

La réforme du droit international privé belge des sociétés à la lumière du droit européen

Alexia AUTENNE

Professeure à l'UCLouvain, Chercheuse qualifiée du FNRS

Jean-Matthieu JONET

Juge consulaire au Tribunal de l'entreprise du Brabant wallon, et Juriste d'entreprise à Bruxelles

TABLE DES MATIÈRES

I.	Introduction	39
II.	La <i>ratio legis</i> de la réforme : la Belgique comme « Delaware » de l'Union européenne	40
III.	L'impact du Brexit sur la concurrence réglementaire en droit européen des sociétés	41
IV.	Les arguments en faveur de la théorie du siège statutaire	42
V.	La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne	43
VI.	Le nouvel article 110 du Code de droit international privé, cœur de la matière	45
VII.	Les dispositions de droit international privé du Code des sociétés et associations	46
VIII.	Le domaine de la <i>lex societatis</i> selon le Code de droit international privé	46
IX.	Tempéraments à l'application de la règle de rattachement des sociétés	47
X.	La compétence internationale des juges belges en droit des sociétés	48
XI.	Le transfert transfrontalier du siège statutaire	50
XII.	Les nouveautés en matière de fusions et scissions transfrontalières	51
XIII.	Le <i>Company Law Package</i>	53
XIV.	Conclusions	55

I. Introduction

Classiquement, on enseigne que le droit des sociétés applicable à une telle entité – la *lex societatis* – se rattache soit au droit de l'état où se situe son siège statutaire (théorie dite du siège statutaire) soit au droit de l'état où se situe son siège réel (théorie du siège réel)¹. À l'occasion de l'adoption du nouveau Code des sociétés et associations (CSA)², le droit belge adopte la théorie du siège statutaire. Désormais, en Belgique, la *lex societatis* ne dépend donc plus d'un critère matériel mais d'un critère formaliste. La théorie du siège réel – une « règle de rattachement obsolète », selon les travaux préparatoires³ – est évacuée⁴. Ce changement de règle de conflit de lois, souhaitée par une partie de la doctrine⁵, constitue un important changement de paradigme dans le droit international privé des sociétés. La Belgique rejoint le groupe des juridictions ayant fait choix de la théorie du siège statutaire dans leur droit interne⁶, les États membres étant compétents quant au choix du lien de rattachement déterminant

1. Selon les travaux préparatoires de la loi du 23 mars 2019 : « Conformément à la doctrine du siège statutaire, les personnes morales sont toujours régies par le droit de l'Etat sur le territoire duquel leur siège statutaire est établi. D'autres facteurs de rattachement possibles tels que le lieu à partir duquel la société est dirigée, la localisation de ses principales installations de production, ou la nationalité de ses principaux actionnaires ne jouent aucun rôle. En revanche, la doctrine du siège réel implique, quant à elle, qu'une personne morale est régie par le droit de l'Etat sur le territoire duquel son établissement principal est situé, du moins si un tiers parvient à prouver que cet établissement principal est situé à un autre endroit que le siège statutaire. Ce principe de droit international privé est actuellement ancré dans l'article 110 de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé. » Chambre, *Doc. parl.*, « Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses », sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 339.
2. Loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *M.B.*, 4 avril 2019, pp. 33239 et s. Sur cette réforme, voir notamment : O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (sous la coord. de), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 630 p. ; X. DIEUX et P. DE WOLF, « Le nouveau Code des sociétés (et des associations) : Capita Selecta », *J.T.*, 2019, pp. 501 à 527 ; E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 112, Bruxelles, Larcier, 2019, 397 p.
3. Chambre, *Doc. parl.*, « Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses », sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 340.
4. Concernant l'ancien régime, voir p. ex. : P. WAUTELET, « Quelques réflexions sur la *Lex Societatis* dans le Code de droit international privé », *Rev. prat. soc.*, 2006, pp. 5 à 56.
5. T. TILQUIN, « L'incorporation comme facteur de rattachement de la *Lex Societatis* », *Rev. prat. soc.*, 1998, pp. 5 et s. La conclusion de cet article était : « Tout invite en conséquence à retenir en droit belge une règle de conflit de lois reposant sur le rattachement à la loi de l'incorporation, corrigé par le recours à des lois d'application immédiate. » Voir aussi : K. MARESCAU et N. COOREMAN, « Belgium, get ready to compete for corporate charters: une plaidoirie pour l'introduction de la théorie du siège statutaire », in *La modernisation du droit des sociétés/De modernisering van het vennootschapsrecht*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 114 et s., et les références citées.
6. Pour une synthèse de droit comparé : « L'approche formaliste domine en apparence, caractérisant les pays de *common law*, du nord de l'Europe et ceux d'Europe centrale après leur adhésion, que rejoint désormais la Belgique. Les États retenant le critère du siège réel de manière absolue – tout en réservant le cas des personnes morales visées par l'article 54 TFUE (Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) – sont minoritaires, à savoir l'Allemagne, l'Autriche, la Grèce, la Lettonie, le Luxembourg, la Pologne, le Portugal. Les États retenant l'approche formaliste pure – par un critère de 'incorporation/registered ou statutory office' ne sont pas majoritaires pour autant (10 États : Belgique, Chypre, Danemark, Finlande, Irlande, Malte, Royaume-Uni, Slovaquie, Tchéquie, Suède). D'autres systèmes combinent l'approche formaliste avec l'approche réaliste, selon trois procédés, l'hybridation, la dualisation ou la hiérarchisation. L'hybridation consiste à exiger pratiquement un co-localisation des sièges dans le même pays, afin d'éviter une fraude à la loi : tel serait le cas de la France, retenant formellement le critère du siège statutaire, à moins qu'il n'exprime pas en l'espèce le lieu d'un siège réel. La dualisation caractérise une technique unilatérale liée à un concept de nationalité et créant une asymétrie. Le législateur définit les sociétés soumises à sa propre loi par le critère du siège réel mais il laisse les autres, 'étrangères', à la loi de leur pays de constitution (Espagne, Italie, Estonie ou Lituanie). Ou inversement, l'immatriculation est exigée pour les sociétés nationales, les étrangères étant soumises à la loi du siège réel (Croatie). La hiérarchisation place les sièges dans une échelle de critère principal et subsidiaire, où le siège statutaire ou l'enregistrement constitue le premier échelon et le siège réel ou l'administration centrale, le second, comme le font les Pays-Bas. Les droits bulgares ou hongrois retiennent successivement les lieux d'incorporation, de siège statutaire et de siège réel. Le droit roumain déroge au critère du siège statutaire au profit du centre de direction et de gestion si la personne morale a des sièges statutaires dans plusieurs pays. Le droit slovène permet de déroger au siège statutaire par une clause générale d'exception basée sur une notion de proximité. » M. FALLON, « La dimension externe du Code des sociétés et des associations », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (sous la coord. de), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 630 p., pp. 67 à 152, pp. 99 et 100 (références omises).



le droit applicable aux sociétés⁷. Au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne – on le verra – la règle du siège réel génère, en effet, des inconvénients, à la lumière desquels certains auteurs plaident pour que l'ensemble des États membres soient soumis à la règle du siège statutaire⁸.

Le but de la présente contribution est d'exposer, sur la base des travaux préparatoires de la réforme et des premiers commentaires de celle-ci, les ressorts et les caractéristiques principales de l'adoption, en Belgique, de la théorie du siège statutaire en droit international privé des sociétés. Cette description sera étayée par l'exposé de l'état du droit européen en la matière, tant du point de vue de la jurisprudence que des textes de droit primaire et secondaire. Le propos se veut pédagogique et donc explicatif ; d'autres études doctrinales ayant déjà couvert la matière, de façon très complète⁹.

II. La *ratio legis* de la réforme : la Belgique comme « Delaware » de l'Union européenne

Le nouveau choix du législateur belge s'explique par l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de liberté d'établissement. Il porte également la trace de la volonté du Ministre de la Justice de rendre le droit belge des sociétés plus attractif pour les entreprises¹⁰, avec une

accentuation possible de ce que d'aucuns diagnostiquent comme étant une marchandisation du droit des sociétés¹¹. Cette approche soulève, en toute hypothèse, la délicate question de la désirabilité d'une concurrence réglementaire entre juridictions européennes en droit des sociétés, concurrence qui serait favorisée par la mobilité accrue des personnes morales en Europe¹². Se pose également la question du degré d'uniformisation (d'harmonisation) souhaitable du droit des sociétés à l'échelon européen. Ainsi, dans le contexte de la jurisprudence européenne qui sera évoquée, la Commission européenne a proposé, le 25 avril 2018, une directive sur la mobilité transfrontalière des sociétés, qui sera également abordée dans cette contribution, compte tenu de son rapport étroit avec notre sujet¹³.

La double question de la désirabilité d'une concurrence réglementaire en droit des sociétés et du degré souhaitable d'uniformisation de la matière se pose également, *mutatis mutandis*, aux États-Unis. En effet, les divers états de l'union, au sein d'un marché unique, conservent la compétence de principe en droit des sociétés¹⁴ ; la théorie de l'incorporation¹⁵ est la règle ; et où, on le sait, un État en particulier – le Delaware – est l'état d'incorporation préféré de nombreuses sociétés, faisant parfois figure de vainqueur dans la concurrence entre juridictions sur le marché américain¹⁶. Selon une frange de la doctrine, la concurrence réglementaire possède des vertus pour générer un droit des sociétés de qualité¹⁷.

7. Art. 54, § 1^{er}, TFUE : « Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des Etats membres. »
8. « Hence, the adoption of a Rome Regulation on the law applicable to companies on the basis of the incorporation theory continues to be an eminent and urgent desideratum. » J. SCHMIDT, « Cross-border Mergers, Divisions and Conversions : Accomplishments and Deficits of the Company Law Package », *European Company and Financial Law Review*, 2019, 1 et 2, pp. 222 à 271, p. 231.
9. Voir spécialement les deux études du Professeur M. FALLON : M. FALLON, « La dimension externe du Code des sociétés et des associations », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (sous la coord. de), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 630 p., pp. 67 à 152 ; M. FALLON, « L'attractivité internationale comme moteur des projets de loi sur la BIBC et sur le futur Code des sociétés et associations au regard du droit international privé », *R.D.C.*, 2019, pp. 7 à 51.
10. Outre les nouvelles règles de droit international privé commentées, le souhait de rendre le droit des sociétés belge plus attractif se traduit notamment, en ce qui concerne le droit matériel, par l'adoption de la forme de la société à responsabilité limitée sur le modèle néerlandais de la *besloten vennootschap*, une forme de société qui semble constituer un facteur déterminant de l'attractivité du droit des sociétés néerlandais. Voir sur ce véhicule sociétaire : A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (sous la coord. de), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, 470 p.
11. « In many regions of the world and across various fields law has become a product. Individuals and companies seek attractive legal regulations and countries advertise their legal wares globally as they compete for customers. Transnational corporations in particular are prominent actors in the emerging transnational law market. » H. EIDENMÜLLER, « The Transnational Law Market, Regulatory Competition, and Transnational Corporations », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 18, n° 2, 2011, pp. 707 à 749, p. 707.
12. Sur le sujet de la concurrence entre juridictions en droit européen des sociétés, voir notamment : A. COTIGA, *Le droit européen des sociétés – Compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2013, 448 p.
13. COMMISSION EUROPÉENNE, « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières », COM (2018) 241 final, 2018/0114, Bruxelles, 25 avril 2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF> (lien abrégé), site accédé le 25 juillet 2019 ; COMMISSION EUROPÉENNE, « Droit des sociétés : la Commission propose de nouvelles règles pour aider les entreprises à traverser les frontières et à trouver des solutions en lignes », Communiqué de presse, Bruxelles, 25 avril 2018, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3508_fr.htm, site accédé le 25 juillet 2019.
14. Le droit financier est lui du ressort de l'État fédéral, en bref.
15. Dont la théorie du siège statutaire est une variante, pour expliquer le point brièvement. Pour des nuances : « Pays de siège statutaire et pays d'incorporation ne sont donc pas des notions absolument interchangeables. L'un et l'autre, cependant, ont en commun de se référer à une formalité, entourée d'une certaine publicité. En revanche, alors qu'un siège peut être transféré, le critère d'incorporation' semble par nature peu conciliable avec un processus de mobilité, puisqu'il focalise le rattachement sur la constitution de la personne morale comme lieu de 'naissance'. » M. FALLON, « La dimension externe du Code des sociétés et des associations », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (sous la coord. de), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 630 p., pp. 67 à 152, p. 103. Voir aussi : E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 112, Bruxelles, Larcier, 2019, 397 p., p. 366.
16. P. MALHERBE et J.-M. JONET, « Concurrence entre juridictions en droit américain des sociétés. Un regard européen sur le syndrome du Delaware », *Rev. dr. intern. comp.*, 2003, pp. 141 à 232 et les références citées.
17. Le débat doctrinal américain concernant les effets de la concurrence entre juridictions en droit des sociétés fait l'objet d'une bibliographie très importante. Dans la littérature belge récente, on trouvera, par exemple, de nombreux éléments de bibliographie en note 12, p. 199, de l'article suivant : K. MARESCAU, « Mobilité transfrontalière des sociétés et concurrence réglementaire au niveau du droit des sociétés », *Rev. prat. soc.*, 2014, n° 2, pp. 193 à 244. Voir aussi, du même auteur, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen. De effecten van regelgevende competitie op vennootschapsrechtelijk vlak*, Mortsels, Intersentia, 2014, 544 p.



