dans l'exposé, le notaire ne peut imposer la rédaction des rapports en l'absence de cadre législatif contraignant.

CONSTATATION DE LA VALIDITÉ DE L'ASSEMBLÉE

Cet exposé est vérifié et reconnu exact par l'assemblée, celle-ci se reconnaît valablement réunie et apte à délibérer sur les objets à l'ordre du jour.

L'assemblée aborde l'ordre du jour et, après avoir délibéré, prend les résolutions suivantes :

1. RAPPORTS

À l'unanimité, l'assemblée dispense le Président de donner lecture des documents suivants :

1.1. Rapport du Conseil d'administration établi conformément à l'article 778 du Code des sociétés, justifiant la proposition de transfert international du siège de la société ; à ce rapport est joint un état résumant la situation active et passive de la société arrêtée à une date ne remontant pas à plus de trois mois.

1.2. Rapport du réviseur d'entreprises sur l'état joint au rapport du Conseil d'administration.

Le rapport du Réviseur conclut dans les termes suivants :

Chaque actionnaire reconnaît avoir reçu une copie de ces documents et en avoir pris connaissance.

Un exemplaire de ces documents sera déposé au greffe du Tribunal de commerce en même temps qu'une expédition des présentes conformément à l'article 75 du Code des sociétés.

2. TRANSFERT DU SIÈGE SOCIAL DE LA SOCIÉTÉ À ***

L'assemblée décide de transférer le siège social à ***

Dans le cadre de ce transfert, l'assemblée constate que :

- le siège social de la société correspond au siège social réel de la société, au sens de l'article 56 du Code des sociétés ;
- le siège social réel de la société est transféré sous le bénéfice de la continuité juridique de la personnalité morale de la société et n'entraîne pas de conflit négatif, issu de l'application des « lex societatis » belge et ***

L'assemblée décide l'émigration sans dissolution de la société, celle-ci étant, dès lors, soumise aux prescriptions du droit *** à la date à laquelle une expédition de la présente assemblée générale sera déposée près ***

L'émigration de la société aura lieu sans changement de la personnalité juridique de la société, celle-ci conservant la forme d'une société de droit *** dont le capital est exprimé en euro, l'activité et l'objet social de la société demeurant inchangés.

VOTE

Cette résolution est adoptée à l'unanimité.

3. CHOIX DE LA LOI APPLICABLE

L'assemblée décide d'adopter la forme d'une société anonyme de droit *** sans changement de sa personnalité juridique.

Conformément à l'article 775 du Code des sociétés, l'adoption d'une autre forme juridique par une société n'entraîne aucun changement dans la personnalité juridique de la société qui subsiste sous la nouvelle forme.

L'assemblée décide que la société sera régie par le droit *** et par conséquent décide que le transfert international du siège aura pour effet l'adoption par la présente société de la nationalité ***.

VOTE

Cette résolution est adoptée à l'unanimité.

4. ADOPTION DES STATUTS DE LA SOCIÉTÉ ANONYME DE DROIT ***

L'assemblée approuve les statuts de la société anonyme rédigés en conformité avec les lois *** la société devenant une société anonyme de droit *** dont l'exercice social entamé continuera jusqu'à son terme sans discontinuité.

La forme anonyme étant de droit **, la nature commerciale, le capital et les réserves demeurent intacts, de même que tous les éléments d'actif et de passif, les amortissements, les moins-values et les plus-values de la société, et la société anonyme de droit *** continuera les écritures et la comptabilité tenues par la société anonyme de droit belge.

Le Président précise que dans le cadre de l'adoption des dits statuts :

- La présente société devient une personne morale de droit *** soumise aux règles de ce droit, le transfert du siège social entraînant un changement de nationalité.
- L'activité et l'objet social de la société demeurent inchangés.
- L'exercice social de la présente société commencé le premier janvier deux mille treize continue sans discontinuité, jusqu'à son terme statutaire, soit le trente et un décembre deux mille treize.
- Un exemplaire des statuts *** de la société demeure ci-joint, pour être déposé au greffe du Tribunal de commerce de Bruxelles, conformément à l'article 67 du Code des sociétés.

VOTE

Cette résolution est adoptée à l'unanimité.

5. POUVOIRS À CONFÉRER

L'assemblée confère tous pouvoirs :

- au Conseil d'administration pour l'exécution des résolutions prises sur les objets qui précèdent;

- au(x) mandataire(s) à désigner, aux fins d'accomplir toutes formalités nécessaires au transfert transfrontalier de la société.

Sont désignés chacun avec pouvoir d'agir séparément :

L'assemblée décide que les mandataires ainsi désignés auront tous pouvoirs aux fins de faire constater authentiquement, en Belgique et en ***, la réalisation effective du transfert de siège social et de l'émigration.

L'assemblée confère tous pouvoirs au Notaire soussigné aux fins de déposer au greffe du Tribunal de commerce de Bruxelles une expédition du présent acte et une expédition de l'acte à recevoir par le notaire *** à *** aux fins d'y compléter et d'y clôturer le dossier de la présente société et de procéder à sa radiation définitive en Belgique

VOTE

Cette résolution est adoptée par l'assemblée à l'unanimité.

DÉCLARATIONS FISCALES

1. Le présent transfert international de siège se fait sous le bénéfice :
 - de l'article 121 du Code des droits d'enregistrement ;
 - des articles 211 et suivants du Code des impôts sur les revenus ;
 - des articles 11 et 18, § 3 du Code de la taxe sur la valeur ajoutée.
2. Le droit d'écriture à percevoir à l'occasion du présent acte s'élève à nonante-cinq euros (€ 95,00).

Information – Conseil

1. Le projet du procès-verbal a été communiqué par l'Étude du Notaire soussigné le
2. Les membres du bureau déclarent que le Notaire les a entièrement informés sur leurs droits, obligations et charges découlant des actes juridiques dans lesquels ils sont intervenus et qu'il les a conseillés en toute impartialité.

La séance est levée à ***.

De tout quoi le Notaire soussigné a dressé le présent procès-verbal.

L'acte a été lu intégralement et commenté par le Notaire soussigné.

Lecture intégrale des mentions visées par la loi et des modifications éventuelles intervenues depuis la communication du dernier projet de procès-verbal, et lecture partielle et commentée des autres clauses, les membres du bureau, les actionnaires et les administrateurs ont signé avec Nous, Notaire.