

Jurisprudence

CARTESIO — LES CONTOURS INCERTAINS DE LA MOBILITÉ TRANSFRONTALIÈRE DES SOCIÉTÉS REVISITÉS

PAR

Alexia AUTENNE

Chercheur Qualifiée du FNRS

Chargée de cours à l'UCL et Maître de conférences à l'ULB

ET

Edouard-Jean NAVEZ

Assistant à l'UCL

SOMMAIRE

	Pages
Introduction	92
I. — Précisions liminaires	94
1. — LA MOBILITÉ IMPARFAITE DES PERSONNES MORALES SUR LE TERRITOIRE DE L'UNION EUROPÉENNE	94
2. — LES ÉLÉMENTS FACTUELS ET LES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES	95
3. — L'ANALYSE DE L'AVOCAT GÉNÉRAL FACE À LA POSITION CONSERVATRICE DE LA COUR	97
II. — Les distinctions jalonnant la jurisprudence européenne sur le transfert de siège social	100
1. — TRANSFERT D'UN ÉTABLISSEMENT PRINCIPAL <i>VERSUS</i> TRANSFERT D'UN ÉTABLISSEMENT SECONDAIRE	100
2. — THÉORIE DU SIÈGE STATUTAIRE <i>VERSUS</i> THÉORIE DU SIÈGE RÉEL	106
(i) — <i>Position du problème</i>	106
(ii) — <i>Quelle est l'incidence de Cartesio sur la théorie du siège réel?</i>	108
(iii) — <i>Quelle est l'incidence de Cartesio sur la possibilité de transfert de siège statutaire?</i>	109

3. — IMMIGRATION <i>VERSUS</i> ÉMIGRATION	110
(i) — <i>Le droit d'entrée</i>	110
(ii) — <i>Le droit de sortie</i>	111
4. — CARACTÈRE VOLONTAIRE <i>VERSUS</i> CARACTÈRE ACCIDENTEL DU CHANGEMENT DE LOI APPLICABLE	116
III. — Le droit belge au regard de la jurisprudence européenne	117
1. — LA RÈGLE DE CONFLIT RETENUE PAR LE DROIT BELGE	117
2. — L'IMMIGRATION ET L'ÉMIGRATION DES SOCIÉTÉS AU REGARD DU DROIT BELGE	118
3. — L'INFLUENCE DE LA JURISPRUDENCE EUROPÉENNE SUR LA THÉORIE DU SIÈGE RÉEL, EN PARTICULIER DANS SA VARIANTE BELGE	119
(i) — <i>L'article 110 du Code de droit international privé</i>	119
(ii) — <i>L'article 112 du Code de droit international privé</i>	120
IV. — Conclusions : la portée critique de l'arrêt <i>Cartesio</i>	121

Introduction

Au mois d'octobre de l'année 2007, le commissaire européen McCreevy annonça qu'un terme était mis aux travaux d'élaboration d'une Proposition de 14^{ème} directive sur le transfert de siège statutaire des sociétés de capitaux (1). Cette annonce suscita une certaine perplexité parmi la communauté des experts et des praticiens qui, depuis longtemps, avaient fustigé le caractère inachevé de la mobilité des personnes morales au sein du territoire de l'Union européenne. Il est encore trop tôt pour savoir si la décision de la Commission de mettre un terme à ses travaux est définitive ou non. Les récentes initiatives parlementaires donnent cependant à penser que la reprise du projet est imminente (2).

(1) Discours du 3 octobre 2007 du commissaire Ch. McCreevy à la commission des affaires juridiques du Parlement européen, (SPEECH/07/592).

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

Plusieurs motivations, résumées dans une étude d'impact commandée par la Commission (3), sous-tendent la décision communautaire de ne pas intervenir par voie de directive (4). Une première motivation réside dans la délicate question de savoir si l'adoption d'une directive est véritablement le meilleur moyen de réaliser la mobilité transfrontalière des personnes morales, dans un contexte normatif où d'autres instruments existent pour atteindre cette dernière. Référence est ici faite à la directive sur les fusions transfrontalières (5) et au règlement sur la société européenne (6). Un deuxième argument a trait à l'importance prioritaire à accorder aux travaux communautaires d'élaboration d'un statut juridique européen pour les petites et moyennes entreprises (7). Enfin, une troisième et dernière raison était liée à une clarification jurisprudentielle imminente de la Cour de justice, saisie d'une affaire dénommée *Cartesio*, concernant la volonté d'une société hongroise de transférer son principal établissement en Italie (8). La Commission a donc souligné le caractère prématuré d'une intervention dans un domaine où l'occasion était offerte à la jurisprudence de circonscrire plus finement ses enseignements en matière de mobilité sociétaire.

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

(4) Voy. aussi, G.-J. VOSSESTEIN, «Transfer of the registered office — The European Commission's decision not to submit a proposal for a directive», *Utrecht Law Review*, Mars 2008, p. 4.

(5) Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, *JOCE*, n° L310/1 du 25 novembre 2005.

(6) Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne, *JOCE*, 10 novembre 2001, L294/1-21 et la directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, *JOCE*, 10 novembre 2001, L294/22-32. Ces instruments n'entrèrent cependant en vigueur que le 8 octobre 2004 afin de permettre aux Etats d'adapter leur législation.

(7) Suite au plan d'action pour la modernisation du droit des sociétés et le renforcement du gouvernement d'entreprise, la Commission a lancé une étude de faisabilité en vue d'évaluer les avantages et les inconvénients d'un éventuel statut juridique européen pour les petites et moyennes entreprises. En février 2007, le Parlement européen a adopté une résolution demandant à la Commission de rédiger un statut unique pour une société privée européenne. Cette initiative fut concrétisée par la proposition de règlement du Conseil relatif au statut de la société privée européenne, présentée par la Commission le 25 juin 2008, COM (2008) 396; voy. également les amendements apportés à cette proposition par la résolution législative du Parlement européen du 10 mars 2009 sur la proposition de règlement du Conseil relatif au statut de la société privée européenne (COM(2008)0396 — C6-0283/2008 — 2008/0130 (CNS)). Sur ces questions, voy. E.-J. NAVEZ, «La société privée européenne : enfin un véhicule d'intégration économique pour les PME?», *RPS*, 2009, à paraître.

(8) CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, C-210/06, non encore publié au *Recueil*.

L'arrêt *Cartesio*, qui fait l'objet du présent commentaire, mérite donc une attention particulière. Il est, en effet, censé avoir valeur de test pour évaluer l'opportunité d'une intervention normative dans le domaine de la mobilité des personnes morales via un transfert de siège social.

Après un bref retour introductif sur la problématique de la mobilité des sociétés dans l'espace européen ainsi que sur le contenu de la décision proprement dite (éléments de fait, de droit et de contexte), nous examinerons les enseignements de la Cour au travers d'une série de distinctions permettant de systématiser, voire d'interroger la solution dégagée à la faveur de cette nouvelle décision. Le cadre analytique utilisé par la jurisprudence européenne en matière de transfert de siège sociétaire s'articule autour de plusieurs notions supposées discriminantes pour établir là où une atteinte à la liberté d'établissement est présente et là où ce n'est pas le cas. Nous verrons que de nombreuses ambiguïtés subsistent quant au caractère véritablement opérationnel de ces critères.

Nous étudierons ensuite les règles de droit belge qui régissent la situation juridique des sociétés en quête de mobilité. Nous nous interrogerons enfin de manière critique sur la portée de l'arrêt *Cartesio*, notamment quant au point de savoir si une initiative réglementaire serait réellement superfétatoire.

I. — Précisions liminaires

1. — LA MOBILITÉ IMPARFAITE DES PERSONNES MORALES SUR LE TERRITOIRE DE L'UNION EUROPÉENNE

Théoriquement, une société dispose de divers moyens lui permettant d'étendre ses activités au-delà des frontières de son Etat membre d'origine. Les modalités du déplacement peuvent être plus ou moins élaborées (9) : il s'agira tantôt d'une simple prestation de services, de l'ouverture d'une agence, d'une succursale, d'un bureau, ou encore de la création d'une filiale; dans d'autres situations, le déplacement prendra la forme d'une réincorporation, d'un transfert de l'établissement principal ou d'une fusion (10).

(9) En l'Etat du droit communautaire, seule la liberté d'établissement secondaire est largement praticable. A l'inverse, l'exercice de la liberté d'établissement principal demeure entravé par le manque d'harmonisation en la matière.

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

La conception européenne de la mobilité se démarque de la conception américaine. Selon cette dernière, la mobilité des entreprises renvoie non seulement à la possibilité d'opérer dans différents Etats, mais également à celle de choisir le droit des sociétés qui correspond le mieux aux besoins de l'entreprise. Cette conception, axée sur la concurrence entre ordres juridiques, demeure controversée en Europe (11). En pratique, la concurrence régulatoire est d'ailleurs un phénomène très limité, la liberté des opérateurs économiques de choisir librement un droit applicable étant relativement illusoire. En droit des sociétés, cette situation s'explique par les divergences nationales profondes qui subsistent quant à la problématique de la nationalité des personnes morales (12) vis-à-vis de laquelle le droit communautaire endosse une position de «neutralité» (13). En effet, le pouvoir exorbitant de vie ou de mort concédé aux Etats membres sur les sociétés qui aspirent à l'émigration empêche ces dernières de profiter pleinement des virtualités offertes par le traité CE (14) et ce, quelles que soient les avancées prétoriennes importantes qui ont été réalisées ces dernières années. Certes, une certaine forme de mobilité peut s'exercer au travers des instruments que sont la société européenne, la fusion transfrontalière ou le groupement européen d'intérêt économique. Cela étant, ces techniques revêtent un caractère spécifique et ne se prêtent donc pas à toutes les hypothèses de mobilité.

2. — LES ÉLÉMENTS FACTUELS ET LES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES

Les faits ayant donné lieu à l'arrêt annoté sont une excellente illustration des difficultés qui peuvent s'élever lorsqu'une société souhaite

(11) Th. DELVAUX, «La concurrence entre ordres juridiques est-elle efficace? — Quelques Réflexions à propos de la liberté d'établissement des sociétés», *RPS*, 2004, pp. 207-273.

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

(13) Sur ce principe, voy. *infra*.

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

se mouvoir à l'intérieur de l'espace européen. Ils peuvent être résumés comme suit (15).

Cartesio Oktató és Szolgáltató Bt est une société en commandite simple de droit hongrois dont le siège social est enregistré à Baja, en Hongrie. En novembre 2005, la société Cartesio introduit une demande devant le tribunal chargé de la tenue du registre des sociétés, en vue de faire acter le transfert de son principal établissement en Italie et la modification corrélative dudit registre. Cartesio souhaite cependant rester enregistrée en Hongrie afin de continuer à relever de la loi hongroise. En janvier 2006, cette demande est rejetée au motif que le droit hongrois ne permet pas à une société constituée en Hongrie de transférer son siège à l'étranger, tout en continuant à être soumise à la *lex societatis* hongroise. Dans cette perspective, un tel transfert de l'administration centrale implique nécessairement la dissolution de la société en Hongrie, suivie d'une reconstitution conformément au droit italien. En deuxième instance, la Cour d'appel régionale rappelle que suivant l'enseignement de l'arrêt *Daily Mail* (16), la liberté d'établissement garantie par les articles 43 et 48 du traité CE ne comporte pas le droit pour une société constituée et immatriculée dans un État membre de continuer à bénéficier de la personnalité juridique offerte par cet État membre et de sa nationalité, alors même que ladite société a transféré son établissement principal dans un autre État membre. Toutefois, la juridiction de renvoi estime qu'une jurisprudence communautaire plus récente (17) peut avoir nuancé ce principe, en manière telle qu'elle décide de surseoir à statuer et de poser à la Cour de justice la question préjudicielle suivante (18), subdivisée en quatre branches :

«a) Si une société constituée et inscrite au registre des sociétés en Hongrie en vertu du droit hongrois désire transférer son siège dans un autre État membre de l'Union européenne, cette question est-elle régie par le

(15) Voy. les conclusions de l'avocat général M. N. Poiares Maduro précédant la décision commentée, nos 1 à 3.