Ainsi, le Professeur GEENS, qui, en tant que Ministre de la Justice, est à l'origine de la réforme du Code des sociétés belges de 2019 (ici commentée) notait, en 2011, que « l'exemple du Delaware montre qu'un Etat ne tire pas en premier lieu son attractivité en tant que pays d'établissement d'un droit des sociétés peu exigeant mais que cette attractivité est avant tout le résultat d'un droit de haute qualité et d'un excellent corps de juges qui réussit à produire une jurisprudence constante, unique et rapide, à l'instar, en Europe, de l'*Ondernemingskamer* [la Chambre de l'Entreprise] d'Amsterdam, par exemple »¹⁸. Des écrits du Professeur GEENS ressort une volonté de faire de la Belgique un « Delaware de l'Europe » : « Notre pays et sa capitale sont bien situés – politiquement et géographiquement – au centre de l'Europe : la Belgique est un lieu d'établissement rêvé pour toute société internationale, pour autant que nous ayons une bonne législation en matière de droit des sociétés, de bons juristes et de bons juges. À l'heure où la politique européenne de *State competition*, défendue aussi bien au niveau de la Commission [européenne] que de la Cour de justice, y encouragent inconditionnellement, qu'est-ce qui nous retient encore de devenir, 50 ans après les Pays-Bas, le Delaware de l'Europe ? »¹⁹ » Annoncée dans l'accord de gouvernement du Premier Ministre Charles Michel, en octobre 2014²⁰, le renforcement de l'attractivité du droit des sociétés pour des entreprises étrangères doit, toutefois, composer avec d'autres facteurs importants tels le régime fiscal, l'application du droit social, l'imposition de formalités administratives, l'environnement socio-économique, la langue et le degré de confiance dans la qualité des tribunaux.

Pour une autre frange de la doctrine, le modèle Delaware favorise une course vers la complaisance réglementaire (« *race to the bottom* »²¹) qui doit être combattue, singulièrement via la promotion d'une plus grande uniformisation européenne du droit des

sociétés. Ainsi, a-t-il été écrit : « L'objectif d'harmonisation du droit des sociétés des Etats membres présente des difficultés continues. Les citoyens d'un Etat membre (en ce compris les sociétés formées en vertu de sa législation) sont généralement capables d'étendre leur activité économique sur le territoire de tout autre Etat membre. Un 'marché' pour le droit des sociétés émerge alors offrant au monde des affaires le plus grand degré de latitude. D'autre part, des 'Delaware du droit des sociétés' devraient être évités. »²². La théorie de l'incorporation (soit la règle de conflit de lois américaine) peut, en effet, être perçue comme favorisant la concurrence entre juridictions en droit des sociétés, ce qui a longtemps été (ou qui reste) redouté en Europe²³. Du reste, au stade actuel, le label de Delaware européen convient probablement mieux à des juridictions comme les Pays-Bas (qui ont servi d'exemple à la réforme ici commentée), le Royaume-Uni (qui, dans un monde antérieur au Brexit, a offert des véhicules sociétaires en nombre en Belgique et en Europe)²⁴ ou le Luxembourg (qui est réputé comme for d'incorporation de nombreux fonds d'investissement et qui offre un droit des sociétés très en phase avec les demandes du marché)²⁵.

III. L'impact du Brexit sur la concurrence réglementaire en droit européen des sociétés

La réforme du droit belge des sociétés et l'adoption de la théorie du siège statutaire en droit international privé belge interviennent au moment où se négocie la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne. Historiquement, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, depuis l'arrêt *Centros* (évoqué ci-dessous) a permis à de nombreux entrepreneurs d'Europe « continentale » de mener des activités économiques dans leur propre État à partir d'un véhicule

18. K. GEENS, « Le Code des sociétés, les lignes directrices de ses modifications depuis dix ans et leur contexte normatif. Ten years after : de la Belgique au Delaware ? », *J.T.*, 2011, pp. 178 à 181, p. 178.
19. *Ibid.*, p. 181. La politique européenne de *State competition* est expliquée comme suit dans cet article (p. 179) : « Dans son *Company Law Action Plan* du 21 mai 2003, la Commission européenne prône la *State competition* : dans un tel modèle, l'harmonisation du droit des sociétés n'est pas réalisée *top down*, par des directives et des règlements imposés aux Etats membres, mais *upwards*, par la concurrence législative et jurisprudentielle. Ainsi, le législateur européen a en quelque sorte restitué le droit des sociétés aux Etats membres. »
20. P. 128, cité par E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 112, Bruxelles, Larcier, 2019, 397 p., p. 8, note n° 8.
21. W.L. CARY, « Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware », *Yale Law Journal*, 83, 1974, pp. 663 et s., p. 666.
22. « The...goal of harmonization of the company laws of the Member States...presents continuing difficulties. Citizens of a Member State (including business associations formed under its laws) are generally able to extend their business into the territory of any other Member State. A 'market' thereby arises for company laws, which offers the business the greatest degree of latitude. On the other hand, 'Company law Delawares' were to be avoided. » W. KOLVENBACH, « EEC Company Law Harmonization and Worker Participation », *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, 11, 1990, pp. 709 et s., pp. 711 et 712, cité par W.J. CARNEY, « The Political Economy of Competition for Corporate Charters », *Journal of Legal Studies*, 26, 1997, pp. 303 et s., p. 317.
23. « Opponents to the 'incorporation' theory therefore believe that it provokes a rat-race to keep up with economic competition. Those who commonly speak of the 'Delaware effect', or 'syndrome', dislike the phenomenon of companies incorporated under the law of either the US state of Delaware or any other state, which has a reputation for its lenient company law regime. » S. RAMMELOO, *Corporations in Private International Law – A European Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 349 p., p. 17 ; « The real seat states are most reluctant to depart from their system of recognition because they feel that it offers them the best protection against the depredations feared from the Delaware syndrome. » R.R. DRURY, « The Regulation and Recognition of Foreign Corporations: Responses to the 'Delaware Syndrome' », *Cambridge Law Journal*, 57 (1), 1998, pp. 165 et s., p. 183.
24. Sur les « *limited* » en Belgique : V. SIMONART, « L'application du droit belge aux sociétés constituées dans un autre État de la Communauté et, en particulier, aux *Limited* », *Rev. prat. soc.*, 2008, pp. 11 à 206.
25. Sur le droit des sociétés luxembourgeois : A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, 6^e éd., Luxembourg, Éd. Saint-Paul, 2018, 840 p.
26. Sur l'attractivité du droit comme ressort de la réforme commentée : M. FALLON, « L'attractivité internationale comme moteur des projets de loi sur la BIBC et sur le futur Code des sociétés et associations au regard du droit international privé », *R.D.C.*, 2019, pp. 7 à 51. En note 8, p. 10, l'auteur souligne que « la doctrine contemporaine des conflits de lois est riche de développements sur le concept de compétition réglementaire liée à la diversité normative » et il renvoie à des éléments de bibliographie.



sociétaire constitué au Royaume-Uni²⁷, devenue la juridiction de choix d'environ 330 000 sociétés²⁸. L'absence de capital minimum de certains véhicules sociétaires britanniques a incontestablement été l'élément moteur de telles stratégies²⁹. Dans l'hypothèse d'un « hard Brexit », l'acquis du droit européen des sociétés ne sera plus applicable comme tel au Royaume-Uni et les sociétés y constituées ne pourront plus se prévaloir de la liberté d'établissement dans d'autres États membres³⁰. Selon certains commentateurs, le bénéfice de la responsabilité limitée des propriétaires de sociétés constituées au Royaume-Uni pourrait être contesté par des États restés attachés à la règle du siège réel³¹. Le Brexit crée, donc, une insécurité juridique pour les entrepreneurs européens actifs au départ du Royaume-Uni. Les accords futurs entre le Royaume-Uni et l'Union européenne devront s'attacher à résoudre la problématique. En toute hypothèse, la concurrence entre juridictions en droit européen des sociétés prendra un autre visage avec la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne. Dans l'immédiat, les Pays-Bas notamment semblent être parvenus à attirer de nombreuses entreprises précédemment implantées (physiquement et non pas seulement formellement) au Royaume-Uni³².

IV. Les arguments en faveur de la théorie du siège statutaire

On l'a évoqué, selon les travaux préparatoires du nouveau Code des sociétés, la théorie du siège réel est une « règle de rattachement obsolète »³³ ; diverses raisons motivent sa suppression au profit de la théorie du siège statutaire.

(i) La doctrine du siège réel crée, tout d'abord, une grande insécurité juridique pour les entreprises³⁴.

« Les tribunaux peuvent effectivement estimer qu'une personne morale est soumise au droit d'un Etat déterminé, au seul motif que celle-ci y a un établissement que le juge considère comme siège réel »³⁵. Les travaux préparatoires ajoutent : « Cela peut également se produire dans des cas où la personne morale n'a pris aucune décision formelle visant à transférer son siège et part dès lors toujours du principe qu'elle est soumise au droit de son pays de constitution. Il peut même arriver avec la doctrine du siège réel que des tribunaux d'un Etat estiment que la personne morale est soumise au droit de ce premier Etat, alors qu'un tribunal d'un autre Etat estime, quant à lui, que c'est le droit de cet autre Etat qui s'applique à cette même personne morale. En outre, les critères permettant de déterminer où se trouve le siège réel ne sont pas clairs, et encore moins harmonisés au niveau international. »³⁶. Ainsi, le critère du siège réel est basé sur une appréciation de fait, éminemment subjective, source d'instabilité juridique pour les entreprises et leurs parties prenantes. Le critère du siège statutaire paraît, comparativement, objectif et juridiquement plus sûr. Il serait, ainsi, de nature à rassurer les destinataires des normes et notamment les entreprises étrangères investissant en Belgique. Comme l'explique le législateur : « la doctrine du siège statutaire, une entreprise qui opte pour le droit belge demeure soumise à ce même droit, et ce quel que soit l'endroit du monde où elle investit ou ouvre des établissements. À l'inverse, des sociétés étrangères qui investissent et ouvrent des établissements en Belgique ne doivent pas craindre d'être soumises au droit belge des personnes morales sans qu'elles aient pris la décision formelle de déplacer leur siège statutaire en Belgique »³⁷.

(ii) La jurisprudence européenne constitue un deuxième argument important. Selon les travaux préparatoires, la Cour de justice de l'Union européenne

27. « The [European Court of Justice's] 1999 decision in *Centros* made clear that the freedom of establishment protects the entitlement of corporate persons formed in one EU Member State to carry on their business in another Member State. Since then, many entrepreneurs in continental European countries have chosen to form companies in the UK while still carrying on their business in their home country. What will the consequences of Brexit be for such companies ? », J. ARMOUR, H. FLEISCHER, V. KNAPP et M. WINNER, « Brexit and Corporate Citizenship », *European Business Organization Law Review*, 2017, 18, pp. 225 à 249, p. 225.
28. J. ARMOUR, H. FLEISCHER, V. KNAPP et M. WINNER, « Brexit and Corporate Citizenship », *European Business Organization Law Review*, 2017, 18, pp. 225 à 249, p. 226.
29. A ce propos, voir H. EIDENMUELLER, A. ENGERT et L. HORNUF, « Does Charter Competition Foster Entrepreneurship ? A Difference-In-Difference Approach to European Company Law Reforms », *Journal of Common Market Studies*, 2013, vol. 51, issue 3, pp. 399 à 415. Le résumé de cet article intéressant est le suivant : « We study how company law reforms, particularly the reduction or abolition of minimum capital requirements, in various European jurisdictions affect the decisions of entrepreneurs to incorporate by means of a private limited liability company (LLC). Since the landmark rulings of the European Court of Justice (ECJ) in the years 1999 [*Centros*], 2002 [*Überseering*] and 2003 [*Inspire Art*], entrepreneurs in the European Union (EU) have been able to choose the country of incorporation independently of the real seat. As a result, the proliferation of the UK private company limited by shares has posed a competitive threat to many European legislators. We analyze whether the reforms adopted in Spain, France, Hungary, Germany and Poland have promoted the popularity of domestic legal forms and encouraged entrepreneurship more generally. Using a difference-in-difference approach, we record a strong impact in both respects, especially if the minimum capital requirements was reduced or abolished. »
30. J. ARMOUR, H. FLEISCHER, V. KNAPP et M. WINNER, « Brexit and Corporate Citizenship », *European Business Organization Law Review*, 2017, 18, pp. 225 à 249, p. 245.
31. « If the outcome is instead 'hard' Brexit whereby the UK is no longer a participant in the single market, the *acquis* of EU company law will no longer be applicable as such to the UK. While the UK could replicate the effects of EU law within its territory through domestic enactments, UK companies would no longer be able to avail themselves of the freedom of establishment in EU/EEA Member States. Absent changes in the application of choice of law rules by other Member States, this will result in denial of limited liability for owners of UK companies operated in 'real seat' countries. This will extend at the very least to such companies founded after Brexit, but on a mechanical application of the rules could easily apply to such companies already in existence. », J. ARMOUR, H. FLEISCHER, V. KNAPP et M. WINNER, « Brexit and Corporate Citizenship », *European Business Organization Law Review*, 2017, 18, pp. 225 à 249, pp. 245 et 246.
32. X, « Une centaine d'entreprises ont déménagé aux Pays-Bas en raison du Brexit », *La Libre Belgique*, 26 août 2019, <www.lalibre.be/economie> (adresse abrégée), site consulté le 26 août 2019.
33. Chambre, *Doc. parl.*, « Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses », sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 340.
34. *Ibid.*, p. 340.
35. *Ibid.*, p. 340.
36. *Ibid.*, p. 340.
37. *Ibid.*, p. 340.



« a radicalement restreint l'application de la doctrine du siège réel, notamment en raison de l'insécurité et de l'entrave à la liberté de choix du droit applicable qu'elle cause »³⁸. L'application de la théorie du siège réel est asymétrique : la Belgique ne peut pas l'appliquer à des sociétés étrangères actives en Belgique, mais peut théoriquement encore l'appliquer à des sociétés belges actives à l'étranger pour pouvoir décider qu'elles ne sont de la sorte plus belges. « Ceci constitue un handicap pour des sociétés constituées en vertu du droit belge, en particulier lorsqu'elles sont actives au niveau international. »³⁹.

