

QUELQUES RÉFLEXIONS
SUR LA *LEX SOCIETATIS* DANS LE CODE
DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

CHAPITRE I. — Introduction (1)

1. — Le code de droit international privé, entré en vigueur le 1^{er} octobre 2004 (2), comporte un chapitre X consacré aux personnes morales. Ce chapitre n'apporte que peu d'innovations au régime international des personnes morales (3). Le nouveau texte confirme en effet la plupart des solutions déjà retenues auparavant (4), innovant plus sur la forme — le code possède l'avantage

(1) L'auteur remercie M. Peter Baert, avocat au barreau de Bruxelles, pour ses précieux conseils. Les erreurs et omissions demeurent celles de l'auteur.

(2) Loi du 16 juillet 2004 portant le code de droit international privé, *Mon. b.*, 27 juillet 2004, p. 57.344. On trouvera de précieux renseignements sur les dispositions du code dans les documents suivants : l'exposé des motifs accompagnant la proposition de loi (proposition de loi portant le code de droit international privé, 1^{er} juillet 2003, *Doc. Parl.*, sénat, SO 2003, n° 3-27/1, ci-après 'Proposition de loi') et le rapport fait au nom de la commission de la justice du sénat par M^{me} Nyssens et M. Willems (20 avril 2004, *Doc. Parl.*, sénat, SO 2003, n° 3-27/7, ci-après 'Rapport').

(3) Pour des commentaires généraux du code, on consultera, outre deux ouvrages majeurs (J. ERAUW, M. FALLON et al. (éds.), *Le code de droit international privé commenté*, 2006, Bruylant/Intersentia, 722 pp. et F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 2005, Bruxelles, Larcier, 1038 pp.), les études suivantes : H. BOULARBAH (dir.), «Le nouveau droit international privé belge», *J.T.*, 2005, pp. 173 et s.; L. BARNICH, «Présentation du nouveau code belge de droit international privé», *Rev. not.*, 2005, pp. 6 et s.; J.-Y. CARLIER, «Le code belge de droit international privé», *R.C.D.I.P.*, 2005, pp. 11-45; J. ERAUW, «Het vernieuwde internationaal privaatrecht van België wordt van kracht», *R.W.*, 2004-2005, pp. 121 et s.; S. FRANCO, «Das Belgische IPR-Gesetzbuch», *RabelsZ.*, 2006, pp. 234-278; T. KRUGER, «Het nieuwe Belgische IPR», in *Recht in beweging. 12^{de} VRG-Alumnidag*, 2005, Anvers, Maklu, pp. 83-106; A. VAN GEEL (et N. LABEEUW), «Het Wetboek van Internationaal Privaatrecht : de verwachte (r)evolutie ... of toch niet helemaal?», *Nieuwsbrief notariaat*, 2004, n°s 17-18, pp. 1-9, n° 19, pp. 1-8 et n° 20, pp. 1-8; H. VAN HOUTTE et J. VERLINDEN, «Het Wetboek van internationaal privaatrecht — een inleiding», in *Internationaal privaatrecht*, H. VAN HOUTTE (éd.), Themis n° 28, 2005, Die Keure, pp. 7-16 et les autres contributions rassemblées dans ce cahier ainsi que N. WATTÉ et C. BARBÉ, «Le nouveau droit international privé belge. Etude critique des fondements des règles de conflit de lois», *J.D.I.*, 2006, pp. 851-927.

(4) Ce qu'on a d'ailleurs déjà pu reprocher au législateur, voy. R. PRIOUX, «Les sociétés étrangères dans le code des sociétés : une occasion manquée», *J.T.*,

de fournir aux praticiens des règles précises s'insérant dans un ensemble cohérent — que sur le fond. L'on notera d'ailleurs que le code laisse intactes certaines dispositions du titre I^{er} du livre IV du code des sociétés avec lesquelles il faudra continuer à compter (5).

2. — S'il adopte une formulation plus ouverte qui mérite réflexion, l'article 110 du code de droit international privé consacré — comme les textes qui l'ont précédé — la théorie du siège réel. Cet apparent conservatisme contraste fortement avec l'importante remise en question qu'a subie ces dernières années cette théorie. Les attaques se sont en effet récemment multipliées contre cette doctrine — au point que des voix se sont élevées en Allemagne, où était pourtant en vigueur une des versions les plus strictes de la doctrine, pour proposer d'abandonner le rattachement au siège réel au profit de la loi de l'incorporation (6).