(16) CJCE, 27 septembre 1988, aff. C-81/87, *Daily Mail*, *Rec.*, 1988, p. 5483. Voy. pour un examen récent de cet arrêt W.-G. RINGE, «No Freedom of Emigration for Companies?», *European Business Law Review*, vol. 16, n° 3, 2005, pp. 18 et s.

(17) CJCE, 5 octobre 2004, *CaixaBank France*, aff. C-442/02, *Rec.*, p. I-8961; CJCE, 13 décembre 2005, aff. C-411/03, *SEVIC*, *Rec.*, 2005, p. I-10805; voy. également CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Centros*, *Rec.*, 1999, p. I-1459; CJCE, 5 novembre 2002, C-208/00, *Überseering*, *Rec.*, 2002, p. I-9919; CJCE, 30 septembre 2003, aff. C-167/01, *Inspire Art Ltd.*, *Rec.*, p. I-10115.

(18) Au-delà de la problématique de fond qui concerne la liberté d'établissement, la juridiction de renvoi pose également d'autres questions préjudicielles portant sur la notion de juridiction, mais celles-ci ne seront pas évoquées dans le cadre de la présente contribution.

droit communautaire ou les dispositions des droits nationaux sont-elles, en l'absence d'harmonisation, exclusivement applicables?

b) Une société hongroise peut-elle demander le transfert de son siège dans un autre État membre de l'Union en invoquant directement le droit communautaire, en l'occurrence les articles 43 CE et 48 CE? Dans l'affirmative, un tel transfert peut-il être soumis — que ce soit par l'«État d'origine» ou par l'«État hôte» — à une quelconque condition ou autorisation?

c) Faut-il interpréter les articles 43 CE et 48 CE en ce sens qu'est incompatible avec le droit communautaire une règle ou pratique de droit interne qui fait une distinction, en ce qui concerne l'exercice des droits intéressant les sociétés commerciales, entre lesdites sociétés selon l'État membre dans lequel se trouve leur siège?

d) Faut-il interpréter les articles 43 CE et 48 CE en ce sens qu'est incompatible avec le droit communautaire une règle ou pratique de droit interne qui empêche une société de l'État membre concerné de transférer son siège dans un autre État membre?».

En somme, la question est de savoir si la liberté d'établissement permet à une société d'exiger de l'Etat membre de constitution la reconnaissance de sa qualité de personne morale relevant du droit de cet Etat, alors même qu'elle entend transférer son principal établissement dans un autre Etat membre.

3. — L'ANALYSE DE L'AVOCAT GÉNÉRAL FACE À LA POSITION CONSERVATRICE DE LA COUR

Dans ses conclusions précédant l'arrêt commenté, l'avocat général a considéré que *«les règles du traité relatives au droit d'établissement sont clairement d'application»* puisqu'une discrimination résulte de ce que *«des règles de droit interne qui ne permettent à une société de transférer son administration que dans les limites du territoire national traitent les situations transnationales de manière moins favorables que les situations purement nationales»* (19).

Tout en admettant qu'un Etat membre puisse — afin de tenir compte de motifs d'intérêt général — imposer certaines conditions préalables au déplacement de l'administration centrale d'une société constituée sous l'empire de sa législation, l'avocat général soutient que l'exercice effectif du droit d'établissement implique que la théorie de la fiction ne puisse pas être appliquée jusque dans ses dernières limites logiques (20). Selon cette théorie, une société n'a d'existence qu'à travers la législation nationale qui en détermine la constitution et le fonc-

(19) Voy. les conclusions précitées de l'avocat général *P. Maduro* précédant la décision commentée, n° 25.

(20) *Ibidem*, n° 30.

tionnement (21). Et, en l'état actuel de la jurisprudence communautaire, l'application de la théorie de la fiction rend l'assimilation (22) des sociétés aux personnes physiques incomplète, puisqu'au contraire de ces dernières, le droit européen autorise un Etat à supprimer le bénéfice de la personnalité juridique à une personne morale qui souhaite exercer son droit à la mobilité en transférant son établissement principal dans un autre Etat membre (23).

A l'appui de sa thèse, l'avocat général met d'abord en avant les évolutions qui auraient été apportées à l'enseignement de l'arrêt *Daily Mail* par la jurisprudence récente, et singulièrement la trilogie *Centros — Überseering — Inspire Art* qui a abouti à étendre l'application des dispositions du traité CE relatives au droit d'établissement. Il revient ensuite sur certaines distinctions qui sous-tendent la jurisprudence de la Cour et s'interroge sur la cohérence de retenir des solutions différenciées en fonction des modalités du déplacement : établissement principal ou secondaire, droit d'entrée ou droit de sortie (24). Selon lui, malgré l'ambiguïté des termes utilisés dans son arrêt *Daily Mail*, la Cour n'entendrait pas exclure *a priori* du champ d'application de la liberté d'établissement certains pans de la législation nationale. Ainsi, en dépit de la liberté laissée aux Etats de choisir les règles applicables à la constitution et au rattachement des sociétés, l'exercice effectif du droit d'établissement nécessite un certain degré de reconnaissance mutuelle et de coordination des divers régimes nationaux relatifs au rattachement des sociétés. Dès lors, les articles 43 CE et 48 CE s'opposeraient à l'application de règles nationales rendant impossible pour une société constituée en vertu de la législation d'un Etat membre, le transfert de son administration centrale vers un autre Etat membre.

Dans l'arrêt *Cartesio*, la Cour de justice s'est largement écartée de la position adoptée par son avocat général qui, à vrai dire, aurait sonné le glas de la théorie du siège réel (25). En effet, la Cour a dit

(21) Point 104 de la décision commentée.

(22) Sur ce principe, voy. Y. LASSOUARN, «Le droit d'établissement des sociétés», *RTDE*, 1990, p. 229.

(23) Voy. J. STUYCK, «Zetelverplaatsing en vrije vestiging van vennootschappen in the EEG», note sous l'arrêt *Daily Mail*, *TRV*, 1989, pp. 203 et s.

(24) Voy., à l'appui de ce raisonnement, CJCE, 13 avril 2000, aff. C-251/98, *Baars*, *Rec.*, 2000, p. I-2787; CJCE, 11 mars 2004, aff. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, *Rec.*, 2004, p. I-2409; CJCE, 13 décembre 2005, aff. C-411/03, *SEVIC*, *Rec.*, 2005, p. I-10805 et les conclusions de l'avocat général TIZZANO du 7 juillet 2005, point 45.; voy. également W.-G. RINGE, «No Freedom of Emigration for Companies?», *op. cit.*, p. 13.

(25) Dans le même sens, M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, (2^e éd.), Montchrestien, 2008, p. 134, n° 130-1.

pour droit qu'en l'état du droit communautaire, «la question de savoir si l'article 43CE 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 Etat 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» (26). Il a en outre été jugé que les articles 43 CE et 48 CE «ne s'opposent pas à une réglementation d'un Etat membre qui empêche une société constituée en vertu du droit national de cet Etat membre de transférer son siège dans un autre Etat membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'Etat membre selon la législation duquel elle a été constituée» (27). Plus que jamais, la question de savoir si une société subit une restriction de ses droits garantis par l'article 43 CE ne se posera que s'il est démontré que la société en cause peut se prévaloir de la liberté d'établissement en vertu de l'article 48 CE (28).

En l'espèce, le droit hongrois prévoit que la localisation du siège social est déterminante de la *lex societatis* et par voie de conséquence, le transfert transfrontalier du principal établissement n'est possible que moyennant une modification corrélative de la loi applicable à la société (29). Dès lors, la société *Cartesio* ne disposant pas *in casu* d'un droit subjectif à réaliser le déplacement de son siège réel, il ne peut être question d'une quelconque restriction à la liberté d'établissement ni d'un examen de l'entrave éventuelle. Comme nous le verrons, la position adoptée par la Cour dans la problématique du déplacement du principal établissement doit être appréhendée à l'aune de deux principes dont l'application est pourtant à géométrie variable : la théorie de la fiction et le principe de neutralité qui se dégage de l'article 48 CE (30).

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

(27) Voy. le point 124 de la décision commentée.

(28) Sur les conditions à remplir par les dispositions nationales susceptibles d'entraver la liberté d'établissement, voy. CJCE, 31 mars 1993, *Kraus*, C-19/92, *Rec.*, 1993, p. I-1663, n° 32; CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, *Rec.*, p. I-4165, n° 37.

(29) J.-P. DOM, «L'affaire *Cartesio*», *La lettre*, janvier 2009, n° 27, p. 15, www.landwell.fr.

(30) Voy. les points 104 et 106 de l'arrêt *Cartesio*. Voy. dans le même sens, G. GODDIN et B. GODDIN, «Arrêt *Cartesio* : l'étendue de la liberté d'établissement pour les sociétés 'émigrantes'», *JDE*, 2009, p. 77.

II. — Les distinctions jalonnant la jurisprudence européenne sur le transfert de siège social

Dans *Cartesio*, la Cour circonscrit la sphère d'influence de la liberté d'établissement en matière de transfert de siège social en mobilisant plusieurs distinctions construites ou affinées depuis plusieurs années. Dans les développements qui suivent, nous entendons revenir sur ces notions qui constituent autant de balises pour établir les contours de la mobilité des personnes morales via un transfert de siège. L'enjeu délicat est d'évaluer le degré de cohérence de l'orientation jurisprudentielle qui s'est dessinée depuis la fin des années quatre-vingt. En d'autres termes, les principes dégagés à la faveur de l'affaire *Daily Mail* et reformulés périodiquement sont-ils univoques ou, au contraire, génèrent-ils des indications contradictoires?

1. — TRANSFERT D'UN ÉTABLISSEMENT PRINCIPAL VERSUS TRANSFERT D'UN ÉTABLISSEMENT SECONDAIRE

Sous l'angle du droit communautaire, on peut définir l'établissement comme le fait de «*s'implanter matériellement pour une durée indéterminée dans un Etat membre afin d'y exercer une activité économique*» (31). Conformément au traité CE, l'établissement est principal ou «primaire», lorsqu'il se réalise par l'implantation du siège social d'une société sur le territoire d'un Etat membre. Il peut également s'effectuer à titre secondaire, lorsqu'il se concrétise par la création d'agences, de succursales (32) ou de filiales (33).

Cette distinction est-elle déterminante dans la jurisprudence de la Cour? Autrement dit, peut-on expliquer le cadre analytique général de la jurisprudence en matière de transfert de siège à l'aune de la dichotomie

(31) M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., p. 124, n° 122.

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

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

tomie entre le caractère principal ou secondaire du déplacement envisagé? Une réponse négative doit être apportée à cette double question.