(iii) Le troisième argument invoqué en faveur du siège statutaire a été présenté ci-avant. Il s'agit de mieux positionner la Belgique comme juridiction de rattachement dans l'espace européen.

V. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

La jurisprudence européenne étant largement invoquée par le législateur belge pour justifier l'abandon de la théorie du siège réel et l'adoption de la théorie du siège statutaire, il est utile de rappeler brièvement cette jurisprudence et ses conséquences. Se fondant sur la liberté d'établissement applicable aux sociétés⁴⁰, la Cour de justice de l'Union européenne⁴¹ a « modifié de façon substantielle la traditionnelle rivalité qui opposait les systèmes fondés sur le concept de siège réel aux droits souscrivant à la théorie de l'incorporation⁴² » et « a fait naître un important débat sur la possibilité pour les Etats membres de maintenir la référence au siège réel pour la détermination de la *lex societatis* »⁴³. Dans trois décisions de principe – les arrêts *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art* – la Cour a condamné, de façon nuancée⁴⁴, la pratique d'Etats membres qui entendaient imposer à une société constituée dans un autre Etat membre des contraintes fondées sur leur droit des sociétés du

fait de la localisation, sur leur territoire, d'un siège sociétaire réel.

Dans l'arrêt *Centros*, la Cour de justice a décidé que le Danemark ne pouvait refuser d'enregistrer la succursale danoise d'une société anglaise qui n'avait pas de siège en Angleterre et n'aurait d'activité qu'au Danemark. Dans son arrêt *Überseering*, la Cour a considéré que la liberté d'établissement interdisait à l'Allemagne de dénier la capacité juridique et la capacité d'ester en justice à une société constituée conformément à la loi néerlandaise et ayant transféré son siège réel en Allemagne. Dans l'arrêt *Inspire Art*, la Cour a jugé que la liberté d'établissement s'opposait à une législation nationale (dans ce cas une législation néerlandaise) qui soumet l'exercice de la liberté d'établissement à certaines conditions prévues pour la constitution de sociétés et relatives au capital minimum et à la responsabilité des administrateurs.

Il a pu être déduit de ces trois arrêts – *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art* – que la Cour a ou aurait « validé l'idée qu'il appartient aux fondateurs d'une société de choisir librement la loi applicable à leur société »⁴⁵. En effet, cette jurisprudence permet, dans une certaine mesure, de choisir le droit applicable à la société sans tenir compte de son siège réel, ce choix impliquant la naissance potentielle d'une concurrence entre juridictions⁴⁶. Selon le Professeur H. EIDENMÜLLER, la concurrence réglementaire en droit des sociétés, précisément, n'a jamais joué un grand rôle au sein de l'Union européenne à cause de la théorie du siège réel adoptée dans de nombreux Etats, mais cette situation a fondamentalement changé avec les trois arrêts cités, les arrêts *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art*. Ces décisions ont obligé les Etats membres à reconnaître une société constituée dans un autre Etat membre et les règles applicables de cet autre Etat membre, même si la société n'a jamais opéré effectivement dans l'état de constitution. Selon l'auteur, cela a effectivement permis aux fondateurs de sociétés de choisir le droit applicable à

38. *Ibid.*, p. 340.

39. *Ibid.*, pp. 340 et 341. Lire aussi : « Cette jurisprudence européenne conduit à des effets indésirables pour des pays qui – comme la Belgique – ont opté pour le système du siège réel. Combiné avec cette jurisprudence, le système du siège réel aboutit en effet à une situation asymétrique. Ainsi une société belge ayant son siège réel en Belgique ne peut pas émigrer à l'étranger sans changer de nationalité, alors qu'une société néerlandaise par exemple, dont la nationalité est rattachée à son lieu de constitution (*'incorporation'*), peut émigrer en Belgique en conservant sa nationalité. Pour renforcer la sécurité juridique et répondre à la réalité économique et juridique, le projet opte dès lors pour la théorie du siège statutaire. » *Ibid.*, p. 16.

40. Consacrée, dans les textes actuels, aux articles 49 et 54 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

41. Voir C.J.U.E., 9 mars 1999 (*Centros*), C-212/97, *Rec.*, 1999, p. I-1459 ; C.J.U.E., 5 novembre 2002 (*Überseering*), C-208/00, *Rec.*, 2002, p. I-9919 ; C.J.U.E., 30 septembre 2003 (*Inspire Art Ltd.*), C-167/01, *Rec.*, 2003, p. I-10115 ; C.J.U.E., 16 décembre 2008 (*Cartesio*), C-210/06, *Rec.*, 2008, p. I-9641 ; C.J.U.E., 12 juillet 2012 (*VALE*), C-378/10, *Rec.*, 2012, p. I-8173 ; C.J.U.E., 14 septembre 2017 (*Trustees Panayi*), C-646/15, EU:C:2017, p. 682 ; C.J.U.E., 25 octobre 2017 (*Polbud-Wykonstwo*), C-106/16, EU:C:2017, p. 804. En ce qui concerne les aspects fiscaux de la mobilité des sociétés : C.J.U.E., 27 septembre 1988 (*Daily Mail*), C-81/87, *Rec.*, 1988, p. 5483 ; C.J.U.E., 29 novembre 2011 (*National Grid Indus*), C-371/10, *Rec.*, 2011, p. I-9251.

42. P. WAUTELET, « Quelques réflexions sur la *Lex Societatis* dans le Code de droit international privé », *Rev. prat. soc.*, 2006, pp. 5 à 56, p. 21.

43. *Ibid.*, p. 22.

44. Au point 92 de l'arrêt *Überseering* (cité), par exemple, la Cour énonce qu'« il ne saurait être exclu que des raisons impérieuses d'intérêt général telles que la protection des intérêts des créanciers, des associés minoritaires, des salariés ou encore du fisc puissent, dans certaines circonstances et en respectant certaines conditions, justifier des restrictions à la liberté d'établissement ».

45. E.-J. NAVEZ, « Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'Union européenne. Examen en droit commercial et fiscal belge, à la lumière de l'influence européenne. », in G.-A. DAL (sous la dir. de) *Droit des groupes de sociétés. Questions pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2013, 360 p., pp. 89 à 150, p. 117.

46. Une bibliographie complète concernant les avantages et inconvénients de la concurrence réglementaire en droit des sociétés européen, dans le contexte de la jurisprudence *Centros*, figure notamment en note 11, p. 198, de l'article suivant : K. MARESCAU, « Mobilité transfrontalière des sociétés et concurrence réglementaire au niveau du droit des sociétés », *Rev. prat. soc.*, 2014, n° 2, pp. 193 à 244.



leur société⁴⁷. Dans le même sens, on a pu écrire encore récemment qu'« il est établi que *Centros* a ouvert la porte à une plus grande mobilité des sociétés dans le marché intérieur et à une plus grande concurrence réglementaire entre les États membres »⁴⁸.

Si dans la trilogie jurisprudentielle de référence, la Cour n'a pas exclu l'application de la théorie du siège réel⁴⁹, elle y a imposé des restrictions importantes, du moins du point de vue de l'État d'accueil de la société⁵⁰. Sous l'empire de cette jurisprudence, la Belgique a pu continuer à appliquer la théorie du siège réel aux sociétés qui choisissent de se constituer en Belgique. Mais, elle s'est vue imposer des restrictions importantes s'agissant du traitement des sociétés constituées dans un autre État membre⁵¹. C'est cette asymétrie, relevée dans les travaux préparatoires, que nous avons mentionnée précédemment⁵².

La jurisprudence *Centros* – *Überseering* – *Inspire Art* a été suivie d'autres développements intéressants. Dans les décisions *Cartesio* et *Vale*⁵³, la Cour a considéré que les sociétés établies dans un État membre d'origine ont le droit de transférer leur siège dans un État membre d'accueil sans perdre la personnalité juridique, au titre de la liberté d'établissement. Dans le

même sens, l'arrêt *Polbud* du 25 octobre 2017⁵⁴, accentue, selon la Professeure Isabelle CORBISIER, le phénomène de concurrence réglementaire entre les droits des sociétés des États membres et pourrait également fragiliser davantage la théorie du siège réel⁵⁵. Cet arrêt s'inscrit dans le cadre des réflexions sur une éventuelle 14^e directive européenne sur le transfert transfrontalier du siège statutaire d'une société⁵⁶. Il facilite un changement de la *lex societatis* du seul fait du choix de l'État membre de réincorporation. Si la Cour se garde de préconiser un critère de rattachement plutôt qu'un autre, « elle admet clairement l'invocabilité du droit d'établissement dans un État membre du seul fait de l'incorporation sans transfert ni du siège réel, ni même d'une activité quelconque, par déduction de l'arrêt *Centros* »⁵⁷. Cette énième avancée jurisprudentielle a accéléré l'élaboration, le 25 avril 2018, de la proposition de directive harmonisant la mobilité transfrontalière des sociétés sous forme de transformation (désignant le transfert de siège), de fusion ou de scission⁵⁸. Ce texte « définit des procédures communes à l'échelle de l'UE afin de permettre aux entreprises de se déplacer d'un pays de l'UE vers un autre, de fusionner ou de se scinder en deux nouvelles entités ou plus dans un contexte transfrontière »⁵⁹.

47. « In Europe, regulatory competition in company law did not play a significant role for a long time due to the real seat principle in the conflict of laws of many Member States. This changed fundamentally with three major decisions of the European Court of Justice in the cases *Centros*, *Überseering*, and *Inspire Art*, all of them concerning the freedom of establishment (Arts. 49, 54 TFEU). These decisions resulted in the Member States having to recognize a company formed in another Member State and the consequent mandatory treatment of it according to its law of formation, even if it has never operated in the country of formation. This effectively established a possibility of choice for founders of the applicable company law. » H. EIDENMÜLLER, « The Transnational Law Market, Regulatory Competition, and Transnational Corporations », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 18, n° 2, 2011, pp. 707 à 749, p. 716.
48. « In that regard, it is well established that *Centros* opened the door to both greater mobility in the internal market and more regulatory competition among Member States. » A.-L. SIBONY, « *Centros* and the Internal Market », European Corporate Governance Institute – Law Working Paper n° 465/2019, 30 juillet 2019, <<https://ssrn.com/abstract=3428951>>, site accédé le 28 août 2019, p. 1.
49. Concernant les *Centros*, *Überseering*, et *Inspire Art* : « D'emblée pourtant, ces enseignements ne sont pas porteurs d'une préséance de la théorie du siège statutaire sur celle du siège réel. » M. FALLON, « La dimension externe du Code des sociétés et des associations », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (sous la coord. de), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 630 p., pp. 67 à 152, p. 74.
50. P. WAUTELET, « Quelques réflexions sur la *Lex Societatis* dans le Code de droit international privé », *Rev. prat. soc.*, 2006, pp. 5 à 56, p. 22. Selon le même auteur : « En proclamant que la doctrine du siège réel doit s'accommoder, comme toutes les autres règles de droit national, des exigences de la liberté d'établissement, la Cour a en réalité condamné certaines pratiques nationales excessives sans se prononcer de manière générale sur l'application de la loi du siège réel dans toutes ses conséquences. » (p. 27).
51. *Ibid.*, p. 23.
52. E.-J. NAVEZ, « Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'Union européenne. Examen en droit commercial et fiscal belge, à la lumière de l'influence européenne. », in G.-A. DAL (sous la dir. de) *Droit des groupes de sociétés. Questions pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2013, 360 p., pp. 89 à 150, p. 111.
53. C.J.U.E., 16 décembre 2008 (*Cartesio*), C-210/06, *Rec.*, 2008, p. I-9641 ; C.J.U.E., 12 juillet 2012 (*Vale*), C-378/10, *Rec.*, 2012, p. I-8173. Voir notamment : A. AUTENNE et E.-J. NAVEZ, « *Cartesio* – Les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisités », *C.D.E.*, 2009, n° 1, pp. 91 à 125.
54. C.J.U.E., 25 octobre 2017 (*Polbud-Wykonwstwo*), C-106/16, EU :C:2017, p. 804.
55. I. CORBISIER, « Arrêt 'Polbud' : la consécration de la possibilité d'un principe inconditionnel de libre mobilité », *Journal de droit européen*, 2018, pp. 135 à 137, p. 135.
56. Voir notamment : UNION EUROPÉENNE, PARLEMENT EUROPÉEN, *Evaluation de la valeur ajoutée européenne – Directive sur le transfert transfrontalier du siège statutaire d'une société (14^e directive sur le droit des sociétés)*, Bruxelles, 2013, 55 p., www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013 (lien abrégé), site accédé le 25 juillet 2019.
57. M. FALLON et E.-J. NAVEZ, « La transformation transfrontalière d'une société par transfert du siège statutaire après l'arrêt *Polbud* », *Rev. prat. soc.* – T.R.V., 2018, pp. 349 à 385, p. 384.
58. COMMISSION EUROPÉENNE, « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières », COM (2018) 241 final, 2018/0114, Bruxelles, 25 avril 2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF> (lien abrégé), site accédé le 25 juillet 2019 : « La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a considéré que la liberté d'établissement consacrée par l'article 49 du TFUE impliquait le droit, pour les sociétés établies dans un État membre, de transférer leur siège dans un autre État membre au moyen d'une transformation transfrontalière, sans perdre leur personnalité juridique. En particulier, dans son récent arrêt *Polbud*, la Cour de justice a confirmé le droit pour les sociétés d'effectuer des transformations transfrontalières sur la base de la liberté d'établissement. La Cour de justice a considéré que la liberté d'établissement est applicable en cas de transfert du siège statutaire seul, sans déplacement du siège réel, d'un État membre à un autre si ce dernier accepte l'enregistrement d'une société alors même que cette dernière n'y exerce aucune activité économique : dans ce cas, l'article 49 du TFUE n'exige pas l'exercice d'une activité économique comme condition préalable à son applicabilité. La Cour de justice a en outre rappelé que, en l'absence d'harmonisation, les États membres sont compétents pour décider du lien de rattachement d'une société à leur droit national et donc pour appliquer leurs propres conditions aux sociétés entrantes. La Cour de justice a par ailleurs renvoyé à sa jurisprudence précédente dans laquelle elle souligne que le fait d'établir le siège, statutaire ou réel, d'une société en conformité avec la législation d'un État membre dans le but de bénéficier d'une législation plus avantageuse n'est pas, en soi, constitutif d'abus. Dans l'arrêt *Polbud*, elle déclare qu'une réglementation d'un État membre qui subordonne le transfert transfrontalier d'une société à la liquidation de la première société constitue une restriction injuste et disproportionnée et est donc illégale. » (Pp. 2 et 3, les références jurisprudentielles sont omises.)
59. COMMISSION EUROPÉENNE, « Droit des sociétés : la Commission propose de nouvelles règles pour aider les entreprises à traverser les frontières et à trouver des solutions en lignes », Communiqué de presse, Bruxelles, 25 avril 2018, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3508_fr.htm, site accédé le 25 juillet 2019. M. F. TIMMERMANS, premier vice-président de la Commission européenne, déclare : « Au sein du marché unique florissant de l'UE, les sociétés sont libres de se déplacer et de se développer, mais cela doit se faire de manière équitable. La proposition de ce jour instaure des procédures claires pour les sociétés, assorties de solides garde-fous pour protéger les droits des travailleurs et, pour la première fois, pour empêcher les montages artificiels dans un but d'évasion fiscale ou d'autres pratiques peu scrupuleuses. »