D'abord, il résulte de la jurisprudence que la qualification des faits retenue dans chaque cas d'espèce dépend fortement de la règle de rattachement adoptée par les Etats en présence ainsi que de la volonté de la société de conserver ou non sa *lex societatis*. Ainsi, dans *Centros* et *Inspire Art*, les déplacements en cause ont généré un problème d'immatriculation d'une succursale mais dans une perspective «réaliste», la même hypothèse aurait pu donner lieu à un transfert du centre de direction, donc du principal établissement. Ensuite, la liberté d'établissement primaire renvoie elle-même à plusieurs réalités qui sont traitées de façon différenciée sous l'angle de la mobilité des entreprises. Théoriquement, la notion de liberté d'établissement primaire vise les opérations d'établissement (constitution *ex nihilo*) ou de déplacement du siège social statutaire d'une société. Avant l'arrêt *Cartesio*, cette faculté ne pouvait se concrétiser qu'en ayant recours à une fusion transfrontalière (34) ou en utilisant les formes sociétaires européennes qui jouissent toutes d'une vocation particulière à la mobilité (35).

Ensuite, la Cour considère que la liberté d'établissement primaire englobe également les hypothèses de transfert de l'établissement principal, c'est-à-dire du siège réel. Ce type de déplacement est abordé par

(34) L'on rappellera cependant qu'à certains égards, une opération de fusion peut également relever de la liberté d'établissement secondaire. Voy. sur cette question Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 543, n° 758. Notons, au passage, l'importance de cette initiative qui est venue faciliter la réalisation d'opérations qui nécessitaient jusque là, le recours à des techniques de substitution complexes et coûteuses. Pour un commentaire de ce régime, voy. C. VERDURE, «La réglementation des fusions transfrontalières : une nouvelle étape dans la modernisation du droit européen des sociétés», *Rev. dr. intern. et dr. comp.*, n° 1, 2008, pp. 121 et s.; M. EVRARD et E. VAN DER VAEREN, «Les fusions transfrontalières : un pas de plus vers une Europe harmonisée», *DAOR*, n° 81, 2007, pp. 112 et s.; M. WYCKAERT, «Grensoverschrijdende fusies», *TRV*, 2006, pp. 90 et s.; Th. DELVAUX, «Fusions internationales et libertés de circulation», note sous CJCE, 13 décembre 2005, *SEVIC*, aff. C-411/03, *JT*, 2006, pp. 146 et s.; H. LE NABASQUE, «L'incidence des normes européennes sur le droit français applicable aux fusions et au transfert de siège social», *Rev. soc.*, janv.-fév. 2005, n° 1, pp. 81-101.

(35) Voy. pour le G.E.I.E., l'art. 13 du règlement (CEE) n° 2137/85 du 25 juillet 1985 du Conseil relatif à l'institution du groupement européen d'intérêt économique, *JOCE*, n° L199, 31 juillet 1985, p. 1; pour la SE, l'art. 8, §1^{er} du règlement CE n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 portant statut de la société européenne, *JOCE*, L294, 10 novembre 2001; pour la SEC, l'art. 7 du règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne, *JOCE*, 2003, L207, 18 août 2003.

la Cour dans les arrêts *Centros — Überseering — Inspire Art*, pour le volet droit d'entrée, et les arrêts *Daily Mail* et *Cartesio*, pour le volet droit de sortie. Ainsi, dans *Centros*, la Cour met utilement en évidence le fait qu'en cas de création d'un pseudo-établissement secondaire (36), c'est-à-dire une succursale qui est en réalité un établissement principal, il importe peu que celle-ci ne soit pas véritablement le siège d'une activité secondaire et qu'elle soit, au contraire, le réceptacle de la réalité des opérations économiques. Dans les deux cas, l'Etat membre d'accueil ne peut, sauf cas de fraude, entraver la liberté d'établissement de la succursale en lui imposant des restrictions sous le motif qu'il y aurait un décrochage entre le siège statutaire et les activités réelles (37). Certains auteurs soutiennent toutefois qu'un mode secondaire d'exercice de la liberté d'établissement présuppose nécessairement la création antérieure d'un établissement principal (38). Pour autant, la jurisprudence *Centros* relativise cette distinction entre établissement principal et secondaire, dans la mesure où elle attribue à la notion de succursale une acception tellement large qu'elle ne suppose plus nécessairement le caractère secondaire de l'activité.

Par conséquent, la réponse à la question de savoir si une restriction à un déplacement de siège social attente ou non à la liberté d'établissement dépend moins du caractère principal ou secondaire de l'établissement en cause que du type de déplacement qui est en jeu (entrée ou sortie), ainsi que du facteur de rattachement retenu par l'Etat en cause. Un examen systématique de cette problématique nécessite par ailleurs que l'on isole les hypothèses de mouvement et que l'on distingue les différents cas de figure (39).

(36) Sur la définition de cette notion, voy. la loi néerlandaise du 17 décembre 1997 relative aux «sociétés étrangères de pure forme», entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998 : *Stb*, 1997, n^{os} 69, 698, 699 et 743.

(37) C'est ce qui a fait dire à certains auteurs que dans son libellé actuel, l'article 58 du Code des sociétés belge (qui consacre la reconnaissance des sociétés étrangères) est difficilement compatible avec la jurisprudence communautaire, en ce qu'il dispose que l'une des conditions préalables à l'immatriculation d'une succursale en Belgique est l'existence d'un établissement principal dans le pays d'origine. Voy. N. WATTÉ, «Examen de jurisprudence (1990-2002), Droit international privé», 2^e partie, *RCJB*, 2005, n^o 76, pp. 308 et 309.

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

(39) Pour une application d'une démarche méthodologique consistant à isoler les hypothèses de mouvement, voy. V. SIMONART, «L'application du droit belge aux sociétés constituées dans un autre Etat de la Communauté et, en particulier, aux *Limited*», *RPS*, 2009, n^{os} 31 et 32, à paraître; voy. également, C. GERNER-BEURLER et M. SCHILLIG, «The Mysteries of Freedom of Establishment after *Cartesio*», King's College London School of Law, *Working Paper*, février 2009, p. 12, disponible sur le site du SSRN : <http://ssrn.com/abstract=1340964>, pp. 12 et s.; M. WYC-

L'intérêt de la distinction entre établissement primaire et établissement secondaire rejaillit, par contre, dans le cadre de la problématique de l'abus de droit (40). De longue date, l'interdiction de l'abus de droit a été reconnue par la Cour comme un principe général de l'ordre communautaire en vertu duquel «*les justiciables ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes communautaires*» (41). La lutte contre l'abus de droit constitue donc logiquement, au même titre que la protection des créanciers, des tiers ou des actionnaires minoritaires, une raison admissible d'intérêt général (42). Dans l'arrêt *Cadbury* (43), la Cour précise les contours de la notion d'abus de droit au moyen de celle de «montage purement artificiel» alors que jusqu'à présent, celle-ci avait fait l'objet de simples réserves formelles dans la jurisprudence relative à la liberté d'établissement des sociétés (44). Dans cette affaire, la société Cadbury contestait la compatibilité communautaire de la législation britannique sur les sociétés étrangères

KAERT et F. JENNÉ, «Cross border mobility», in Actes du colloque *The European Company Law Action Plan 2003 revisited*, Jan Ronse Instituut, KULeuven, 9 janvier 2009, pp. 7, 8, 23 et 24. Voy également l'étude d'impact de la directive sur les transferts transfrontaliers du siège statutaire des sociétés de capitaux du 12 décembre 2007, SEC (2007) 1707 du 12 décembre 2007, pp. 9 et s.

(40) Sur cette notion, voy. W.G. RINGE, «Sparkling Regulatory Competition in European Company Law. The impact of the Centros line of case-law and its concept of 'abuse of law'», Oxford Legal Studies Research Paper, n° 2/2009; F. LAGONDET, «L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire», *JDE*, 2003, n° 95, pp. 8 à 11; A. KJELLGREN, «On the Border of Abuse: the Jurisprudence of the European Court of Justice on Circumvention, Fraud and Abuses of Community Law», in *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford Univ. Press, 2002, p. 245; D. TRIANTAFYLLOU, «L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire», *CDE*, 2002, n°s 5-6, pp. 611-632; J.-P. DEGUÉE, «'Forum Shopping', usage ou abus de la liberté d'établissement», obs. sous CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *RPS*, 2000, pp. 51-83.

(41) CJCE, 12 mai 1998, *Kefalas*, aff. C-367/96, *Rec.*, p. I-2843; CJCE, 31 mars 1993, *Kraus*, C-19/92, *Rec.*, p. I-1663, point 34. voy. également CJCE, 16 juillet 1998, *ICI*, aff. C-264/96, *Rec.*, 1998, p. I-4695, point 26; CJCE, 12 décembre 2002, *Lankhorst-Hohorst*, aff. C-324/00, *Rec.*, p. I-11779, point 37; CJCE, 11 mars 2004, *de Lasteyrie du Saillant*, aff. C-9/02, *Rec.*, 2004, p. I-2409, point 50; CJCE, 13 décembre 2005, *Marks & Spencer*, aff. C-446/03, *Rec.*, 2005, p. I-10837, point 57.

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

(43) CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, aff. C-196/04, *Rec.*, 2006, p. I-7995.

(44) S. FRANCO, note sous CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, *Journal du Droit International*, Clunet, Avril-Mai-Juin 2007, p. 659 et les références citées, notamment E. CORNUT, «Forum shopping et abus de droit en droit international privé», *JDI*, 2007, p. 27.

contrôlées (S.E.C.) qui prévoit, sous réserve d'exception, l'incorporation dans le revenu imposable des sociétés établies au Royaume-Uni des bénéfices réalisés par leurs filiales étrangères, lorsque celles-ci sont établies dans un Etat dont le régime fiscal est sensiblement plus favorable que le régime britannique d'imposition des sociétés (45). La société mère du groupe Cadbury Schweppes s'était vue appliquer le régime S.E.C. pour deux de ses filiales indirectes établies dans le centre de services financiers internationaux (IFSC) de Dublin, où elles étaient soumises à un taux d'imposition de 10%. Les filiales en question, dont les activités consistaient à lever des fonds pour les fournir aux autres filiales du groupe Cadbury, étaient, semble-il, établies dans l'IFSC afin de bénéficier d'un régime fiscal favorable (46). La question posée à la Cour portait sur la compatibilité de la législation britannique sur les S.E.C. avec les articles 43, 49 et 56 CE. Sans entrer dans les détails de cette décision, relevons que la Cour y a dit pour droit que «les articles 43 CE et 48 CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à l'incorporation, dans l'assiette imposable d'une société résidente établie dans un État membre, des bénéfices réalisés par une société étrangère contrôlée dans un autre État membre lorsque ces bénéfices y sont soumis à un niveau d'imposition inférieur à celui applicable dans le premier État, à moins qu'une telle incorporation ne concerne que les montages purement artificiels destinés à éluder l'impôt national normalement dû» (47).

En subordonnant le bénéfice de la liberté d'établissement à une certaine réalité d'implantation et à l'exercice concret d'une activité économique, l'arrêt *Cadbury* met incontestablement un frein à l'élan de tolérance de la Cour à l'égard du phénomène de *law shopping* (48). Dès lors, bien que cette décision concerne une problématique fiscale, on a pu lire que celle-ci «est venue nuancer dans une mesure significative le jugement de la Cour dans ses arrêts *Centros* et *Inspire Art* ainsi que réaffirmer sa jurisprudence constante concernant le principe de

(45) E. TRAVERSA, «Chronique de droit fiscal communautaire (1^{er} mars 2006 — 28 février 2007)», *JDE*, 2007, pp. 170-171.

(46) Pour un résumé des faits, voy. les conclusions de l'avocat général M. P. LÉGER, précédant l'arrêt *Cadbury Schweppes* (aff. C-196/04), n^{os} 19 et s. et les points 13 à 28 de l'arrêt.

(47) C'est nous qui soulignons.

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

l'interdiction de l'abus de droit communautaire» (49). L'on s'interroge cependant sur la possibilité de «nuancer» sans anéantir l'enseignement principal de ces arrêts. En effet, dans *Cadbury*, la Cour montre qu'elle désire empêcher que les opérateurs économiques, sous le couvert de la liberté d'établissement, entreprennent des montages simulés dépourvus de toute réalité économique. Dans cette affaire, seul l'établissement secondaire était en cause, contrairement aux hypothèses visées par *Centros* et *Inspire Art* dans lesquelles c'est la non réalité économique de l'établissement principal qui était en cause. Mais, la notion de «montage purement artificiel» évoquée dans l'arrêt renvoie à l'absence de réalité économique d'un établissement, dans son acception la plus large, en ce compris donc l'établissement principal (50). En d'autres termes, la définition donnée à la notion d'établissement dans cet arrêt semble concerner autant l'établissement principal que secondaire (51). Dans cette perspective, comment combiner les enseignements de cet arrêt avec ceux issus de la jurisprudence *Centros*? Et, comment concilier la position adoptée dans *Cadbury*, que d'aucuns qualifieraient de réaliste, avec le principe de neutralité relatif aux critères de rattachement déjà évoqué? Comment peut-on à la fois exiger qu'un établissement, — principal ou secondaire —, soit le siège d'une activité minimalement réelle et maintenir la neutralité par rapport aux deux grands types de règles de rattachement que sont l'approche en termes de siège réel et celle en termes de siège statutaire (52)? Au vu de ces difficultés, ne convient-il pas de limiter la portée de l'arrêt à la matière fiscale et concéder alors que ce dernier n'exerce pas d'influence sur la détermination de la loi applicable en matière de droit des sociétés (53)? A l'appui de cette thèse, l'on pourrait invoquer le fait qu'en matière fiscale, la notion d'ordre public est plus prégnante que dans le droit privé des sociétés. Une telle solution aurait le désavantage d'être excessivement formaliste, mais elle semble confortée par le fait que

(49) Voy. les conclusions précitées de l'avocat général P. Maduro précédant la décision commentée, n° 29.

(50) En droit fiscal belge, la théorie de la réalité économique a toutefois prouvé ses limites pour apprécier l'existence, ou non, d'une simulation constitutive de fraude. Sur cette question, voy. Th. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, (2^e éd.), Bruxelles, Larcier, 2003; D. GARABEDIAN, «Le principe du choix licite de la voie la moins imposée — Un état des lieux», in *L'évolution des principes généraux du droit fiscal*, Coll. de la Solvay Business School, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 57 et s. et la jurisprudence citée.

(51) S. FRANCO, note sous CJCE, 12 septembre 2006, *op. cit.*, p. 658.

(52) Voy. *infra*.

(53) Voy. dans ce sens, M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, p. 137, n° 134; M. WYCKAERT et F. JENNÉ, «Cross border mobility», *op. cit.*, p. 18.

dans *Cadbury*, la Cour n'a, à aucun moment, évoqué le manque de réalité économique des sociétés visées par la jurisprudence *Centros*.

2. — THÉORIE DU SIÈGE STATUTAIRE VERSUS THÉORIE DU SIÈGE RÉEL

(i) — *Position du problème*

En matière de transfert de siège social, les entraves à la mobilité des personnes morales résultent du fait que les Etats membres possèdent des traditions juridiques différentes en matière de critères de rattachement (54). Sans rentrer dans le détail d'une problématique déjà abondamment commentée, l'on rappellera que si certains Etats se soucient peu de la volonté d'une société de transférer son siège réel à l'étranger, d'autres sont, au contraire, désireux de maintenir une coïncidence entre le siège statutaire et le siège réel de la société qui envisage de déplacer le centre de ses activités à l'étranger. Ces différentes sensibilités imprègnent peu ou prou les règles nationales de conflits de lois, de même que les règles substantielles de droit des sociétés.

Ainsi, en schématisant quelque peu, on distingue deux modèles types. Selon un modèle réaliste, la détermination de la loi applicable résulte d'un critère matériel déduit d'une situation de fait : la localisation du centre réel de gravité de la société, à savoir le lieu de son principal établissement. Par opposition, un modèle formaliste préconise un rattachement fondé sur un critère formel d'immatriculation et non sur un critère réel d'activité effective. Ce modèle renvoie à ce que d'aucun appellent la théorie de l'incorporation. Selon cette dernière, la juridiction d'incorporation est indifférente par rapport à un éventuel transfert de siège réel. Une société constituée dans un Etat d'incorporation a le droit d'établir le centre de ses affaires (administration centrale, localisation des organes sociétaires, etc.) à l'étranger, sans pour autant rompre les liens juridiques avec son Etat d'origine; elle demeure un «sujet» de droit du pays dont elle est issue, même si elle a cessé d'y opérer. L'on notera qu'en pratique, la distinction entre ces deux approches est moins aisée qu'il n'y paraît. Si certains Etats optent sans ambiguïté pour une approche plutôt que l'autre, (comme cela a longtemps été le cas de l'Allemagne avec la «Sitztheorie» (55)),

(54) G. PANOPOULOS, «Pour une nouvelle compréhension du droit international des sociétés à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Justice», *CDE*, 2006, n° 5/6, pp. 698-732.

(55) Une proposition de modification de la règle de conflit de lois applicable au rattachement des sociétés a été adoptée, le 9 février 2006, par un organe consultatif du gouvernement. Pour une analyse de cette proposition, voy. *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 712.

d'autres développent un cadre normatif hybride, à mi-chemin entre ces deux traditions. Il est ainsi parfaitement concevable qu'un Etat applique à ses sociétés nationales des critères de rattachement différents que ceux applicables aux sociétés étrangères (56).

S'agissant de la Belgique, nous verrons que l'article 110 du Code de droit international privé (57) consacre la théorie du siège réel (58). Cette théorie s'incarne également dans le droit commercial substantiel applicable aux sociétés nationales : si une société installe son siège réel de direction en Belgique, elle est considérée comme une société de droit belge. Selon que les associés auront, ou non, accompli les formalités de constitution, cette société sera revêtue, ou non, de la personnalité juridique. Dans le chapitre suivant, nous verrons que nonobstant sa préférence pour une approche réaliste du rattachement, la Belgique fait partie de ces Etats qui autorisent le transfert de siège statutaire sans dissolution (59). Elle tempère les effets de la théorie du siège réel, là où cette dernière produit des résultats peu efficaces pour les sociétés en quête de mobilité. La Hongrie, qui est la principale concernée dans l'affaire *Cartesio* défend, quant à elle, une approche intermédiaire. Contrairement à ce que l'avocat général a laissé entendre, la Hongrie n'est pas une pure juridiction de siège réel. Son droit international privé comporte, au contraire, une approche de type incorporation puisqu'il pose que la loi applicable à une personne morale est la loi du lieu de sa constitution (60). Le droit substantiel des sociétés, par contre, impose aux sociétés hongroises de maintenir une coexistence entre leur siège statutaire et leur siège réel. Et, c'est cette dernière législation qui était en cause dans l'arrêt annoté. La confusion est cependant aisée, d'autant que dans l'examen de l'entrave à la liberté d'établissement, la Cour semble ne faire aucune distinction

(56) Voir à ce sujet, F. MUCCIARELLI, «Companies' Emigration and EC freedom of establishment», University of Modena and Reggio Emilia — Faculty of Economics «Marco Biagi», *Working Paper*, 2007, p. 14.

(57) Voy. la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, *M.B.*, 27 juillet 2004. Voy. également la proposition de loi portant le code de droit international privé, discussion général, *Ann. Parl.*, Sénat, Sess. Ord 2003-2004, n° 3-27/7, séance du 28 avril 2004.

(58) R. JAFFERALI, «L'application du droit belge aux sociétés de droit étranger. Une esquisse des contours de la *lex societatis*», *RDC*, 2004, 8, pp. 764-790.

(59) Cfr. *infra*.

(60) Ce n'est qu'à partir du 30 juillet 2006 que la Hongrie a abandonné son critère de rattachement fondé sur la coïncidence des sièges statutaire et réel pour adopter une règle de type incorporation. Pour un exposé de la législation hongroise, voy., C. GERNER-BEUERLE et M. SCHILLIG, *op. cit.*, p. 12, spéc. note 70; D. DEAK, «Outbound establishment revisited in *Cartesio*», *EC Tax Review*, 2008-6, n° 2.1., p. 251.

selon que la règle incriminée constitue une règle de droit international privé ou une règle de droit matériel.

(ii) — *Quelle est l'incidence de Cartesio sur la théorie du siège réel?*

Si certains doutes subsistaient quant à l'impact de la trilogie jurisprudentielle *Centros* — *Überseering* — *Inspire Art* sur la validité de la théorie du siège réel, *Cartesio* semble avoir levé toute ambiguïté : l'article 48 du traité n'entame pas la compétence des Etats membres pour déterminer les critères de rattachement des sociétés. Le droit communautaire est neutre quant à la question de la 'nationalité' des personnes morales ; les Etats membres demeurent libres de choisir le régime de rattachement qui leur sied le mieux, que ce dernier soit d'inspiration réaliste, formaliste ou d'une autre nature. Dans son point 104, la Cour rappelle ainsi, en se référant à *Daily Mail*, qu'une société créée en vertu d'un ordre juridique national n'a d'existence qu'à travers la législation qui en détermine la constitution et le fonctionnement. La Cour relève ensuite que les législations des Etats membres diffèrent largement tant en ce qui concerne les critères de rattachement exigés pour fonder une société qu'en ce qui concerne la possibilité pour une société déjà constituée de modifier le lien de rattachement avec son Etat d'origine (61). A la faveur de *Cartesio*, la Cour rappelle donc que la théorie du siège réel ne se trouve aucunement condamnée par le droit communautaire. Au point 107 de la décision, la Cour prend d'ailleurs appui sur son arrêt *Überseering* dans lequel elle avait estimé que la possibilité pour une société de transférer son siège effectif dans un autre Etat membre sans perdre la personnalité juridique dont elle jouit dans l'ordre juridique de l'Etat membre de constitution ainsi que les modalités de ce transfert étaient déterminées par la législation nationale conformément à laquelle ladite société avait été constituée (62).

(61) Dans une note récente, Laurence Idot affirme que la solution adoptée par la Cour dans *Cartesio* rassurera certainement les internationalistes, puisque la Cour confirme de manière solennelle la possibilité pour un Etat membre de choisir pour rattachement d'une société le siège social réel. L. IDOT, «Transfert du siège social sans changement de loi applicable», note sous *Cartesio*, *EUROPE*, février 2009, p. 34.

(62) CJCE, 5 novembre 2002, C-208/00, *Überseering*, *Rec.*, 2002, p. I-9919, point 70. Pour un examen des conséquences de cet enseignement, voy. not. J.-P. DOM, «La Liberté d'établissement des succursales : principes et limites», *Rev. sociétés*, n° 1, janv.-mars, 2004, p. 146 ; P. LAGARDE, note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, *Rev. crit. DIP*, n° 92, juillet-septembre 2003, p. 524 ; J.-P. DEGUÉE, «'Forum Shopping', usage ou abus de la liberté d'établissement», *op. cit.*, pp. 76 et 77.