VI. Le nouvel article 110 du Code de droit international privé, cœur de la matière

Le droit international privé belge des sociétés était régi par la théorie du siège réel depuis 1873⁶⁰. Désormais, avec la loi du 23 mars 2019, cette règle de rattachement⁶¹, est abandonnée au profit de la règle du siège statutaire. L'article 110 du Code de droit international privé (Code D.I.P.) dispose désormais : « La personne morale est régie par le droit de l'Etat où se situe son siège statutaire. »⁶². La règle de conflit de lois est énoncée de façon brève, limpide, sans s'embarrasser d'exceptions textuelles, sous la réserve des considérations évoquées ci-après. Ses termes sont inconditionnels. La notion de siège statutaire se dissocie de toute référence autre que l'adresse officielle de la société, telle que mentionnée dans les statuts⁶³. Le législateur a retenu « une approche formaliste pure plutôt isolée en droit comparé », une approche « cohérente avec son objectif d'attractivité, de flexibilisation et de simplification »⁶⁴.

Aucune distinction de régime n'est effectuée selon la provenance européenne ou non des sociétés et ce, malgré le fait que c'est le droit européen – la liberté d'établissement au sein de l'Union européenne – tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne qui fournit l'un des arguments principaux en faveur de l'abandon de la théorie du siège réel au profit la théorie du siège statutaire. Le parti a été pris de ne pas dissuader les investisseurs étrangers situés hors de l'Union européenne.

En outre, l'adoption de la théorie du siège statutaire n'affecte pas les critères de rattachement propres à

d'autres branches du droit et singulièrement le droit de l'environnement, le droit social, le droit de l'insolvabilité et le droit fiscal. Ainsi concernant le droit de l'environnement et le droit social, les travaux préparatoires expliquent : « Le critère de rattachement pour de nombreuses autres règles de droit, notamment le droit de l'environnement ou le droit social, reste lié au lieu d'activité de la personne morale : une société ayant un siège statutaire en France qui ouvre en Belgique une usine employant 200 travailleurs sera et restera de ce fait soumise au droit social et au droit de l'environnement belges. »⁶⁵. Et concernant le droit de l'insolvabilité et le droit fiscal de préciser aussi : « Pour ces raisons également, l'introduction de la doctrine du siège statutaire n'occasionnera aucun préjudice aux créanciers belges ou au fisc belge. Le droit de l'insolvabilité et le droit fiscal appliquent d'autres critères permettant de déterminer le droit applicable et le critère du centre des intérêts principaux joue toujours un rôle déterminant. »⁶⁶.

On notera que la *lex societatis* ne se confond pas avec la nationalité de la société. La *lex societatis* et la nationalité de la société sont des notions proches, mais distinctes. Elles sont souvent confondues. En pratique, la nationalité de la société intéresse notamment le droit des investissements internationaux et la matière de la protection diplomatique. Ainsi, par exemple, la compétence *ratione personae* des tribunaux d'arbitrage, fondée sur les traités bilatéraux d'investissement, est déterminée selon la nationalité de la société qui entend recevoir protections sur la base desdits traités. Celle-ci est déterminée selon des critères qui peuvent différer en fonction des traités et des circonstances ; les critères de siège statutaire, de lieu d'incorporation, de siège réel et même de nationalité des actionnaires se rencontrent⁶⁷.

60. L'adoption, en Belgique, de la théorie du siège réel remonte à la loi du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales (M.B., 25 mai 1873), le critère légal étant le « principal établissement ». L'article 129 énonçait : « Toute société dont le principal établissement est en Belgique est soumise à la loi belge, bien que l'acte constitutif ait été passé à l'étranger. » L'article 110 du Code de droit international privé disposait préalablement à la loi du 23 mars 2019 : « La personne morale est régie par le droit de l'Etat sur le territoire duquel son établissement principal est situé dès sa constitution. Si le droit étranger désigne le droit de l'Etat en vertu duquel la personne morale a été constituée, le droit de cet Etat est applicable. »
61. Chambre, *Doc. parl.*, « Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses », sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 339.
62. L'article 14 de la loi du 23 mars 2019 est entré en vigueur le 1^{er} mai 2019 en vertu de son article 38, al. 1^{er}.
63. « Le siège statutaire d'une personne morale est l'adresse officielle de cette personne morale telle que mentionnée dans ses statuts. » Chambre, *Doc. parl.*, « Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses », sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 339.
64. M. FALLON, « La dimension externe du Code des sociétés et des associations », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (sous la coord. de), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 630 p., pp. 67 à 152, p. 100.
65. Chambre, *Doc. parl.*, « Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses », sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 341.
66. *Ibid.*, p. 341. Et ce qui suit : « En outre, l'applicabilité du droit belge de l'insolvabilité à des entreprises étrangères actives en Belgique sera renforcée. Ainsi, les dispositions relatives à la responsabilité des administrateurs pour faute grave caractérisée ayant contribué à la faillite et pour non-paiement des cotisations ONSS [cotisations sociales] et de contributions TVA, notamment, ont été intégrées au droit de l'insolvabilité. » Sur les aspects fiscaux, voir : L. DE BROË et D. GARABEDI-AN, « Aspects de droit fiscal », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (sous la coord. de), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 630 p., p. 555 à 583. Ces auteurs écrivent : « Or depuis l'adoption du CSA, la *lex societatis* d'une société ne dépend plus de son siège réel mais de son siège statutaire, à savoir l'adresse officielle de [la] personne morale telle que mentionnée dans ses statuts' (art. 110 du Code de droit international privé tel que modifié par l'art. 14 de la loi CSA et par l'art. 2:146 CSA). Comme la résidence fiscale reste déterminée par le siège réel – c'est le critère usuel sur le plan international (cf. art. 4[3] de la Convention-modèle de l'OCDE) – une société assujettie à l'impôt des sociétés belge peut désormais être régie par un droit des sociétés étranger : droit allemand, italien, maltais, panaméen, ou celui de tout autre Etat, membre ou non de l'Union européenne, dans lequel la société aura décidé de placer son siège statutaire. » (p. 557).
67. « According to international law and practice, there are different possible criteria to determine a juridical person's nationality. The most widely used is the place of incorporation or registered office. Alternatively, the place of the central administration or effective seat may also be taken into consideration. Many treaties follow one or the other of these criteria. » R. DOLZER et C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, 417 p., pp. 47 et 48 citant : *Autopista v. Venezuela*, Decision on Jurisdiction, 27 September 2001, para 107. Voir aussi : C. MC LACHLAN, L. SHORE et M. WEINIGER, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2017, 630 p., pp. 156 à 216. Sur le critère de la nationalité des actionnaires : M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, 4th ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 604 p., pp. 233 à 236. Par exemple, dans le récent traité CETA, la condition de nationalité est rédigée de la façon suivante dans le chapitre concernant la protection des investissements internationaux : « Pour l'application de la présente définition, une entreprise d'une Partie désigne, selon le cas : a) une entreprise qui est constituée ou organisée conformément à la législation de cette Partie et qui exerce des activités commerciales substantielles sur le territoire de cette Partie ; b) une entreprise qui est constituée ou organisée conformément à la législation de cette Partie et qui est directement ou indirectement détenue ou contrôlée par une personne physique de cette Partie ou par une entreprise visée au paragraphe a). » Accord Economique et Commercial Global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses Etats membres d'autre part, Article 8.1. Sur les mécanismes de protections des investissements dans le CETA : J.-M. JONET, « Legitimacy crisis of investment treaty arbitration? A new paradigm in the free trade agreement between Canada and the European Union (CETA) and the idea of a multilateral investment court », *Journal of Arbitration and Mediation – Revue d'arbitrage et de médiation*, à paraître.



VII. Les dispositions de droit international privé du Code des sociétés et associations

Les dispositions de droit international privé du nouveau CSA, sont rangées au Titre 10, du Livre 2 intitulé, précisément, « Dispositions de droit international privé ». Le Titre 10 contient quatre dispositions : les articles 2:146 à 2:149, dispositions qui doivent être lues conjointement avec les nouvelles dispositions du Code D.I.P. évoquées précédemment. Ainsi, en phase avec la règle de conflit de lois, l'article 2:146 établit une nouvelle règle « d'applicabilité unilatérale »⁶⁸, en vertu de laquelle le CSA « est applicable aux personnes morales qui ont leur siège statutaire en Belgique ». Les travaux préparatoires précisent que le siège statutaire d'une personne morale est « l'adresse officielle de cette personne morale telle que mentionnée dans ses statuts. Ladite adresse est sise dans l'Etat dans lequel la personne morale est constituée et ne peut, ensuite, être modifiée que par une décision de modification des statuts »⁶⁹. Ils ajoutent : « Pour un transfert du siège statutaire au-delà des frontières nationales (émigration ou immigration), il convient de recourir à la procédure particulière de transformation transfrontalière⁷⁰ » (cf. *infra*). La formulation de l'article 2:146 CSA utilise ainsi le même critère de localisation que l'article 110 Code D.I.P. nouveau, « mais sous une rédaction unilatérale : elle se réfère uniquement à une localisation du siège en Belgique et a pour seul objet de déterminer l'applicabilité du CSA, à l'exclusion d'un droit matériel étranger »⁷¹. Techniquement, la règle de rattachement pouvait sans doute suffire⁷².

L'article 2:147, qui reproduit l'ancien article 57 du Code des sociétés, prévoit que les membres de l'organe d'administration, les délégués à la gestion journalière, les commissaires et les liquidateurs domiciliés à l'étranger élisent domicile au siège statutaire de la société pendant toute la durée de leur fonction.

Plus novateur est l'article 2:148. Il s'agit d'une « disposition matérielle permissive qui organise la reconnaissance de plein droit des sociétés étrangères »⁷³. Le texte prévoit, en effet que : « les personnes morales qui ont leur siège statutaire à l'étranger, peuvent exercer leurs activités, ester en justice en Belgique, et y établir une succursale ». De ce fait, la Belgique autorise les sociétés valablement constituées selon un droit étranger à exercer leurs activités en Belgique et à ester en justice⁷⁴. L'existence juridique des sociétés étrangères « est désormais reconnue en Belgique dès qu'elles ont été organisées selon le droit de l'État où est établi leur siège statutaire. La localisation de leur établissement principal (à savoir le siège 'réel') n'est à cet égard plus pertinente »⁷⁵. Ici aussi, la disposition est rédigée en termes clairs et limpides, sans s'embarasser d'exceptions, sous réserve des conditions du second paragraphe de la disposition⁷⁶.

Selon l'article 2:149, « ceux qui sont préposés à la gestion de la succursale belge d'une personne morale étrangère sont soumis à la même responsabilité envers les tiers que ceux qui gèrent une personne morale belge ». Il s'agit d'une autre « règle d'applicabilité unilatérale », reproduisant une norme antérieure, à savoir l'ancien article 59 du Code des sociétés⁷⁷.

VIII. Le domaine de la *lex societatis* selon le Code de droit international privé

Le domaine de la *lex societatis* est déterminé par l'article 111 Code D.I.P.⁷⁸. Cette disposition, inchangée par la loi 23 mars 2019⁷⁹, dispose que : « §1^{er}. Le droit applicable à la personne morale détermine notamment : 1° l'existence et la nature juridique de la personne morale ; 2° le nom ou la raison sociale ; 3° la constitution, la dissolution et la liquidation ; 4° la capacité de la personne morale ; 5° la composition, les pouvoirs et le fonctionnement de ses organes ; 6° les rapports internes entre associés ou membres ainsi que

68. E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 112, Bruxelles, Larcier, 2019, 397 p., p. 360. Les auteurs renvoient à F. RIGAUX et M. FALLON, *Précis de droit international privé*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 129.

69. Chambre, *Doc. parl.*, « Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses », sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 339.

70. *Ibid.*, p. 339.

71. M. FALLON, « La dimension externe du Code des sociétés et des associations », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (sous la coord. de), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 630 p., pp. 67 à 152, p. 109.

72. M. FALLON, « L'attractivité internationale comme moteur des projets de loi sur la BIBC et sur le futur Code des sociétés et associations au regard du droit international privé », *R.D.C.*, 2019, pp. 7 à 51, pp. 22 et 23.

73. E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 112, Bruxelles, Larcier, 2019, 397 p., p. 361.

74. Cela ne va pas nécessairement de soi, comme l'ont montré les faits de la cause dans l'arrêt *Überseering*. Voir J.-M. JONET, « Sociétés commerciales – La théorie du siège réel à l'épreuve de la liberté d'établissement. Autour de l'arrêt *Überseering* », *Journal des Tribunaux de Droit Européen*, 2003, pp. 33 à 37.

75. E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 112, Bruxelles, Larcier, 2019, 397 p., p. 361.

76. Le second paragraphe de la disposition prévoit : « Toutefois les actions intentées par les personnes morales étrangères qui ont une succursale en Belgique, sont irrecevables si elles n'ont pas déposé leur acte constitutif conformément à l'article 2:24. » L'article 2:24 du CSA précise les documents qui doivent être déposés préalablement à l'ouverture d'une succursale en Belgique par une société étrangère, en distinguant les sociétés étrangères relevant ou non d'un autre État membre de l'Union européenne.

77. E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 112, Bruxelles, Larcier, 2019, 397 p., p. 360.

78. *M.B.*, 27 juillet 2004.

79. Sauf sur un point technique : à l'article 111, § 1^{er}, 9°, les mots « droit des sociétés » sont remplacés par les mots « droit des personnes morales ».



les rapports entre la personne morale et les associés ou membres ; 7° l'acquisition et la perte de la qualité d'associé ou de membre ; 8° les droits et obligations liés aux parts ou actions et leur exercice ; 9° la responsabilité pour violation du droit des personnes morales ou des statuts ; 10° dans quelle mesure la personne morale est tenue à l'égard de tiers des dettes contractées par ses organes. »⁸⁰.

Elle « fournit un guide précieux »⁸¹ permettant d'identifier les questions à ranger sous la bannière de la *lex societatis*⁸², telles que la capacité d'ester en justice, le mode de représentation en justice de la société, les règles qui définissent le fonctionnement d'une société et l'étendue des pouvoirs de ses organes...

Comme de nombreuses règles de droit, quelques difficultés d'application en découlent, particulièrement lorsque les droits des tiers sont en jeu. Il en va, ainsi de la détermination du droit applicable aux conventions d'actionnaires, aux mécanismes de levée du voile social, à la cession d'une branche d'activité ou encore aux opérations de prise de contrôle internationale⁸³.

IX. Tempéraments à l'application de la règle de rattachement des sociétés

On l'a noté, la théorie du siège statutaire est adoptée en droit international privé belge en des termes inconditionnels. Est-ce à dire que la règle de rattachement ne souffre aucune exception ? La réponse est assurément négative. Le Professeur Marc FALLON rappelle ainsi que le droit général des conflits de lois comprend diverses formes de dérogations à la règle de rattachement⁸⁴, constituant autant de tempéraments à l'application de la *lex societatis*. Trois catégories peuvent être identifiées.

(i) Selon Marc FALLON, « [l]e droit général des conflits de lois et le droit de l'Union européenne connaissent, respectivement, des concepts de fraude à la loi et d'abus de droit qui, tout en appartenant à

des contextes distincts, ont pour fonction commune de corriger un montage artificiel par lequel les parties exploitent légalement un droit dans l'intention d'obtenir un avantage qui, tantôt n'est pas offert par la loi normalement applicable (fraude à la loi), tantôt n'obéit pas à l'objectif du droit dont elles font usage (abus de droit). Quant à son effet, un tel correctif n'agit pas de manière générale et abstraite mais uniquement par une appréciation *ex post* au cas par cas »⁸⁵. En droit international privé belge, l'exception de fraude à la loi est prévue à l'article 18 du Code D.I.P.⁸⁶, non modifié par la réforme. Cette disposition « sanctionne une localisation fictive du facteur de rattachement retenu par le législateur, lorsque cette fiction a pour but d'obtenir ce que n'offre pas la loi normalement applicable en une matière où les droits sont indisponibles »⁸⁷. Il en va ainsi, par exemple, du cas d'une société dont le centre des intérêts est purement local, telle une exploitation agricole, que les fondateurs abriteraient sous une forme sociétaire n'appartenant pas à la liste fermée établie par le législateur local mais qui serait admise par le droit d'un Etat étranger où se situerait un siège statutaire purement formel⁸⁸. Marc FALLON de souligner que l'exception de fraude « ne revient pas à formuler une règle de rattachement de portée générale agissant *ex ante* pour neutraliser toute pratique de localisation du facteur de rattachement par les parties » mais « plutôt un contrôle *ex post*, au cas par cas, en fonction de l'ensemble des éléments de la situation »⁸⁹. Dans un registre similaire à celui de la fraude à la loi, la théorie de l'abus de droit européen, résulte, selon la jurisprudence fiscale, non pas de toute forme d'optimisation réglementaire, mais d'une localisation de l'établissement via un montage artificiel « qui n'implique aucun exercice d'une activité économique effective » dans l'Etat visé⁹⁰. La preuve d'une pratique abusive « qui doit s'opérer au cas par cas » peut se déduire d'indices tels « la réalisation d'opérations artificielles dénuées de toute justification économique ou entrepreneuriale, en particulier la mise en place d'une structure purement formelle ayant pour objectif principal l'obtention d'un avantage allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de la législation nationale applicable »⁹¹. Il en pourrait en être ainsi d'une « société relais » dépourvue de toute activité économique

80. Le 2^e § dispose : « Toutefois, la personne morale ne peut invoquer une incapacité fondée sur des restrictions du pouvoir de représentation en vertu du droit applicable, à l'encontre d'une partie, si cette incapacité est inconnue du droit de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été passé par cette partie et si celle-ci n'a pas connu et n'a pas dû connaître cette incapacité à ce moment. »

81. P. WAUTELET, « Quelques réflexions sur la *Lex Societatis* dans le Code de droit international privé », *Rev. prat. soc.*, 2006, pp. 5 à 56, p. 45.

82. *Ibid.*, pp. 46 et 47, et les références citées.

83. Voir, à ce sujet, E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 112, Bruxelles, Larcier, 2019, 397 p., p. 369. Voir aussi R. JAFFERALI, « L'application du droit belge aux sociétés de droit étranger. Une esquisse des contours de la *lex societatis* », *R.D.C.*, 2004, pp. 764 à 790, p. 777.

84. M. FALLON, « La dimension externe du Code des sociétés et des associations », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (sous la coord. de), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 630 p., pp. 67 à 152, pp. 88 et s.

85. *Ibid.*, p. 88.

86. Sous le titre « Fraude à la loi » : Art. 18. Pour la détermination du droit applicable en une matière où les personnes ne disposent pas librement de leurs droits, il n'est pas tenu compte des faits et actes constitués dans le seul but d'échapper à l'application du droit désigné par la présente loi. »

87. M. FALLON, « La dimension externe du Code des sociétés et des associations », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (sous la coord. de), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 630 p., pp. 67 à 152, p. 88.

88. *Ibid.*, p. 89.

89. *Ibid.*, p. 89.

90. *Ibid.*, p. 89, citant K. LENAERTS, « Le concept d'abus de droit dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de fiscalité directe », *Mélanges Wathelet*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 825 à 851, spéc. p. 850.

91. *Ibid.*, p. 90.



effective au vu des modalités de gestion, du bilan, du personnel, des locaux et équipements⁹².

(ii) Un deuxième tempérament est constitué par l'exception de proximité déposée à l'article 19 du Code D.I.P.⁹³, non réformé. Cette disposition permet d'écarter, dans un cas d'espèce, la loi normalement applicable en vertu de la règle de rattachement pertinente « lorsque la situation n'a qu'un lien très faible avec l'Etat dont le droit est désigné, alors qu'elle présente des liens très étroits avec un autre Etat »⁹⁴. Par exemple, « une société est constituée pour exercer dans un pays l'ensemble de ses activités, où résident par ailleurs les fondateurs et actionnaires, alors que les fondateurs ont établi leur siège statutaire à l'étranger : une règle de rattachement utilisant pour facteur le siège statutaire pourrait être contrée par l'application de la loi de l'Etat avec lequel la situation se rattache essentiellement »⁹⁵. Conformément au texte de l'article 19 Code D.I.P., l'exception de proximité pourrait être écartée « si l'application de la loi de proximité s'avère imprévisible en l'espèce ou si la désignation de la *lex societatis* par un choix du siège statutaire devrait s'apparenter à une règle de rattachement consacrant l'autonomie de la volonté »⁹⁶.

(iii) Le troisième tempérament relève de la technique des lois de police reflétée à l'article 20 du Code D.I.P.⁹⁷, inchangé. Selon la technique de la loi de police « une priorité peut être accordée à des réglementations impératives ou d'ordre public appartenant à un ordre juridique distinct de celui dont le droit est applicable en vertu de la règle de rattachement pertinente. Le procédé introduit donc une dérogation à la règle de rattachement applicable dans une matière déterminée, lorsque le droit désigné par cette règle ne suffit pas, par son contenu matériel, à réaliser un objectif d'intérêt général poursuivi par les règles impératives ou d'ordre public en cause »⁹⁸. Les juges belges peuvent, ainsi, donner effet à des règles impératives ou d'ordre public qui se veulent applicables « quel que soit le droit désigné par les règles de conflit de lois. »⁹⁹ À titre d'exemple, Marc FALLON

cite le régime de responsabilité des administrateurs à l'égard des tiers visé par les articles 2:56 à 2:58 du CSA qui « peut recevoir la qualification de loi de police puisque le législateur a entendu contrer une localisation purement formelle d'un siège statutaire hors de l'Union européenne en fondant la saisine d'une juridiction belge sur la localisation de l'établissement principal. » Pour être effective, la protection des tiers concernés ne peut être assurée qu'en écartant la *lex societatis*¹⁰⁰. La saisine d'une juridiction belge sur la localisation de l'établissement principal en matière de responsabilité des administrateurs est abordée brièvement ci-après (au point suivant). L'auteur considère, toutefois, que : « globalement, la problématique de la protection des parties prenantes – travailleurs de l'entreprise, actionnaires ou associés, et créanciers au sens entendu par la Cour de justice [de l'Union européenne] (arrêt *Polbud* [...]) – peut relever de la qualification de lois de police et appeler, selon la Cour, une application en fonction de l'exercice effectif des activités. De plus, en dehors du droit même des personnes morales, d'autres lois de police peuvent affecter le fonctionnement de l'entreprise. Ainsi, la législation sur le contrat de travail, sur la protection de l'environnement ou plus généralement sur la responsabilité sociétale de l'entreprise (RSE) peut comprendre des règles d'applicabilité propres et affecter la création d'un organe participatif, d'un organe de vigilance, ou la diffusion de rapports de suivi »¹⁰¹.

X. La compétence internationale des juges belges en droit des sociétés

La compétence internationale des juges belges en droit des sociétés est régie par l'article 109 du Code D.I.P. La disposition prévoyait : « Par dérogation aux dispositions générales de la présente loi, les juridictions belges ne sont compétentes pour connaître de toute demande concernant la validité, le fonctionnement, la dissolution ou la liquidation d'une personne

92. *Ibid.*, p. 90, citant, en matière fiscale, C.J.U.E., 26 février 2019 (N Luxembourg 1 ea), C-115/16 ea, EU:C:2019:134, Gr. ch.

93. Sous le titre « Clause d'exception » : « Art. 19. § 1^{er}. Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable lorsqu'il apparaît manifestement qu'en raison de l'ensemble des circonstances, la situation n'a qu'un lien très faible avec l'Etat dont le droit est désigné, alors qu'elle présente des liens très étroits avec un autre Etat. Dans ce cas, il est fait application du droit de cet autre Etat. Lors de l'application de l'alinéa 1^{er}, il est tenu compte notamment : – du besoin de prévisibilité du droit applicable, et – de la circonstance que la relation en cause a été établie régulièrement selon les règles de droit international privé des Etats avec lesquels cette relation présentait des liens au moment de son établissement. § 2. Le § 1^{er} n'est pas applicable en cas de choix du droit applicable par les parties conformément aux dispositions de la présente loi, ou lorsque la désignation du droit applicable repose sur le contenu de celui-ci. »

94. Art. 19, § 1^{er}, al. 1^{er}, Code de droit international privé.

95. M. FALLON, « La dimension externe du Code des sociétés et des associations », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (sous la coord. de), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 630 p., pp. 67 à 152, p. 91.

96. *Ibid.*, p. 91.

97. Sous le titre « Règles spéciales d'applicabilité » : « Art. 20. Les dispositions de la présente loi ne portent pas atteinte à l'application des règles impératives ou d'ordre public du droit belge qui entendent régir une situation internationale quel que soit le droit désigné par les règles de conflit de lois, en vertu de la loi ou en raison de leur but manifeste. Lors de l'application, en vertu de la présente loi, du droit d'un Etat, il peut être donné effet aux dispositions impératives ou d'ordre public du droit d'un autre Etat avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier Etat, ces dispositions sont applicables quel que soit le droit désigné par les règles de conflit de lois. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions, il est tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application. »

98. M. FALLON, « La dimension externe du Code des sociétés et des associations », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (sous la coord. de), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 630 p., pp. 67 à 152, pp. 91 et 92.

99. Art. 20 Code D.I.P.

100. M. FALLON, « La dimension externe du Code des sociétés et des associations », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (sous la coord. de), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 630 p., pp. 67 à 152, p. 122.

101. *Ibid.*, p. 124.



morale que si l'établissement principal ou le siège statutaire de cette personne est situé en Belgique lors de l'introduction de la demande. » La loi du 23 mars 2019 modifie cette disposition en supprimant la référence à la notion juridique d'« établissement principal »¹⁰². Le siège statutaire, devenu critère de rattachement, devient également le critère de principe de la compétence internationale des juges belges. L'objectif est évidemment de faire correspondre les compétences juridictionnelle et législative¹⁰³.