Pour autant, si *Cartesio* réaffirme la solidité de la théorie du siège réel dans son volet émigration (c'est-à-dire au niveau du droit de sortie), plus ambiguë, par contre, est la question de savoir la mesure dans laquelle cette théorie a été déforcée sous l'angle de l'immigration des opérateurs économiques (c'est-à-dire du droit d'entrée). En effet, la trilogie *Centros* — *Überseering* — *Inspire Art* (63) exige des Etats membres qu'ils s'abstiennent de restreindre la liberté d'établissement de sociétés étrangères en quête de mobilité, à la faveur de mesures limitant leur accès au territoire. Il en va ainsi de normes niant la personnalité morale d'une société constituée selon une législation d'un autre Etat membre qui vient établir le centre de ses activités sur le territoire ou de l'imposition, à cette société, d'exigences en termes de capital minimum équivalant à celles des sociétés nationales (64).

(iii) — *Quelle est l'incidence de Cartesio sur la possibilité de transfert de siège statutaire?*

Alors même qu'elle n'y était pas invitée au vu des faits de la cause et des arguments des parties, la Cour s'exprime en faveur d'une limitation des entraves nationales aux transferts de siège statutaire accompagnés d'un changement de loi applicable. En effet, dans son point 112 (65), la Cour enjoint les Etats membres à ne pas entraver les opérations de transformation de leurs sociétés nationales en sociétés de droit étranger, pour autant que le droit de l'Etat d'accueil permette de telles transformations sans dissolution. En d'autres termes, l'Etat membre d'origine doit veiller à préserver la continuité de la personnalité morale des sociétés désireuses de transférer leur siège statutaire dans un autre Etat autorisant ce transfert. La Cour recommande, en quelque sorte, que les Etats membres de siège réel adoptent des dispositions favorisant la reconnaissance et le transfert de siège sans dissolution, à l'instar de ce qui existe en droit belge (cfr. art. 58 C. soc. et 112 Codip.). Pour répondre aux aspirations de la Cour, les Etats membres pourraient également se lier entre eux par des traités multilatéraux favorisant la reconnaissance mutuelle des sociétés étrangères (66). Faute de ce genre de dispositions, la mobilité statutaire demeure imparfaite.

(63) CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Centros*, *Rec.*, 1999, p. I-1459; CJCE, 5 novembre 2002, C-208/00, *Überseering*, *Rec.*, 2002, p. I-9919; CJCE, 30 septembre 2003, aff. C-167/01, *Inspire Art Ltd.*, *Rec.*, p. I-10115.

(64) Nous évoquerons l'impact de cet enseignement sur le droit belge dans notre point suivant.

(65) CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio* (aff. C-210/06), point 112.

(66) L'on notera qu'à l'heure actuelle, la Belgique n'est liée par aucun traité de ce type.

Par conséquent, même si la validité de la théorie du siège réel est réaffirmée dans *Cartesio*, elle est amoindrie à un triple titre. D'une part, la jurisprudence *Centros* — *Überseering* — *Inspire Art* en a limité la portée dans les situations d'immigration via un transfert de siège réel. D'autre part, et ceci découle de la considération précédente, les Etats de siège réel sont plus exposés aux coups de butoir liés au respect de la liberté d'établissement, que ne le sont les Etats d'incorporation. Enfin, la Cour a profité de *Cartesio* pour enjoindre les Etats à faciliter les transferts de siège accompagnés d'un changement de loi applicable, ce qui, pour les juridictions de pur siège réel, nécessitera, le cas échéant, un assouplissement de leurs règles en matière d'expatriation (67).

Ceci renvoie à la question de savoir quel est le sens donné par la jurisprudence de la Cour entre le volet émigration et le volet immigration du transfert de siège.

3. — IMMIGRATION *VERSUS* ÉMIGRATION

Une société désireuse de transférer son siège social est exposée à un double péril. Le premier provient de son Etat d'origine qui dispose de la faculté de restreindre, voir d'empêcher une tentative d'émigration, en forçant la société à se dissoudre. Le second réside dans la faculté dont dispose l'Etat d'accueil d'interdire ou de rendre plus difficile l'immigration sur le territoire national. La CJCE a été confrontée à ces deux périls, parce que ceux-ci constituent des entraves possibles aux libertés consacrées par le traité. Les solutions jurisprudentielles sont toutefois distinctes selon que l'on se trouve dans le cadre d'une menace à la sortie ou à l'entrée. Au risque de simplifier le diagnostic, on peut dire que les entraves à l'émigration résistent mieux au droit européen que les entraves à l'immigration. Autrement dit, il est beaucoup plus difficile d'invoquer avec succès la liberté d'établissement pour combattre des menaces à la sortie que pour empêcher des menaces à l'entrée. Et, de ce point de vue *Cartesio* vient confirmer ce diagnostic. Quelques éléments d'explication sont, ici, nécessaires.

(i) — *Le droit d'entrée*

S'agissant du droit d'entrée, il ressort de la trilogie *Centros* — *Überseering* — *Inspire Art* que l'Etat membre d'accueil ne peut entraver la

(67) Nous verrons dans notre section suivante que c'est ce que la Belgique a fait à la faveur des jurisprudences *Lamot* et *Vaneste* ainsi que dans l'article 112 de son code de DIP.

mobilité d'une société régulièrement constituée dans un autre Etat membre sans porter atteinte à la liberté d'établissement. 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, etc.). Ce libéralisme à l'entrée est toutefois circonscrit à un double niveau. D'une part, l'Etat membre d'accueil dispose toujours du droit de prendre des mesures restrictives justifiées par le respect d'exigences impérieuses d'intérêt général. A 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 réglementaire au nom de l'intérêt général (68). Mais, comme évoqué précédemment, se pose la question de savoir si la jurisprudence récente n'a pas atténué cet enseignement à la faveur de l'arrêt *Cadbury Schweppes* (69). L'on rappellera, en effet, que ce dernier admet, au titre de raison impérieuse d'intérêt général, la lutte contre les montages purement artificiels dont le but est d'échapper à l'emprise de la législation d'un Etat membre au profit de celle d'un autre dont la législation est jugée plus favorable (70). D'autre part, la trilogie *Centros* — *Überseering* — *Inspire Art*, qui constitue la base jurisprudentielle en matière d'immigration, vise exclusivement les déplacements sans volonté de changement de loi applicable. Dans ces trois affaires, les sociétés concernées avaient transféré un établissement secondaire ou un siège réel dans l'Etat membre d'accueil, que ce soit directement ou via une pseudo succursale (71), tout en souhaitant demeurer des sujets de droit de leur Etat membre d'origine.

(ii) — *Le droit de sortie*

S'agissant du droit de sortie, toute équivoque quant au point de savoir si les enseignements de *Centros* — *Überseering* — *Inspire Art* ont modifié ceux de *Daily Mail*, est désormais levée. Contrairement à ce que nous avons suggéré dans une contribution antérieure à *Carte-*

(68) CJCE, 9 mars 1999, *Centros* (aff. C-212/97), point 27.

(69) Voy. *supra*, note 48.

(70) S. FRANCO, note sous CJCE, 12 septembre 2006, *op. cit.*, p. 656.

(71) Sur ces distinctions, voy. M. WYCKAERT et F. JENNÉ, «Cross border mobility», *op. cit.*, p. 4, spéc. note 10; V. SIMONART, *op. cit.*, n° 31; C. GERNER-BEURLER et M. SCHILLIG, *op. cit.*, p. 20.

sio (72), suivant en cela une certaine doctrine (73), il est parfaitement concevable que la liberté d'établissement des personnes morales soit circonscrite différemment à la sortie qu'à l'entrée. Nonobstant les recommandations de l'Avocat Général, la solution adoptée par la Cour dans *Cartesio* s'inscrit directement dans la veine de celle de *Daily Mail* : l'Etat membre d'origine peut valablement s'opposer au transfert de siège social d'une de ses sociétés sans enfreindre le droit communautaire et plus spécifiquement la liberté d'établissement. En l'espèce, la Cour concentre son analyse sur l'article 48 CE et donc sur la question de savoir si la société *Cartesio* peut revendiquer le bénéfice de la liberté d'établissement. En répondant par la négative, la Cour se dispense de poursuivre le raisonnement en examinant la législation nationale en cause à la lumière du régime des entraves. La Cour reste, en quelque sorte, bloquée au premier niveau de l'analyse, c'est-à-dire à la question de l'applicabilité du bénéfice de l'article 43 CE à la société en cause. La Cour arrive à sa conclusion en se fondant sur le principe, évoqué précédemment, de la neutralité du droit communautaire face à la détermination des critères de rattachement des sociétés à leur territoire national. Le point 104 rappelle ainsi que, dans la lignée de *Daily Mail* (74), une société créée en vertu d'un ordre juridique national n'a d'existence qu'à travers la législation nationale qui en détermine la composition et le fonctionnement (75). Et, le droit communautaire doit tenir compte de la disparité des législations nationales en matière de rattachement. En définissant, à l'article 48 CE, les personnes morales pouvant bénéficier du droit d'établissement, le traité a mis sur le même pied, en tant que lien de rattachement, le siège statutaire, l'administration centrale et le principal établissement. Il est, à cet égard, neutre. Cependant, cette solution, qui permet à la Cour de confirmer qu'en droit communautaire, les Etats membres peuvent opter pour l'approche en termes de siège réel, ne semble toutefois valoir qu'en l'absence de changement de loi applicable. En effet, la volonté des fondateurs de *Cartesio* était de délocaliser l'administration centrale de leur société, sans changer de législation de rattachement, c'est-à-dire en conservant à la société sa nationalité d'origine. Il s'agissait d'un transfert de siège réel, examiné dans son volet droit de sortie. Par contre, la réponse à la question de savoir ce qu'il advien-

(72) A. AUTENNE et M. DE WOLF, «La mobilité transfrontalière en droit européen : le cas particulier du transfert de siège social. Regards croisés de droit des sociétés et de droit fiscal», *CDE*, 2007, n^{os} 5-6, pp. 647-694.

(73) W.F. EBKE, «The European Conflict of Corporate Laws Revolution : Überseering, Inspire Art and Beyond», *European Business Law Review*, 23 (2005).

(74) CJCE, 27 septembre 1988, *Daily Mail*, aff. C-81/87, point 19.