La règle de compétence internationale de l'article 109 du Code D.I.P. se veut « exclusive »¹⁰⁴. La disposition écarte l'application d'autres chefs de compétence de portée générale (tels que prévus aux articles 5 et s. Code D.I.P.), en particulier la faculté d'une clause de juridiction contraire (art. 6 et 7 Code D.I.P.)¹⁰⁵.

En écho à ce qui a été relevé précédemment, la règle de compétence internationale est complétée par un nouveau second alinéa qui prévoit la compétence des juges belges pour connaître de demandes portant sur des cas de responsabilité des administrateurs envers des tiers si le siège réel de la société est en Belgique, tandis que le siège statutaire est situé en dehors de l'Union européenne et que la société n'a qu'un lien formel avec cet État¹⁰⁶. De la sorte, la législation belge introduit une exception à une application stricte de la théorie du siège statutaire, dans le but de protéger les tiers, dans le cadre de sociétés dont le siège statutaire est situé en dehors de l'Union européenne¹⁰⁷.

Quant aux décisions judiciaires étrangères, l'article 115 du Code D.I.P. (sous le titre « Efficacité des décisions judiciaires étrangères ») disposait : « Une décision judiciaire étrangère concernant la validité, le

fonctionnement, la dissolution ou la liquidation d'une personne morale n'est pas reconnue en Belgique si, outre l'existence d'un motif de refus visé à l'article 25, l'établissement principal de la personne morale était situé en Belgique lors de l'introduction de la demande à l'étranger. » De manière cohérente, la loi du 23 mars 2019 modifie cette disposition en remplaçant les mots « l'établissement principal » par les mots « le siège statutaire »¹⁰⁸. En effet, il convient « que les juges belges soient seuls compétents pour prendre des décisions impératives pour l'ordre juridique belge concernant la validité, le fonctionnement, la dissolution ou la liquidation d'une personne morale soumise aux règles belges »¹⁰⁹. L'exclusivité de la règle de compétence internationale – l'article 109 du Code D.I.P. – « produit un effet sur la reconnaissance en Belgique d'un jugement étranger » : la reconnaissance ou la force exécutoire sera refusée si le juge étranger s'est saisi alors que le siège statutaire de la société est localisé Belgique¹¹⁰. M. FALLON de noter qu'en termes de politique législative, « il devient donc impossible de refuser d'exécuter en Belgique, sur base de l'article 115 Codip [Code de droit international privé], un jugement rendu dans un pays non membre de l'Union européenne à propos d'une personne morale ayant son établissement principal en Belgique, à moins d'un autre motif de refus fondé sur l'article 25 Codip »¹¹¹. L'article 25 Code D.I.P. vise des hypothèses telles la contrariété avec l'ordre public ou la violation des droits de la défense¹¹².

Notons que la règle de compétence internationale déposée à l'article 109 Code D.I.P. ne jouera qu'à défaut d'application du règlement Bruxelles Ibis¹¹³. Selon l'article 24.2 dudit règlement, les juges belges jouissent d'une compétence exclusive si la personne morale a son « siège » en Belgique au sens du droit international privé belge, soit, désormais, son siège statutaire¹¹⁴. Le

102. Art. 13, 1^{er}, de la loi du 23 mars 2019, qui est entré en vigueur le 1^{er} mai 2019, en vertu de l'article 38, al. 1^{er}, de ladite loi.

103. Chambre, *Doc. parl.*, « Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses », sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 342.

104. M. FALLON, « La dimension externe du Code des sociétés et des associations », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (sous la coord. de), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 630 p., pp. 67 à 152, p. 129.

105. *Ibid.*, p. 129.

106. Selon l'article 13, 2^o, de la loi du 23 mars 2019, qui est entré en vigueur le 1^{er} mai 2019, en vertu de l'article 38, al. 1^{er} de ladite loi, l'article 109, alinéa 2, du Code D.I.P. dispose : « Nonobstant toute clause contraire, les juges belges sont toutefois toujours compétents pour connaître de demandes portant sur la responsabilité des administrateurs de la personne morale, telle que visée à l'article 2:56, alinéa 1, du Code des sociétés et des associations envers d'autres personnes que la personne morale ou ses associés ou actionnaires ou membres, pour des comportements dans le cadre de l'exercice de la fonction d'administration, si l'établissement principal de la personne morale se situe en Belgique, tandis que le siège statutaire de la personne morale est établi dans un Etat situé en dehors de l'Union européenne et que la personne morale n'a qu'un lien formel avec cet Etat. »

107. M. FALLON, « La dimension externe du Code des sociétés et des associations », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (sous la coord. de), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 630 p., pp. 67 à 152, p. 120.

108. Art. 18 de la loi du 23 mars 2019, qui est entré en vigueur le 1^{er} mai 2019, en vertu de l'article 38, al. 1^{er}, de ladite loi.

109. Chambre, *Doc. parl.*, « Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses », sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 344.

110. M. FALLON, « La dimension externe du Code des sociétés et des associations », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (sous la coord. de), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 630 p., pp. 67 à 152, p. 129.

111. *Ibid.*, p. 129.

112. Sous le titre « Motifs de refus de la reconnaissance ou de la déclaration de la force exécutoire », l'article 25 Code D.I.P. dispose : « § 1^{er}. Une décision judiciaire étrangère n'est ni reconnue ni déclarée exécutoire si : 1^o l'effet de la reconnaissance ou de la déclaration de la force exécutoire serait manifestement incompatible avec l'ordre public ; cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet ainsi produit ; 2^o les droits de la défense ont été violés ; 3^o la décision a été obtenue, en une matière où les personnes ne disposent pas librement de leurs droits, dans le seul but d'échapper à l'application du droit désigné par la présente loi ; 4^o sans préjudice de l'article 23, § 4, elle peut encore faire l'objet d'un recours ordinaire selon le droit de l'Etat dans lequel elle a été rendue ; 5^o elle est inconciliable avec une décision rendue en Belgique ou avec une décision rendue antérieurement à l'étranger et susceptible d'être reconnue en Belgique ; 6^o la demande a été introduite à l'étranger après l'introduction en Belgique d'une demande, encore pendante, entre les mêmes parties et sur le même objet ; 7^o les juridictions belges étaient seules compétentes pour connaître de la demande ; 8^o la compétence de la juridiction étrangère était fondée uniquement sur la présence du défendeur ou de biens sans relation directe avec le litige dans l'Etat dont relève cette juridiction ; ou 9^o la reconnaissance ou la déclaration de la force exécutoire se heurte à l'un des motifs de refus visés aux articles 39, 57, 72, 95, 115 et 121. § 2. En aucun cas, la décision judiciaire étrangère ne peut faire l'objet d'une révision au fond. »

113. Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.C.E.*, 20 décembre 2012, L351/1.

114. L'article 24.2. du règlement dispose que sont seules compétentes les juridictions ci-après d'un État membre, sans considération de domicile des parties : « 2) en matière de validité, de nullité ou de dissolution des sociétés ou personnes morales, ou de validité des décisions de leurs organes, les juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel celles-ci ont leur siège. Pour déterminer le siège, le juge applique les règles de son droit international privé ».



domaine matériel de l'article 24.2 du règlement vise la validité, la nullité ou la dissolution de la personne morale, ainsi que la validité des décisions de ses organes, ce qui ne recouvre pas nécessairement tout le domaine matériel de la *lex societatis*¹¹⁵. Il reste que l'application formelle de l'article 109 Code D.I.P. sera réduite du fait de l'application de l'article 24 du règlement à toute personne morale dont le « siège » est dans l'Union européenne (le siège étant entendu selon les critères de droit international privé du for). En effet, « devant une juridiction belge, le chef de compétence européen couvrira pratiquement toute personne morale ayant son siège statutaire en Belgique »¹¹⁶.

XI. Le transfert transfrontalier du siège statutaire

Une innovation complémentaire de la réforme du droit des sociétés réside dans l'adoption d'une procédure spécifique de transformation transfrontalière des sociétés organisant le maintien de la personnalité juridique, à l'occasion d'opération d'émigration et d'immigration. Les travaux préparatoires indiquent, en effet, que : « l'introduction de la doctrine du siège statutaire doit être envisagée en combinaison avec l'introduction d'une procédure de transformation transfrontalière (transfert du siège) dans le Code des sociétés et des associations ». Concrètement, le déplacement du siège statutaire d'un État à un autre « peut entraîner un changement de la *lex societatis* du point de vue des autorités belges, par exemple lorsqu'une personne morale déplacera ce siège vers la Belgique. En revanche, pour un État d'origine de siège réel, il n'y aura pas de changement de *lex societatis* si ce siège est resté dans cet État »¹¹⁷. Dans le langage du droit international privé, on vise l'hypothèse du conflit mobile¹¹⁸.

Les travaux préparatoires notent que le transfert transfrontalier du siège était déjà de « pratique courante¹¹⁹ » mais que celui-ci n'était pas couvert par un régime légal. Or, depuis l'arrêt Polbud évoqué précédemment le transfert du siège statutaire est protégé par le droit au libre établissement, même s'il s'opère sans transfert ou sans acquisition d'une quelconque activité économique¹²⁰. En sus, les sociétés peuvent aisément organiser un transfert transfrontalier indirect de leur siège en ayant recours à la fusion transfrontalière en se faisant absorber par une filiale établie à l'étranger¹²¹.

Sous l'influence du droit européen, le législateur belge a donc adopté une procédure spécifique de transformation transfrontalière « qui présente désormais l'avantage d'établir des règles claires, d'uniformiser les pratiques, et de fixer des mesures légales protectrices des créanciers et des actionnaires de la société migrante. »¹²² Ce faisant, le CSA anticipe sur la proposition de 14^e directive sur les transformations et fusions (dont il sera question ci-après).

L'article 112 du Code D.I.P., tel qu'amendé par la loi du 23 mars 2019, dispose : « Le transfert du siège statutaire d'une personne morale d'un État à un autre n'a lieu sans interruption de la personnalité qu'aux conditions auxquelles le permet le droit de ces États. En cas de transfert du siège statutaire sur le territoire d'un autre État, la personne morale est régie par le droit de cet État à partir du transfert. »¹²³.

Le législateur distingue les hypothèses de l'émigration et de l'immigration des sociétés¹²⁴. Le principe de la continuité de la personnalité juridique est consacré¹²⁵. Le transfert de siège n'est pas autorisé tant que la société est soumise à une procédure d'insolvabilité¹²⁶, ce qui vise à éviter la pratique du *law shopping* en période de difficultés financières graves, au détriment des créanciers. L'opération de transfert doit être approuvée par une assemblée générale statuant à

115. M. FALLON, « La dimension externe du Code des sociétés et des associations », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (sous la coord. de), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 630 p., pp. 67 à 152, p. 133.

116. *Ibid.*, p. 134.

117. M. FALLON, « L'attractivité internationale comme moteur des projets de loi sur la BIBC et sur le futur Code des sociétés et associations au regard du droit international privé », *R.D.C.*, 2019, pp. 7 à 51, p. 23, et note 60.

118. Dans la doctrine française : « Le transfert du siège social à l'étranger implique le changement de *lex societatis* et de nationalité en ce qui concerne les États qui, comme la France, retiennent le critère du siège social pour la loi applicable à la société et la nationalité. Selon le droit international privé, il s'agit d'un conflit mobile. » J.-B. RACINE et F. SIIRIÄINEN, *Droit du commerce international*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2018, 496 p., p. 93.

119. Chambre, *Doc. parl.*, « Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses », sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 324.

120. *Ibid.*, p. 324. Voir : I. CORBISIER, « Arrêt 'Polbud' : la consécration de la possibilité d'un principe inconditionnel de libre mobilité », *J.D.E.*, 2018, pp. 135 à 137 ; M. FALLON et E.-J. NAVEZ, « La transformation transfrontalière d'une société par transfert du siège statutaire après l'arrêt Polbud », *Rev. prat. soc. - T.R.V.*, 2018, pp. 349 à 385.

121. Chambre, *Doc. parl.*, « Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses », sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 324.

122. E.-J. NAVEZ et H. CULOT, « Les réorganisations de personnes morale. Présentation des principales innovations du CSA », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (sous la coord. de), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 630 p., pp. 423 à 552, p. 445.

123. Ainsi modifié par l'article 16 de la loi du 23 mars 2019, qui entre en vigueur le 1^{er} mai 2019, en vertu de l'article 38 de ladite loi.

124. Art. 14:15, al. 1^{er} et 2, CSA : « La section 2 du présent chapitre s'applique à toutes les sociétés dotées de la personnalité juridique régie par le présent code qui veulent transférer leur siège à l'étranger (émigration), à l'exception de la SE et de la SCE. La section 3 du présent chapitre est applicable à toutes les sociétés régies par un droit étranger dotées de la personnalité juridique qui veulent transférer leur siège en Belgique (immigration), à l'exception de la SE et de la SCE. »

125. Art. 14:16 CSA : « Lorsqu'une société transfère son siège statutaire à l'étranger, elle se transforme en une forme légale de la juridiction vers laquelle elle déplace son siège, en préservant la continuité de sa personnalité juridique. »

126. Art. 14:17 CSA : « La transformation transfrontalière n'est pas autorisée tant que la société à transformer est soumise à une procédure d'insolvabilité. »



la majorité de 80 % des voix et requiert l'intervention d'un notaire¹²⁷.