(75) Sur la théorie de la fiction, voy. *supra*.

drait, à la sortie, en cas de transfert de siège statutaire, est développée par la Cour au point 112 : l'Etat membre d'origine ne peut pas imposer une liquidation ou une dissolution si l'Etat membre d'arrivée admet un transfert sans dissolution. Ainsi que nous l'avions évoqué au point précédent, la Cour affirme que le transfert du siège statutaire, dans son seul volet 'sortie', est une modalité de la liberté d'établissement. A l'instar du traitement réservé aux personnes physiques, le droit européen veille à ce que les Etats membres n'entravent pas la faculté dont disposent les personnes morales de quitter volontairement leur territoire d'origine. Imposer un anéantissement ou une rupture de la personnalité juridique, c'est fermer la porte à l'émigration des personnes morales. Que se passe-t-il dans l'hypothèse où une société souhaite transférer son siège statutaire (et donc changer de législation de rattachement) sans déplacer son siège réel? A la sortie, *Cartesio* enjoint l'Etat membre d'origine d'accepter un tel transfert. Mais, confronté à une expatriation (c'est-à-dire une décision des organes compétents de déplacer le siège statutaire à l'étranger) avec maintien d'une activité économique locale, cet Etat pourrait considérer qu'on est en présence d'une société de droit commun, autrement dit d'une forme d'association de fait sans personnalité juridique (76). A l'entrée, par contre, la réponse est équivoque (77). Dans son fameux point 112, la Cour reconnaît que le transfert de siège statutaire avec changement de loi applicable constitue une modalité d'exercice de la liberté d'établissement, si d'aventure l'Etat membre d'accueil reconnaît un tel transfert sans dissolution. Faut-il en déduire que l'Etat membre d'accueil peut refuser de reconnaître l'existence juridique et conférer la qualité de sujet de droit national à une société étrangère dont les fondateurs veulent changer la loi applicable mais non le principal établissement, sous le prétexte que le siège réel ne coïncidera pas avec le siège statutaire? En l'absence de réponse jurisprudentielle consacrée à ce cas spécifique, deux hypothèses de solution sont possibles. Selon une première hypothèse, on considère que, à l'instar de *Cartesio*, ce cas de figure met en jeu le principe de la neutralité du droit communautaire

(76) Si l'Etat membre d'accueil autorise la transformation ou la réincorporation, on aboutit, pour une même situation de mobilité à une coexistence entre deux formes juridiques distinctes et de nationalités différentes, une association de fait sans personnalité dans l'Etat membre d'origine et une personne morale ayant opéré un changement de nationalité dans l'Etat membre d'accueil.

(77) Sur cette question, voy. C. GERNER-BEUERLE et M. SCHILLIG, «The Mysteries of Freedom of Establishment after *Cartesio*», *op. cit.*, p. 13; M. SZYDLO, «Case C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató Bt*, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 16 December, not yet reported», *Common Market Law Review*, 46, 2009, pp. 719 et s.

face aux critères de rattachement. L'Etat membre d'accueil pourrait ainsi revendiquer, à l'encontre d'une société qui désire adopter sa nationalité via le seul transfert de son siège statutaire, le maintien de son autonomie quant à la fixation des exigences de constitution et d'accueil des personnes morale susceptibles de revendiquer l'application de la liberté d'établissement. Contrairement aux cas visés dans la trilogie *Centros* — *Überseering* — *Inspire Art*, un changement de loi applicable est ici sollicité par les fondateurs. A titre indicatif, cette solution aurait l'avantage d'être concordante avec les instruments normatifs existants en droit européen (Société européenne, fusions transfrontalières) qui se basent sur une coexistence des sièges statutaires et réels (78). Toutefois, à la faveur du principe de non-discrimination garanti par le traité et réaffirmé dans la jurisprudence communautaire (79), l'Etat membre d'arrivée ne pourrait pas traiter une société immigrante qui souhaite adopter sa nationalité de manière discriminatoire par rapport aux sociétés nationales. Il ne pourrait, par exemple, lui imposer des exigences de capital minimum plus lourdes. Par contre, rien n'empêche cet Etat membre d'accueil de conditionner un changement de loi applicable à un rapatriement du siège réel, si cette exigence de congruité entre siège statutaire et siège réel est applicable aux sociétés nationales. Il n'y aurait là, aucune atteinte au principe de non-discrimination. Selon une seconde hypothèse, on considère, au contraire, que les restrictions à l'entrée mises par l'Etat d'accueil à une société qui déplace son seul siège statutaire ne sont pas autorisées, à raison d'une application par analogie de la jurisprudence *Sevic* en matière de fusions transfrontalières (80). Dans cet arrêt, la Cour a considéré que les articles 43 et 48 CE s'opposaient à ce que, dans un Etat membre, l'inscription au registre national des sociétés de la

(78) Valérie Simonart considère, pour sa part, que s'agissant d'un mode primaire d'exercice de la liberté d'établissement, le principe de l'assimilation des sociétés aux personnes physiques devrait à première vue conduire à reconnaître sans discussion aux sociétés le droit de déplacer leur siège statutaire dans un autre Etat membre pour être rattachées à la législation de l'Etat membre d'accueil. Elle reconnaît toutefois que cette question est obscurcie par le fait que l'article 43 CE ne vise expressément que les modes secondaires d'exercice de la liberté d'établissement, que ce sont les Etats nationaux qui fixent les règles attributives de la personnalité morale et que l'article 293 du traité invite les Etats à engager des négociations en vue d'assurer à leurs ressortissants le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert du siège de pays en pays et la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes. V. SIMONART, *op. cit.*, n° 36.

(79) Voy. pour un exemple en matière de libre circulation des marchandises, CJCE, 24 novembre 1993, aff. C-267/91 et C-268/91, *Keck*, *Rec.*, p. I-6097.

(80) CJCE, 13 décembre 2005, *SEVIC*, aff. C-411/03, *JOUE*, C36/5, 11 février 2006, p. 5. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. Th. DELVAUX, «Fusion internationale et libertés de circulation», *op. cit.*, pp. 146 et s.

fusion de deux sociétés, par dissolution sans liquidation de l'une et transmission universelle du patrimoine de cette dernière à l'autre, soit refusée de manière générale lorsque l'une des sociétés a son siège dans un Etat étranger alors qu'une telle opération est possible entre deux sociétés ayant leur siège sur le territoire du même Etat. Une telle solution a le mérite d'être congruente avec la jurisprudence *Centros — Überseering — Inspire Art*, mais à proprement parler, elle est étrangère à la problématique du transfert de siège. Au point 121 de *Cartesio*, la Cour a d'ailleurs spécifiquement souligné que, pour ce qui concerne l'incidence de l'arrêt *Sevic* sur les principes établis dans les arrêts *Daily Mail* et *Überseering*, il y a lieu de constater que ces derniers arrêts ne traitent pas du même problème, de sorte qu'il ne saurait être soutenu que le premier aurait précisé la portée des seconds. En outre, *Sevic* est un arrêt d'interprétation malaisée. D'aucuns estiment que la Cour a confirmé le principe de la liberté pour une société de choisir sa *lex societatis* ainsi que le lieu de ses activités (81). D'autres ne tirent aucune conclusion générale quant à la reconnaissance d'un éventuel «forum shopping» et limitent sa portée à l'application du principe de non discrimination dans le domaine de la liberté d'établissement (82).

En conclusion de ce point, *Cartesio* montre clairement que, en l'absence de changement de la loi applicable à la société, ce qui différencie l'émigration de l'immigration des personnes morales est le fait que la première situation met en jeu le principe de neutralité du droit communautaire sur le rattachement et donc la liberté des Etats membres de choisir souverainement pour critère le siège réel ou le siège statutaire. La seconde situation, quant à elle, n'entraîne pas ce problème. En effet, la délicate question de la liberté de l'Etat d'origine en matière de rattachement n'est pas posée, aucune rupture de ce lien n'étant en jeu. Ce diagnostic n'est toutefois pas transposable aux situations où s'opère un changement volontaire de la loi applicable : la faculté de l'Etat d'origine de s'opposer à un transfert de siège statutaire est bornée par le droit communautaire, mais uniquement dans le cas où l'Etat d'accueil autorise un tel transfert sans dissolution. A l'entrée, ce dernier dispose donc, en principe, de la faculté de s'opposer à un tel transfert sans dissolution.

(81) Th. DELVAUX, *op. cit.*, in *JT*, 2006, p. 146; R. DAMMAN, *op. cit.*, in *La Semaine Juridique*, 2006, n° 10077, p. 973.

(82) Et, c'est précisément ce principe de non discrimination qui vient à l'appui de l'hypothèse de solution précédente.

4. — CARACTÈRE VOLONTAIRE
VERSUS CARACTÈRE ACCIDENTEL DU CHANGEMENT
DE LOI APPLICABLE

Des développements qui précèdent, il ressort que la détermination d'une entrave à la liberté d'établissement dans un cas de transfert de siège s'examine différemment, selon que l'on se trouve dans un cas de changement de loi applicable ou dans le cas inverse où un tel changement n'est pas présent. En théorie, comme en pratique, ce changement peut résulter de la volonté des fondateurs de modifier la nationalité de la société en cause, comme il peut résulter accidentellement d'un déplacement du principal établissement. Dans *Überseering*, la Cour a ainsi fait allusion au fait que ladite société n'ait jamais manifesté la volonté de transférer son siège en Allemagne (83). Certains en ont alors déduit que la Cour tirait argument du caractère involontaire du transfert de siège réel pour assurer le maintien de la personnalité morale des sociétés constituées sous l'empire d'une juridiction de siège réel, et dissociant leur siège statutaire de leur principal établissement (84). La Cour aurait, en quelque sorte, pallié les difficultés engendrées par la théorie du siège dans le cadre d'un changement non souhaité de loi applicable, celui pouvant, *de facto*, résulter d'opérations effectuées par certains associés. Ainsi, par exemple, si les associés hongrois de la société *Cartesio* avaient transféré l'ensemble de leurs titres à des italiens domiciliés en Italie — engendrant par là même un transfert accidentel de siège réel —, des problèmes de reconnaissance et de détermination de la *lex societatis* se seraient posés.

Bien qu'à l'heure actuelle, aucun élément ne permette de mesurer une quelconque influence de l'élément intentionnel dans la jurisprudence de la Cour, il appert que dans certaines hypothèses, l'examen de l'intention des parties de transférer ou non le siège réel pourrait être prise en compte dans l'appréciation des conséquences juridiques de ce transfert (85). Une réserve importante doit toutefois être apportée : en droit communautaire, comme dans d'autres branches du droit, l'intentionnalité est un critère trop subjectif pour être opération-

(83) CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/00, point 63.

(84) C. TUBEUF, «Article 112 — Transfert de l'établissement principal», in J. ERAUW, M. FALLON et al., *Le Code de droit international privé commenté*, Bruylant/Intersientia, Anvers-Oxford/Bruxelles, 2006, p. 589.

(85) *Ibidem*. Pour une prise en compte du critère volontaire ou accidentel du transfert de siège, voy. M. WYCKAERT et F. JENNÉ, «Cross border mobility», *op. cit.*, p. 4, spéc. note 10; V. SIMONART, *op. cit.*, n° 31. Sur les conséquences d'un tel transfert en Belgique, voy. R. PRIoux, «Les sociétés étrangères dans le Code des sociétés : une occasion manquée?», *JT*, 2003, p. 22.

nel. Il ne saurait, à lui seul, servir d'étalon pour déterminer les cas où la liberté d'établissement est mise à mal de ceux où elle ne l'est pas.

III. — Le droit belge au regard de la jurisprudence européenne

1. — LA RÈGLE DE CONFLIT RETENUE PAR LE DROIT BELGE (86)

Fidèle à une longue tradition (87), le Code de droit international privé consacre la théorie du siège réel. En son article 110, il dispose que «*la personne morale est régie par le droit de l'Etat sur le territoire duquel son établissement principal est situé dès sa constitution*». Cette disposition a remplacé, en la multilatéralisant, l'article 56 du Code des sociétés (88) qui, en substance, contenait une règle identique. Cette règle repose bien entendu sur la détermination *in concreto* du principal établissement — ou siège réel — de la société. Ainsi, dans chaque cas d'espèce, il appartiendra au juge de procéder à l'exercice en ayant égard aux circonstances de l'espèce. A cet égard, l'article 4, §3 du Code de droit international privé livre une série — théoriquement non exhaustive — d'indices destinée à localiser le principal établissement : le centre de direction, le centre des affaires ou des activités et, subsidiairement, le siège statutaire (89). Afin de remédier au risque de conflit résultant de la coexistence de systèmes appliquant la théorie du siège réel et d'autres l'incorporation, l'article 110, §2, C. DIP a consacré la théorie du renvoi qui est applicable — le renvoi semble toutefois obligatoire — si le droit étranger connaît un système d'incorporation (90).