(i) Dans l'hypothèse de l'émigration, les formalités précédant la décision de transformation transfrontalière incluent l'établissement d'un projet de transformation transfrontalière par le conseil d'administration¹²⁸. Ce projet est déposé au greffe du tribunal de l'entreprise et publié au *Moniteur belge*¹²⁹. Dans les deux mois de la publication, les créanciers ont le droit d'exiger une sûreté ou toute autre garantie pour leurs créances¹³⁰. Le créancier s'adresse à la société et au notaire mentionné dans le projet¹³¹. Le président du tribunal de l'entreprise du siège de la société débitrice, siégeant en référé, est compétent en cas de désaccord¹³². Ensuite, l'organe d'administration expose le projet de transformation transfrontalière, ses motifs et conséquences juridiques et économiques, ainsi que ses conséquences pour les actionnaires, créanciers et travailleurs dans un rapport à l'assemblée générale appelée à statuer sur la décision de transformation¹³³. Au rapport est joint une situation active et passive de la société ne datant pas de plus de quatre mois avant l'assemblée¹³⁴. Un professionnel du chiffre (un commissaire, réviseur d'entreprise ou expert-comptable) intervient également¹³⁵. Après l'expiration du délai de deux mois prévu en faveur des créanciers, l'assemblée générale se prononce¹³⁶. La moitié du capital ou des actions doit être présente ou représentée¹³⁷. La proposition de transformation n'est acceptée que si elle recueille quatre cinquièmes des voix, sous réserve de dispositions statutaires plus rigoureuses et de ce qui suit¹³⁸. L'accord de tous les actionnaires (et non plus de quatre cinquième) est requis pour une décision de transformation transfrontalière en une société où un ou plusieurs actionnaires répondent de manière illimitée des dettes de la société ou pour une décision de transformation transfrontalière d'une société où un ou plusieurs actionnaires répondent de manière illimitée

des dettes de la société ou si la société n'existe pas depuis deux ans au moins ou si les statuts prévoient qu'elle ne pourra adopter une autre forme légale¹³⁹. La transformation transfrontalière est constatée par un acte notarié¹⁴⁰. Le notaire ne peut délivrer un certificat attestant l'accomplissement des formalités préalables à la décision de transformation transfrontalière que pour autant que les créanciers ayant fait valoir leurs droits aient obtenu satisfaction¹⁴¹. La société peut être radiée du registre belge des personnes morales si elle peut apporter la preuve de son immatriculation au registre pertinent du pays dans lequel elle transfère son siège et sur présentation du certificat délivré par le notaire¹⁴². La transformation prend effet à la date de la radiation, qui est publiée¹⁴³.

(ii) En ce qui concerne l'immigration, la transformation transfrontalière d'une société étrangère en une société régie par le droit belge est constatée dans un acte authentique, sur présentation de pièces attestant que la société a respecté les prescriptions étrangères applicables en la matière¹⁴⁴. L'acte de transformation et les statuts sont déposés et publiés¹⁴⁵. La transformation prend effet à dater de l'immatriculation de la société dans le registre des personnes morales belge¹⁴⁶. La société qui se transforme dépose à la Banque Nationale de Belgique un état résumant sa situation active et passive qui reflète sa situation patrimoniale au moment de la transformation¹⁴⁷. Si cet état n'a pas été déposé, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette omission¹⁴⁸.

XII. Les nouveautés en matière de fusions et scissions transfrontalières

La réforme commentée ne modifie pas fondamentalement le droit antérieur en matière de fusions

127. Chambre, *Doc. parl.*, « Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses », sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 324.

128. Art. 14:18 CSA.

129. Art. 14:19, al. 1^{er}, CSA.

130. Art. 14:19, al. 1^{er}, CSA.

131. Art. 14:19, al. 2, CSA.

132. Art. 14:19, al. 4, CSA.

133. Art. 14:20 CSA.

134. Art. 14:21, al. 1^{er}, CSA.

135. Art. 14:21, al. 2, CSA.

136. Art. 14:23 CSA.

137. Art. 14:24, § 1^{er}, 1^o, CSA.

138. Art. 14:24, § 1^{er}, 2^o, CSA.

139. Art. 14:24, § 4, 1^o à 4^o, CSA.

140. Art. 14:25 CSA.

141. Art. 14:26 CSA.

142. Art. 14:27, al. 1^{er}, CSA. « Ce certificat de légalité notarié occupe un rôle central dans la procédure de transformation, puisque son établissement conditionne la radiation de la société du registre belge des personnes morales, laquelle permet à la transformation de sortir ses effets. [...] Le cas échéant, le certificat notarié sera également requis par l'autorité compétente de l'Etat d'immigration, pour prouver l'accomplissement régulier des formalités d'émigration, et permettre ainsi la nouvelle immatriculation. » E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 112, Bruxelles, Larcier, 2019, 397 p., p. 357.

143. Art. 14:27, al. 2 et 3, CSA.

144. Art. 14:28, al. 1^{er}, CSA.

145. Art. 14:28, al. 2, CSA.

146. Art. 14:29 CSA.

147. Art. 14:30, al. 1^{er}, CSA.

148. Art. 14:30, al. 3, CSA.



transfrontalières. Elle innove, par contre, dans le domaine des scissions transfrontalières¹⁴⁹.

La directive 2005/56/CE sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux avait été transposée en droit belge par une loi du 8 juin 2008 portant des dispositions diverses¹⁵⁰. Cette loi avait introduit dans le Code des sociétés un nouveau titre relatif aux « Règles spécifiques concernant les fusions transfrontalières et opérations assimilées. » Ces règles concernent les fusions transfrontalières et non les scissions transfrontalières¹⁵¹. Aucune règle n'existait dans le Code des sociétés concernant les scissions transfrontalières, ce qui a pu créer de l'insécurité juridique quant à la validité et aux modalités pratiques de cette technique de réorganisation. En dépit de l'absence de régime juridique, la doctrine considérait qu'une scission transfrontalière pouvait être réalisée sur la base de la liberté d'établissement consacrée dans le droit primaire européen (art. 49 et 54 TFUE), telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne¹⁵² et ce, dans le respect des règles matérielles et de droit international privé des différentes législations en présence.¹⁵³ Par ailleurs, la législation fiscale reconnaissait la scission transfrontalière – à tout le moins intra-européenne – en lui octroyant le bénéfice d'un régime de neutralité fiscale¹⁵⁴. Si la validité de principe et le régime fiscal de la scission transfrontalière n'étaient pas discutés, le cadre réglementaire faisait défaut. La réforme commentée comble ce vide juridique. Le CSA confirme désormais la possibilité pour une société belge « d'appliquer de manière transfrontalière la procédure de scission avec une (ou plusieurs) société étrangère, que celle-ci soit la société scindée ou l'une des sociétés bénéficiaires »¹⁵⁵.

Les règles de base sont désormais énoncées aux articles 12:73 (« La scission par absorption peut également être appliquée si une ou plusieurs des sociétés participant à la scission sont régies par un droit étranger ») et 12:90 (« La scission par constitution de nouvelles sociétés peut également être appliquée si une ou plusieurs des sociétés participant à la scission sont régies par un droit étranger »). La scission transfrontalière par absorption ou par constitution d'une nouvelle société est réalisable à la double condition que : – le droit applicable à la société étrangère reconnaisse la validité et les effets juridiques d'une scission transfrontalière avec une société de droit belge ; – chaque société participant à la scission satisfasse aux dispositions et formalités de la législation nationale qui lui est applicables, ainsi qu'à ses titulaires de titres, organes d'administration et de contrôle, travailleurs et créanciers¹⁵⁶. Les articles 12:73 et 12:90 du CSA exigent donc que chaque société participant à la scission satisfasse aux dispositions et formalités de la loi nationale qui lui est applicable, « ce qui revient à consacrer le principe de l'application distributive des lois en présence »¹⁵⁷. Hormis les règles prévues aux articles 12:73 et 12:90 du CSA, la scission transfrontalière suit les règles prévues pour les scissions internes, sans bénéficier d'un régime propre (contrairement à ce qui se présente pour les fusions transfrontalières)¹⁵⁸.

Sur la base des travaux préparatoires, on peut noter que par exception à l'application distributive de la *lex societatis* des sociétés impliquées dans l'opération « certaines dispositions exigeront, de par leur nature, une application cumulative. Il conviendra en particulier d'être attentif aux dispositions belges

149. Voir E.-J. NAVEZ et H. CULOT, « Les réorganisations de personnes morale. Présentation des principales innovations du CSA », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (sous la coord. de), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 630 p., pp. 423 à 552, pp. 429 à 435.

150. Le titre Vbis « Règles spécifiques concernant les fusions transfrontalières et opérations assimilées » a été inséré au livre XI « Restructuration de sociétés » du Code des sociétés par l'article 77 de la loi du 8 juin 2008 portant des dispositions diverses (I), *M.B.*, 16 juin 2008, p. 30529.

151. Sur les fusions transfrontalières, voir notamment : J.-A. DELCORDE et T. TILQUIN, « La fusion transfrontalière de sociétés de capitaux en droit belge après la transposition de la directive 2005/56/CE », *Rev. prat. soc.*, 2009, pp. 7 à 100.

152. E.-J. NAVEZ et H. CULOT, « Les réorganisations de personnes morale. Présentation des principales innovations du CSA », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (sous la coord. de), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 630 p., pp. 423 à 552, p. 430.

153. *Ibid.*, pp. 430 et 431.

154. *Ibid.*, p. 431, citant l'article 211 C.I.R. (Code de l'impôt sur les revenus).

155. *Ibid.*, p. 431.

156. *Ibid.*, p. 431. Sur la base des articles 12:73 et 12:90.

157. *Ibid.*, p. 432.

158. Les spécificités propres à la scission transfrontalière sont les suivantes, en résumé : « a) A l'instar de ce qui prévaut en matière de fusion transfrontalière, le CSA confie au notaire instrumentant le rôle d'attester de la légalité de l'opération vis-à-vis de toutes les sociétés régies par le droit belge. Plus spécialement, le notaire est appelé, à la demande de la société intéressée, à attester 'de façon incontestable l'accomplissement correct des actes et formalités préalables à la scission'. Cette attestation ne peut être délivrée tant que les créanciers de la société qui auraient exigé une sûreté, conformément à l'article 12:15 CSA, n'auront pas obtenu satisfaction, ou que leur demande n'aura pas été rejetée par une décision judiciaire exécutoire (art. 12:73, § 3 et 12:90, § 3, CSA). Certains créanciers sociaux sont en effet fondés à demander une telle sûreté dès que le projet de scission est déposé au greffe du tribunal de l'entreprise, et jusqu'à deux mois après la publication de l'acte de scission aux Annexes du Moniteur belge. La demande de sûreté formulée par un créancier affecte donc la scission transfrontalière d'une condition suspensive. Si leurs revendications ne sont pas prises en considération par la société concernée, les créanciers disposent d'une faculté de compliquer et/ou de retarder sensiblement la réalisation de l'opération. b) La décision de scission doit être approuvée à l'unanimité des actionnaires d'une société qui sont ou qui deviendront indéfiniment responsables des dettes d'une autre société participant à l'opération (art. 12:73, § 2 et 12:90, § 2, CSA). c) En ce qui concerne la prise d'effet de la scission transfrontalière, une distinction doit être opérée, selon que (i) une ou plusieurs sociétés bénéficiaires sont régies par le droit belge, ou que (ii) seule la société scindée est régie par le droit belge. Lorsqu'au moins une société bénéficiaire est régie par le droit belge, la scission transfrontalière prend effet à la date à laquelle le notaire instrumentant aura – à la requête des sociétés participantes, et sur production par chacune d'elles du certificat de légalité et des autres documents justificatifs – constaté la réalisation de la scission et – dans l'hypothèse d'une scission par constitution de nouvelles sociétés – la constitution des nouvelles sociétés. En toute état de cause, la prise d'effet ne peut intervenir qu'au moment où les décisions concordantes de scission sont adoptées par les différentes sociétés concernées, conformément à la *lex societatis* qui leur est applicable. Lorsque seule la société scindée est régie par le droit belge, la date de prise d'effet de la scission transfrontalière est régie par le droit applicable aux sociétés bénéficiaires. Le CSA exige néanmoins, en ce qui concerne la scission par absorption, que les différentes sociétés participant à l'opération aient adopté des décisions de scission concordantes (art. 12:73, § 5, CSA). En outre, la prise d'effet ne peut intervenir qu'après la délivrance du certificat de légalité notarié. Cela implique donc que les intérêts des créanciers sont, dans cette hypothèse, également pris en considération. » E.-J. NAVEZ et H. CULOT, « Les réorganisations de personnes morale. Présentation des principales innovations du CSA », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (sous la coord. de), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 630 p., p. 423 et 552, pp. 433 et 434.



visant à protéger les porteurs de titres, les travailleurs et les créanciers. Ainsi, un créancier d'une société belge scindée pourra, conformément à l'article 12:15, exiger une sûreté de la société bénéficiaire étrangère si les conditions prévues à cet article sont remplies. De même, le régime de responsabilité spécifique aux scissions, prévu à l'article 12:17, pourra être applicable à une société étrangère. Et, une société bénéficiaire étrangère sera solidairement tenue des dettes transférées à une autre société bénéficiaire si les conditions prévues à cet article sont remplies »¹⁵⁹. En outre, les travaux préparatoires précisent que les sociétés étrangères seront tenues de collaborer à la réalisation des formalités permettant de rendre la scission transfrontalière opposable aux tiers, à savoir le dépôt au greffe du tribunal de l'entreprise et la publication au *Moniteur belge* d'un extrait des actes constatant les décisions de scission¹⁶⁰. Selon des premiers commentaires : « Il semble donc que le législateur belge ait l'intention d'appliquer les dispositions de droit interne belge, protectrices des intérêts des tiers, aux sociétés de droit étranger, à titre de loi de police. »¹⁶¹.

En consacrant la scission transfrontalière dans le nouveau Code, le législateur belge anticipe l'adoption de la proposition de directive concernant les transformations, fusions et scissions transfrontalières¹⁶², laquelle, pour le dire brièvement, entend protéger les droits et les intérêts des associés minoritaires, des créanciers et des travailleurs, et entend empêcher que ces procédures soient utilisées dans le cadre de montages artificiels en vue d'obtenir des avantages fiscaux indus, comme nous le verrons ci-après.