(86) Pour une analyse systématique, voy. C. TUBEUF, *op. cit.*, pp. 572 et s.; V. SIMONART, *op. cit.*, n^{os} 15 et s.

(87) Sur les origines du système belge, voy. le Rapport présenté au Sénat par les commissions réunies de la Justice et des Finances, in GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873*, p. 520, n^o 16.

(88) Avant l'entrée en vigueur du Code des sociétés, la règle était formulée dans l'article 197 LCSC qui était lui-même issu de l'article 129 de la loi du 18 mai 1873.

(89) Sur l'importance respective de ces critères, voy. F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé, op. cit.*, p. 980; P. WAUTELET, «Quelques réflexions sur la *lex societatis* dans le code de droit international privé», *RPS*, 2006, p. 35; R. JAFFERALI, «L'application du droit belge aux sociétés de droit étranger. Une esquisse des contours de la *lex societatis*», *RDC*, n^o 8-2004, p. 768.

(90) P. WAUTELET, «Quelques réflexions sur la *lex societatis* dans le code de droit international privé», *op. cit.*, p. 41; C. TUBEUF, *op. cit.*, p. 575.

2. — L'IMMIGRATION ET L'ÉMIGRATION DES SOCIÉTÉS AU REGARD DU DROIT BELGE

Par rapport à d'autres Etats qui ont adopté la théorie du siège réel, le droit belge est plus souple vis-à-vis des sociétés étrangères. D'abord, la reconnaissance des sociétés de droit étranger a été acquise de longue date, moyennant le respect de diverses conditions (91). De même, l'on sait que tant l'immigration (92) que l'émigration (93) d'une société ont été admises, en principe, sans que ces opérations entraînent, vis-à-vis du droit belge, une perte de la personnalité morale initiale (94). Cette prise de distance avec l'approche en termes de siège réel, est d'origine jurisprudentielle. Dans l'arrêt *Lamot* (95), la Cour de cassation a autorisé le transfert en Belgique du siège statutaire d'une société étrangère, celle-ci devenant une société de droit belge. Un tel transfert sans dissolution est néanmoins conditionné à l'acceptation de l'Etat d'origine ainsi qu'à une modification des statuts dans le respect des exigences du droit commercial belge. Cette solution a également été préconisée par la jurisprudence administrative. Le Conseil d'Etat a, ainsi, dans l'arrêt *Vaneste* (96), admis qu'une société de droit belge qui transfère son siège à l'étranger, en l'espèce il s'agissait du siège réel, n'est pas automatiquement dissoute. S'opère un changement de droit applicable sans dissolution, pour autant que la décision de transfert résulte des organes compétents et que le droit du pays de destination l'autorise. Si la Belgique a donc adopté un régime favorable à la mobilité avec changement de droit applicable, elle a restreint cette faveur au

(91) Sur cette question, voy. N. WATTÉ et V. MARQUETTE, «Les sociétés : questions choisies de droit international privé», in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, die Keure, 2001, p. 668, n^{os} 5 et s.; R. PRIOUX, «Les sociétés étrangères dans le Code des sociétés : une occasion manquée?», *op. cit.*, pp. 17 et 18 et les références citées; *Idem*, «Les sociétés belges et les sociétés étrangères», in *Dernières évolutions en droit des sociétés*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 2003, p. 323, n^o 18; J. VERHOEVEN, «Conditions des étrangers, conflit de lois et sociétés offshore», *RCJB*, 1997, pp. 12 à 14.

(92) Cass., 12 novembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 336, *RCJB*, 1966, p. 392, note J. VAN RYN.

(93) CE, 29 juin 1987, *Pas.*, 1990, IV, p. 114., *TRV*, 1988, p. 110, note K. LENAERTS, «Het personeel statuut van een Belgische vennootschap bij overbrenging van de werkelijke zetel naar het buitenland».

(94) S. GILCART, «L'arrêt *Überseering* : le fragile équilibre entre les règles nationales de conflit de lois et la liberté d'établissement des sociétés», *op. cit.*, p. 17.

(95) Cass., 12 novembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 336, *RCJB*, 1966, p. 392, note J. VAN RYN, *Revue*, 1966, p. 136.

(96) CE, 29 juin 1987, *TRV*, 1988, p. 110, note K. LENAERTS, «Het personeel statuut van een Belgische vennootschap bij overbrenging van de werkelijke zetel naar buitenland».

domaine du droit commercial. En droit fiscal, par contre, un tel changement équivaut à une dissolution.

Si l'on combine les enseignements de cette jurisprudence avec une lecture conjointe des articles 110 et 112 du Codip, il apparaît que le déplacement du principal établissement — et du siège statutaire — d'une société, vers et à partir de la Belgique peut, en théorie, se réaliser sans dissolution (97) (98).

3. — L'INFLUENCE DE LA JURISPRUDENCE EUROPÉENNE
SUR LA THÉORIE DU SIÈGE RÉEL,
EN PARTICULIER DANS SA VARIANTE BELGE

(i) — *L'article 110 du Code de droit international privé*

L'article 110, al. 1^{er} du Codip dispose que la personne morale est régie par le droit de l'Etat sur le territoire duquel son établissement principal est situé dès sa constitution. Plusieurs auteurs ont regretté le conservatisme du législateur dans l'élaboration de l'article 110 du Codip, en ce qu'il ne rend pas réellement compte de la réduction de la marge de manœuvre des Etats dans le choix de la règle de conflit retenue pour la détermination de la loi applicable à une société (99). Compte tenu de la jurisprudence de la Cour de justice, la question de la conformité de cette disposition au principe de la liberté d'établissement pose question. La difficulté tient au fait qu'il n'y a pas de consensus sur la portée à donner aux enseignements issus des arrêts de la Cour.

Selon la plupart des commentateurs, il se déduit de la trilogie *Centros* — *Überseering* — *Inspire Art* que la Cour aurait validé l'idée qu'il appartient aux fondateurs d'une société de choisir librement la loi applicable à leur société (100). D'autres vont jusqu'à affirmer que «la Belgique — et plus largement les Etats appliquant la théorie du siège réel —, en sa qualité d'Etat d'accueil, ne pourra plus appliquer ses dispositions de droit des sociétés à l'égard de sociétés relevant du droit d'un Etat de la Communauté européenne ayant adopté la théorie de l'incorporation, que si ces dispositions résistent au test d'intérêt général ou si une situation d'abus ou de fraude au droit communautaire

(97) C. TUBEUF, *op. cit.*, pp. 584 et s.; V. SIMONART, *op. cit.*, n^{os} 38 et s.

(98) Pour un exemple pratique, voy. Comm. Hasselt, 10 novembre 2004, *TRV*, 2005, p. 172.

(99) P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 18; voy. aussi R. PRIoux, «Les sociétés étrangères dans le Code des sociétés : une occasion manquée?», *op. cit.*, pp. 17 et 18.

(100) J.-M. JONET, «Sociétés commerciales — La théorie du siège réel à l'épreuve de la liberté d'établissement — Autour de l'arrêt *Überseering*», *JDE*, 2002, p. 34.

(...) *est démontrée*» (101). Comme on a pu lire, une société constituée dans un Etat membre peut désormais exercer son activité à titre exclusif dans un autre Etat membre, en éludant le droit local relatif à la constitution des sociétés, qui ne pourrait lui être appliqué en tant que loi de police (102). La loi de police, considérée ici comme une entrave aux libertés communautaires, serait soumise au test de proportionnalité et de non-duplication, au même titre que toute autre mesure nationale potentiellement «entravante» (103).

Si, après *Cartesio*, la théorie du siège réel n'est pas, en tant que telle, déclarée contraire au droit communautaire (104), nous partageons cependant le diagnostic selon lequel son application en droit belge est amputée (105). La législation belge ne peut plus, sans enfreindre la liberté d'établissement, être imposée à des sociétés étrangères actives en Belgique, du moins pour ce qui concerne certains aspects relevant traditionnellement de la *lex societatis*. Il en résulte incontestablement un degré important d'incertitude lié à l'identification précise de ces règles (106).

(ii) — *L'article 112 du Code de droit international privé*

En prévoyant que «le transfert de l'établissement principal d'une personne morale d'un Etat à un autre n'a lieu sans interruption de la personnalité qu'aux conditions auxquelles le permet le droit de ces

(101) J.-P. DEGUÉE, «Forum shopping, usage ou abus de la liberté d'établissement?», *op. cit.*, pp. 72-73; voy. également G. PANOPOULOS, *op. cit.*, n° 9, p. 704 : «Aujourd'hui, il n'y a plus de doute que toutes les questions relevant du domaine de la *lex societatis*, sont à régler par la loi désignée par la règle de conflit découverte».

(102) H. MUIR WATT, note sous *Inspire Art.*, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2004, pp. 174 et 183.

(103) *Ibidem*, p. 183.

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

(105) V. SIMONART, *op. cit.*, n° 71.

(106) Dans la mesure où la Cour ne s'est prononcée explicitement que sur les règles relatives à la constitution des sociétés, ayant trait au capital minimum et à la responsabilité des administrateurs, elle laisse irrésolue la question de savoir quelles sont les matières relevant traditionnellement de la *lex societatis* et qui demeureraient soumises au droit de l'Etat membre d'accueil. Voy. à ce sujet, H.C. HIRT, «Freedom of Establishment, International Company Law and the Comparison of European Company Law System after the ECJ's Decision in *Inspire Art Ltd.*», *European Business Law Review*, 2004, 1210.

Etats», l'article 112, al. 1^{er} du Codip formalise l'enseignement dégagé par la Cour de cassation dans sa jurisprudence *Lamot* (107). Cette disposition consacre un rattachement de type cumulatif en posant qu'une société ne conserve le bénéfice de sa personnalité juridique que si elle est reconnue par le droit des deux Etats en présence (108).

Si, jusqu'à présent, on a pu soutenir que l'article 112 Codip offrait une réponse satisfaisante au regard de l'interprétation donnée par la Cour de justice à la liberté d'établissement (109), il semble qu'après *Cartesio*, le principe du rattachement cumulatif en cas de transfert de siège statutaire doive céder le pas à un nouveau schéma d'analyse. Désormais, si l'Etat d'accueil admet la possibilité d'un tel transfert (110), «*l'Etat d'origine ne saurait, sauf raison impérieuse d'intérêt général, déchoir les sociétés de leur personnalité juridique sans restreindre la liberté d'établissement dont elles bénéficient*» (111).

IV. — Conclusions : la portée critique de l'arrêt *Cartesio*

Dans son étude d'impact du 12 décembre 2007 (112) consacrée au projet de 14^{ème} directive sur le transfert transfrontalier de siège statutaire, la Commission européenne avait, entre autres justifications, pris argument de l'imminence d'un jugement dans l'affaire *Cartesio* pour expliquer la décision d'abandonner ses travaux. Selon ce rapport, des clarifications étaient sur le point d'être apportées par la Cour quant à l'impact du droit communautaire sur les divers systèmes nationaux de rattachement des sociétés. L'on connaît, en effet, le voisinage complexe que le principe européen de liberté d'établissement entretient avec les législations nationales qui déterminent la nationalité des sociétés, celles-ci étant schématiquement articulées autour de deux approches concurrentes : une approche réaliste (théorie du siège réel) ou une approche formaliste (théorie de l'incorporation).

Dans ce contexte particulier, l'intérêt majeur de *Cartesio* est de savoir si la Cour a réellement dissipé les doutes en la matière. En d'autres termes, l'étendue exacte de la liberté d'établissement dont bénéficient les sociétés lorsqu'elles exercent leur droit à la mobilité via

(107) Voy. note 77.

(108) F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, p. 986; G. GODDIN et B. GODDIN, *op. cit.*, p. 78.

(109) F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, n° 16.22, p. 990.

(110) Sur cette question, voy. *supra*.

(111) Voy. dans le même sens, G. GODDIN et B. GODDIN, *op. cit.*, p. 78.

(112) Voy. *supra*, note 2.

un transfert de siège est-elle désormais pleinement circonscrite? Au vu de l'analyse qui précède, une réponse négative semble devoir être apportée à cette interrogation.

Revenons d'abord sur les deux enseignements importants qui se dégagent de l'arrêt.

D'une part, la Cour confirme le libre choix des Etats membres dans le domaine des critères de rattachement des personnes morales. Ce faisant, elle dissipe les ambiguïtés introduites par la jurisprudence *Centros — Überseering — Inspire Art* quant à la validité de la théorie du siège réel. A cet égard, la Cour rappelle que le droit communautaire respecte une neutralité de principe par rapport aux facteurs de rattachement retenus par les législateurs nationaux. Le principe de la liberté d'établissement ne permet de déduire aucune conséquence quant à la supériorité de la théorie de l'incorporation sur celle du siège réel et inversement. Par conséquent, il n'existe aucun obstacle dirimant à ce que le droit belge maintienne sa préférence pour une approche réaliste en termes de rattachement des sociétés.

D'autre part, alors même qu'elle n'y avait pas été invitée, la Cour pose en principe que le transfert du siège statutaire sans discontinuité constitue une modalité d'exercice de la liberté d'établissement. Autrement dit, un Etat membre ne pourrait plus, sans mettre en jeu la liberté d'établissement, interdire à une personne morale de changer de nationalité à l'occasion d'un déplacement de son siège statutaire. Cet Etat membre ne peut entraver la sortie d'une personne morale en pointant la sanction d'une dissolution ou d'une liquidation, du moins — et c'est là un point important — si l'Etat membre d'accueil autorise un tel changement de nationalité sans dissolution. De ce point de vue, le droit belge des sociétés, qui autorise le transfert de siège statutaire sans dissolution, a déjà pris acte de cette position.

Toutefois, si on examine l'arrêt *Cartesio* à la lumière de la séquence jurisprudentielle développée depuis une vingtaine d'années en matière de transfert de siège social, on doit conclure à la survivance de nombreux doutes quant à l'étendue exacte de la liberté d'établissement. En effet, en systématisant les principes issus de la jurisprudence qui s'étend de *Daily Mail* à *Cartesio*, on s'aperçoit que (i) celle-ci n'offre pas de réponse assurée à toutes les hypothèses de transfert de siège mettant en jeu la liberté d'établissement. (ii) Elle est également traversée par une ambiguïté qui porte sur la prétendue solidité de la théorie du siège réel. (iii) En outre, elle s'articule mal avec la jurisprudence fiscale récente. Rappelons brièvement ces trois faiblesses détaillées dans notre analyse.

(i) *Cartesio* laisse planer des doutes quant au point de savoir quel est le traitement que l'Etat membre d'accueil peut réserver à une société immigrante qui désire transférer son siège statutaire et donc changer de loi applicable, sans toutefois déplacer son principal établissement. Si cet Etat membre est une juridiction d'incorporation, ce choix ne devrait pas se révéler problématique. Si, par contre, cet Etat membre est une juridiction de siège réel, celui-ci peut-il exiger, sans violer le droit communautaire, que le changement de nationalité soit accompagné d'un rapatriement du principal établissement? Compte tenu des réserves formulées par la Cour quant à l'application analogique de l'arrêt *Sevic* en matière de fusions transfrontalières (113), compte tenu également des enseignements ambigus découlant de ce dernier arrêt, il semble qu'une réponse positive doive être apportée à cette question.

(ii) Nonobstant la neutralité du droit communautaire à l'endroit des règles nationales relatives au rattachement des sociétés, il apparaît que les Etats membres de siège réel ne peuvent plus déployer leur approche du rattachement de manière aussi aboutie que par le passé. Comme en témoigne l'exemple belge, la trilogie jurisprudentielle *Centros* — *Überseering* — *Inspire Art* a considérablement amoindri la portée des règles d'inspiration 'réaliste', dans les situations d'immigration via un transfert de siège réel.

(iii) Enfin, il convient de s'interroger sur les implications de la jurisprudence fiscale *Cadbury-Schweppes* sur la problématique qui nous occupe. Il ressort, en effet, de *Cadbury* qu'un «établissement» ne peut être purement fictif, celui-ci nécessitant la présence d'une activité économique réelle. Or, comment combiner cet enseignement (à savoir, l'exigence d'un critère de réalité, considéré comme consubstantiel à la notion d'établissement, que celui-ci soit principal ou secondaire) avec le principe, réaffirmé explicitement dans *Cartesio*, de neutralité du droit communautaire par rapport aux critères de rattachement (il est, en effet, de l'essence même des systèmes d'incorporation d'autoriser le développement de sociétés «coquille vide»)? Dans ses conclusions précédant *Cartesio*, l'avocat général Maduro soutient que les enseignements de l'arrêt *Cadbury* viennent nuancer ceux de *Centros* et *Inspire Art*. Selon lui, le droit d'établissement tel que circonscrit par la jurisprudence n'interdit pas aux Etats membres de se montrer circonspects par rapport aux sociétés fictives. Cette réinterprétation plus nuancée de la jurisprudence antérieure s'inscrit dans la veine de la théorie de l'abus de droit communautaire (114). Cela dit, la voie de l'abus, outre

(113) Voy. *supra*, note 80.

(114) Voy. W.G. RINGE, *op. cit.*, 2009, pp. 1 et s.; J-P. DEGUÉE, *op. cit.*, pp. 63 et s.

le fait qu'elle n'est pas encore parfaitement solidifiée dans la jurisprudence de la Cour, pose tout de même des difficultés d'application. L'opérationnalisation de critères d'abus est une tâche ardue nécessitant une analyse fine et au cas par cas. Et, ayant toujours refusé d'admettre le recours à des présomptions pour détecter un éventuel abus ou une fraude, la Cour s'est toujours montrée excessivement prudente quant à son utilisation. S'agissant du droit fiscal, on peut encore s'interroger sur la question de savoir quel est le sort exact réservé par la Cour aux différentes «exit taxes». L'arrêt *Cartesio* invite les Etats membres à ne point empêcher une société (en la sanctionnant d'inexistence, par la dissolution et la perte de la personnalité), de se transformer en une société de droit étranger via un transfert de siège statutaire. Or, en pratique, certaines mesures fiscales pourraient s'analyser comme équipollentes à une dissolution ou une liquidation. Faut-il considérer que, à raison du caractère d'ordre public qui imprègne la matière, ces mesures passeraient mieux la rampe du test d'intérêt général que cela ne serait le cas pour des causes de dissolution issues du droit commercial? Ceci montre, en tout cas, que le travail de délimitation des mesures interdites de celles qui ne le sont pas est, en l'état actuel de la jurisprudence, inachevé.

Pour toutes ces raisons, nous plaidons pour la reprise du projet de 14^{ième} directive. Certes, la mobilité des sociétés dans l'Union européenne peut se réaliser via les instruments existants que sont, par exemple, la société européenne ou la fusion transfrontalière. Cela étant, ces techniques sont spécifiques et ne répondent pas nécessairement à tous les besoins des opérateurs en quête de mobilité. Un transfert de siège social peut s'avérer, dans certaines hypothèses, économiquement plus efficace que la création d'une SE ou la réalisation d'une fusion (115). Par ailleurs, au regard de l'absence de volonté de la Cour de formuler une règle positive de conflit de lois (116), du nombre de situations non résolues, et des ambiguïtés persistantes, l'élaboration d'une directive mobilité serait propice à assurer la sécurité juridique dans les opérations de déplacement des sociétés (117). L'arrêt *Cartesio*

(115) Voir à ce sujet G.-J. VOSSESTEIN, «Transfer of the registered office — The European Commission's decision not to submit a proposal for a Directive», *Utrecht Law Review*, n° 4, pp. 53-65, 2008.

(116) La Cour se refuse à forcer un Etat à appliquer sa loi lorsque celui-ci ne le souhaite pas. Voy. en ce sens, F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, p. 986; B. GODDIN, «Le refus de prescription de règles positives de rattachement. Approche systématisée de la jurisprudence de la CJCE relative à la liberté d'établissement des sociétés», *Revue Emulations*, 2009, à paraître.

(117) Sur cette question, voy. not. E. WYMEERSCH, «Is a Directive on Corporate Mobility Needed?», *op. cit.*, 163.

confirme qu'en l'état du droit européen, la juridiction d'origine dispose du pouvoir de rompre la continuité du lien de rattachement d'une société à la loi dont celle-ci souhaite relever. Cet enseignement n'aboutit-il pas à ce qu'une liberté garantie par le traité (art. 43 et 48 CE) dépende, dans sa mise en œuvre et son étendue, du système de rattachement prévu par cet Etat de départ? Par ailleurs, sachant que la théorie de l'incorporation s'articule plus harmonieusement avec les exigences de la liberté d'établissement que la théorie du siège réel, les fondateurs de sociétés constituées dans un pays d'incorporation ne sont-ils pas dans une position plus favorable que les ressortissants d'un pays de siège réel? Très récemment, Le Parlement européen a d'ailleurs fait écho à ces préoccupations, à la faveur d'une résolution du 10 mars 2009 invitant la Commission à reprendre ses travaux d'élaboration d'une directive concernant le transfert transfrontalier du siège social des sociétés (118). Parallèlement à cette initiative, le projet de société privée européenne a pris une tournure décisive puisqu'il a été amendé et avalisé le même jour par le Parlement européen. En son article 7, le projet de SPE consacre la théorie de l'incorporation (119). Faut-il y voir là un signe positif en faveur de l'adoption d'un critère unique? Le débat est une nouvelle fois relancé.

(118) Résolution du Parlement européen du 10 mars 2009 contenant des recommandations à la Commission concernant le transfert transfrontalier de siège social d'une société (2008/2196 (INI)). Dans ce texte, le Parlement indique notamment qu'une règle selon laquelle l'administration centrale d'une société et son siège social devraient se situer dans le même Etat serait contraire à la jurisprudence de la Cour de justice en matière de liberté d'établissement et, partant, au droit communautaire. Dans l'optique parlementaire, le transfert du siège d'une société devrait se réaliser sans interruption de la personnalité et dans des conditions de neutralité fiscale.

(119) Résolution législative du Parlement européen du 10 mars 2009 sur la proposition de règlement du Conseil relatif au statut de la société privée européenne (COM (2008) 0396 — C6-0283/2008 — 2008/0130 (CNS)). L'article 7, al. 2 de la proposition, tel qu'amendé par le Parlement, dispose qu'*«une SPE n'est aucune-ment tenue d'établir son administration centrale ou son principal établissement dans l'Etat membre de son siège statutaire»*.