XIII. Le *Company Law Package*

On l'a évoqué, le 25 avril 2018, la Commission européenne a proposé une nouvelle directive en matière de mobilité transfrontalière des sociétés. Plus précisément, il s'agit d'un « *package* » de propositions comprenant deux directives. Ce « *Company Law Package* » contient, en premier lieu, une proposition de directive harmonisant la mobilité transfrontalière des sociétés sous forme de transformation (ce qui désigne le transfert de siège), de fusion ou de scission et, en

second lieu, une proposition portant sur l'utilisation d'outils et de processus numériques visant au premier chef l'immatriculation en ligne des sociétés¹⁶³. La première proposition¹⁶⁴ (dont il sera, ici, question) constitue le prolongement de la directive du 26 octobre 2005 (modifiée en 2017) sur les fusions transfrontalières. Elle offre un cadre harmonisé à la mobilité transfrontalière par des dispositions protectrices des parties en présence – associés minoritaires, créanciers et travailleurs – et par l'unification du processus de réalisation de l'opération transfrontalière.

Cette proposition de directive possède un champ d'application restrictif. En effet, les sociétés pouvant être transformées, scindées ou fusionnées de manière transfrontalière, selon les termes de la directive, sont les « sociétés de capitaux », telles qu'énumérées à l'annexe II de la directive 2017/1132/UE, à l'exclusion d'autres types de sociétés. Cette approche a fait l'objet de critiques à l'instar de celles formulées par Jessica SCHMIDT qui plaide pour que la liberté d'établissement – et donc la liberté de fusionner, de scinder ou de transférer son siège social – bénéficie non seulement aux sociétés de capitaux mais également à toutes les entités juridiques au sens de l'article 54 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Par conséquent, le législateur européen devrait, selon elle, octroyer un cadre clair et sécurisant à toutes ces entités afin de leur permettre d'exercer effectivement leur liberté d'établissement, en effectuant des fusions, scissions et transformations transfrontalières¹⁶⁵. D'ailleurs, les sociétés de capitaux visées doivent, assez logiquement, être constituées conformément à la législation d'un État membre et avoir leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union européenne, conformément aux critères de l'article 54 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

La principale particularité de la nouvelle proposition est d'offrir, au niveau européen, un régime de protection harmonisé – et renforcé – aux créanciers, associés minoritaires et salariés dans les opérations de fusion, scission et transformations transfrontalières. L'essentiel de ce régime est le suivant.

159. Chambre, *Doc. parl.*, « Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses », sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 310.

160. *Ibid.*, p. 310.

161. E.-J. NAVEZ et H. CULOT, « Les réorganisations de personnes morale. Présentation des principales innovations du CSA », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (sous la coord. de), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 630 p., pp. 423 à 552, p. 433.

162. COMMISSION EUROPÉENNE, « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières », COM (2018) 241 final, 2018/0114, Bruxelles, 25 avril 2018, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF\(lien abrégé\), site accédé le 25 juillet 2019](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF(lien abrégé), site accédé le 25 juillet 2019).

163. COMMISSION EUROPÉENNE, « Droit des sociétés : la Commission propose de nouvelles règles pour aider les entreprises à traverser les frontières et à trouver des solutions en lignes », Communiqué de presse, Bruxelles, 25 avril 2018, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3508_fr.htm, site accédé le 25 juillet 2019.

164. COMMISSION EUROPÉENNE, « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières », COM (2018) 241 final, 2018/0114, Bruxelles, 25 avril 2018, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF\(lien abrégé\), site accédé le 25 juillet 2019](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF(lien abrégé), site accédé le 25 juillet 2019).

165. « The crucial point is that freedom of establishment – and thus the freedom to merge, divide and convert – is enjoyed not only by limited liability companies, but by all legal entities within the meaning of art. 54 TFEU; consequently, the EU legislator should provide a clear and secure EU legal framework for all of these legal entities to effectively exercise their freedom of establishment by carrying out cross-border mergers, divisions and conversions. It can hardly be denied that there is a real practical and economic need for this. » J. SCHMIDT, « Cross-border Mergers, Divisions and Conversions : Accomplishments and Deficits of the Company Law Package », *European Company and Financial Law Review*, 2019, 1 et 2, pp. 222 à 271, p. 230.



(i) La proposition de directive met en place un droit de sortie des associés minoritaires¹⁶⁶. Ainsi, les associés qui n'ont pas voté pour l'approbation du projet de transformation, fusion ou scission transfrontalière, ou les associés détenant des actions sans droit de vote, ont le droit de céder leurs actions. Les associés qui ne souhaitent pas participer à l'opération de mobilité transfrontalière ne peuvent donc être contraints à rester dans la société. Les actions des associés exerçant ce droit de retrait sont cédées en contrepartie d'une soule égale à la valeur des actions.

(ii) S'agissant de la protection des créanciers, la proposition de directive autorise les États membres à exiger que l'organe de direction ou d'administration de la société transformée, fusionnée ou scindée fournisse une « déclaration reflétant fidèlement la situation financière de la société »¹⁶⁷. Cette déclaration doit établir que « sur la base des informations dont dispose l'organe de direction ou d'administration de la société à la date de la déclaration, et après avoir fait des recherches raisonnables, l'organe de direction ou d'administration n'a connaissance d'aucune raison pour laquelle la société, une fois que [l'opération de mobilité transfrontalière] aura pris effet, ne serait pas en mesure de s'acquitter de ses engagements à l'échéance »¹⁶⁸. Les créanciers qui ne sont pas satisfaits de la protection de leurs intérêts telle qu'elle est prévue dans le projet de transformation/fusion/scission peuvent demander des garanties adéquates à l'autorité administrative ou judiciaire compétente, dans le mois qui suit la publication du projet¹⁶⁹. Dans le cas des scissions, un mécanisme de solidarité est prévu au profit des créanciers, étant entendu que le montant maximal de la responsabilité conjointe et solidaire de toute société concernée par la scission « est limitée à la valeur, à la date à laquelle la scission prend effet, des actifs nets attribués à cette société »¹⁷⁰.

(iii) Quant aux règles relatives à la protection des salariés, elles sont directement inspirées de celles existant en matière de fusion transfrontalière et de société européenne¹⁷¹. Le but de ces dispositions est « de préserver les droits acquis des salariés à un régime de participation »¹⁷². Des règles sont prévues afin de préserver, s'il y a lieu, le régime de participation des travailleurs existant avant l'opération de mobilité transfrontalière. C'est le cas si les règles de participation des travailleurs de l'État membre de destination ne prévoient pas au moins le même niveau de participation avant l'opération. C'est aussi le cas lorsque la société qui transfère son siège ou qui est scindée employait, pendant les six mois avant la publication du projet de l'opération, un nombre moyen de travailleurs équivalent aux 4/5 du seuil fixé par l'État membre de départ pour déclencher le régime de participation¹⁷³. La société devra alors entamer des négociations avec les travailleurs pour déterminer leur participation après l'opération de mobilité transfrontalière. Ces négociations « seront obligatoires et devront aboutir soit à un arrangement négocié réglementant la participation des travailleurs, ou, si aucun accord n'est conclu dans les 6 mois, à l'application des règles standard de participation des travailleurs fixées dans l'Annexe à la directive 2001/86/CE [...] »¹⁷⁴.

(iv) Sans entrer dans la description des procédures de mobilité transfrontalière, on notera l'existence d'une disposition anti-abus, qui soulève des commentaires en sens divers. À l'article 86*quater*, 3, de la proposition concernant les « conditions applicables aux transformations transfrontalières » on lit : « Les États membres veillent à ce que l'autorité compétente de l'État membre de départ n'autorise pas la transformation transfrontalière lorsqu'elle constate, après examen du cas d'espèce et compte tenu de tous les faits et circonstances pertinents, qu'elle constitue un montage artificiel visant à obtenir des avantages

166. COMMISSION EUROPÉENNE, « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières », COM (2018) 241 final, 2018/0114, Bruxelles, 25 avril 2018, article 86*undecies* (transformations), article 126*bis* (fusions) et article 160*terdecies* (scissions), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF> (lien abrégé), site accédé le 25 juillet 2019.

167. COMMISSION EUROPÉENNE, « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières », COM (2018) 241 final, 2018/0114, Bruxelles, 25 avril 2018, article 86*duodecies* (transformations), article 126*ter* (fusions) et article 160*quaterdecies* (scissions), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF> (lien abrégé), site accédé le 25 juillet 2019.

168. *Ibid.*

169. *Ibid.*

170. COMMISSION EUROPÉENNE, « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières », COM (2018) 241 final, 2018/0114, Bruxelles, 25 avril 2018, article 160*quaterdecies*, 4, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF> (lien abrégé), site accédé le 25 juillet 2019.

171. N. LONGOBARDO et C. COMBEAU, « La proposition de directive du 25 avril 2018 : un texte attendu pour la mobilité transfrontalière des sociétés ! », *Revue OFIS*, février 2019, www.pantheonsorbonne.fr/fileadmin (lien abrégé), site accédé le 10 septembre 2019.

172. *Ibid.*

173. COMMISSION EUROPÉENNE, « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières », COM (2018) 241 final, 2018/0114, Bruxelles, 25 avril 2018, article 86*terdecies* (transformations), et article 160*quindecies* (scissions), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF> (lien abrégé), site accédé le 25 juillet 2019.

174. COMMISSION EUROPÉENNE, « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières », COM (2018) 241 final, 2018/0114, Bruxelles, 25 avril 2018, exposé des motifs, p. 27, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF> (lien abrégé), site accédé le 25 juillet 2019. La directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs (J.O.C.E., 10 novembre 2001, L294/22) contient une annexe composée de trois parties. La partie 1 porte sur la composition de l'organe de représentation des travailleurs, la partie 2 porte sur les dispositions de référence pour l'information et la consultation, et la partie 3 sur les dispositions de référence pour la participation.



fiscaux indus ou à porter indument atteinte aux droits légaux ou contractuels des travailleurs, des créanciers ou des associés minoritaires. »¹⁷⁵ La disposition est selon certains « hautement problématique »¹⁷⁶ pour plusieurs raisons. La première est le caractère relativement vague des notions utilisées (« montage artificiel », « avantages fiscaux indus », « porter indument atteinte »)¹⁷⁷. La seconde est que le contrôle entraîne une prolongation, dans la durée, et un alourdissement de la procédure de mobilité transfrontalière¹⁷⁸. La troisième constate une instrumentalisation de l'expert indépendant supposé donner son opinion sur l'opération au cours de la procédure¹⁷⁹. En quatrième lieu, il y a lieu de se demander si la nouvelle disposition anti-abus est bien raisonnable et proportionnée¹⁸⁰. Cinquièmement, il est constaté que la nouvelle disposition s'applique aux transformations et scissions transfrontalières, et non aux fusions transfrontalières¹⁸¹. Hormis ce cinquième point (qui souligne une faiblesse du dispositif législatif), les raisons avancées à l'encontre de la disposition anti-abus ne suffisent pas, selon nous, à enlever toute légitimité à cette disposition. Elle peut être vague, elle peut avoir pour effet de rallonger et alourdir la procédure, elle peut elle-même faire l'objet d'abus, mais elle garde sa pertinence, selon nous. À défaut, les opérations de mobilité transfrontalière échapperaient à tout contrôle, même dans les cas extrêmes. L'équilibre entre le contrôle et la liberté est toujours difficile à fixer.

XIV. Conclusions

À l'issue de cette description de la réforme du droit international privé des sociétés, force est de constater que la Belgique s'est dotée d'un régime formaliste d'incorporation avec en point d'orgue le choix du siège statutaire comme nouveau critère de *lex societatis*. La mobilité des sociétés (immigration et émigration) est adaptée en conséquence. Cette option législative s'analyse comme étant la conséquence d'un double mouvement.

Le premier est juridique : il s'agit de faire évoluer la mobilité des sociétés et le droit des restructurations sociétaires transfrontières, dans un sens préconisé par la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne ainsi que par la Commission européenne.

Le second est plus politique puisqu'il s'agit de « vendre » une législation attractive aux « consommateurs » de normes que sont les entreprises. D'aucuns ont identifié cette tendance comme relevant du « *marketing* juridique »¹⁸² théorisée notamment par Pierre DE MONTALIVET¹⁸³.

Dans ce contexte, il conviendra d'être particulièrement attentif à ce que les effets bénéfiques d'une telle réforme ne ruissèlent pas uniquement sur la tête des actionnaires et des dirigeants de sociétés, mais qu'ils profitent également aux autres parties prenantes de l'entreprise, au premier rang desquels les travailleurs.

175. COMMISSION EUROPÉENNE, « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières », COM (2018) 241 final, 2018/0114, Bruxelles, 25 avril 2018, article 86*quater*, 3, (transformations), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF> (lien abrégé), site accédé le 25 juillet 2019. Voir aussi pour les scissions transfrontalières, l'article 160*quinquies*, 3.

176. J. SCHMIDT, « Cross-border Mergers, Divisions and Conversions : Accomplishments and Deficits of the Company Law Package », *European Company and Financial Law Review*, 2019, 1 et 2, pp. 222 à 271, p. 238.

177. *Ibid.*, p. 238.

178. *Ibid.*, p. 239.

179. *Ibid.*, p. 239.

180. *Ibid.*, p. 240.

181. *Ibid.*, p. 240.

182. E.-J. NAVEZ, « Le droit comme 'produit' et le marketing juridique. L'exemple du Code des sociétés et des associations », *Rev. prat. soc. - T.R.V.*, 2019, n° 6, p. 583.

183. P. DE MONTALIVET, « Le marketing du droit », in *Droit et Marché*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 127 à 143.