Pour permettre d'apercevoir pleinement les conséquences du choix apparemment surprenant posé par le législateur belge, il convient dans un premier temps de revenir sur les fulgurants développements du cadre européen et en particulier sur les limites que ce cadre impose aux législateurs nationaux dans l'appréhension des sociétés 'étrangères' (Chapitre III, Section 1). Une fois ceci fait, il sera possible d'examiner s'il n'aurait pas été opportun, compte tenu de ces limites et de la tendance récente du droit comparé, de préférer à l'approche 'réaliste' des sociétés en droit international privé belge, une méthode fondée sur l'application du droit de l'Etat d'incorporation, nuancée au besoin par les éventuels correctifs comparables à ceux mis en place notamment par les législateurs suisse et italien. Pour ce faire l'on confrontera les vertus de cette approche avec la nouvelle formulation de la *lex societatis* proposée par le législateur

2003, pp. 17-24, spéc. pp. 23-24 et P. JEHASSE, *Manuel de la liquidation*, Kluwer, 2004, n° 84, p. 63. Voy. aussi l'aperçu synthétique des dispositions du code qu'on doit à D. VAN GERVEN, «Kroniek Vennootschapsrecht 2003-2004», *T.R.V.*, 2004, (p. 554), pp. 562-563.

(5) A savoir les articles 57 à 59, 81 à 89 et 107 du code des sociétés.

(6) Voy. le projet de règlement européen proposé par le *Deutscher Rat für internationale Privatrecht*, avec les commentaires de H. J. SONNENBERGER et F. BAUER, «Vorschlag des Deutschen Rates für internationale Privatrecht für eine Regelung des internationalen Gesellschaftsrechts auf europäischer/nationaler Ebene», *R.I.W.*, 2006, annexe au numéro 4, 24 pp.

belge pour déterminer si et dans quelle mesure celle-ci permet de rencontrer certaines des critiques à laquelle s'expose la théorie du siège réel (Chapitre III, Section 2). Sauf à priver le lecteur d'une partie essentielle de l'information, l'on ne saurait faire l'impasse sur les règles de compétence internationale que consacrer par ailleurs le code (Chapitre II).

3. — Avant d'entrer dans le vif du sujet, il importe de préciser que les dispositions du chapitre X s'appliquent à toutes les personnes morales, à savoir non seulement les sociétés commerciales, mais aussi les sociétés civiles, les associations comme les associations sans but lucratif ou encore les fondations ou les groupements d'intérêt économique (7) (8).

Comme l'indique l'exposé des motifs qui accompagnait la proposition de code de droit international privé, les groupements dépourvus de personnalité juridique demeurent soumis aux règles relatives aux obligations contractuelles (9). Cette question mériterait à elle seule une étude approfondie. Il n'est en effet pas certain que la référence à la *lex contractus* suffise à épuiser la question de la loi applicable aux sociétés dépourvues de personnalité juridique.

Par facilité, le présent commentaire prendra principalement appui sur la situation des sociétés commerciales.

(7) Voy. Proposition de loi, p. 129 qui vise « l'ensemble des personnes morales [et]... donc aussi les sociétés civiles et les associations ». Une doctrine récente a montré que l'application aux associations de la *lex societatis* constituait une solution plausible, même si elle ne permettait pas de résoudre l'ensemble des questions que peut poser l'exercice par une association d'une activité internationale (S. GILCART, « A propos des associations, de leur siège social et de la loi applicable », *R.G.D.C.*, 2000, pp. 199-232).

(8) Les dispositions du code peuvent également s'appliquer aux personnes morales de droit public. On n'aperçoit en effet pas pourquoi il faudrait à l'égard de celles-ci déroger aux règles normales de rattachement. On retiendra toutefois que le caractère public de ces sociétés imposera le plus souvent de localiser leur 'principal établissement' (*confer infra* sur ce concept) en Belgique. On remarquera d'ailleurs que dans la saga 'Sonatrach', les juridictions belges ont fait application des règles classiques de rattachement sans avoir égard, du moins pour déterminer le droit applicable à la société, au caractère éminemment public de la société de droit algérien en cause : voy. Bruxelles, 21 mars 1995, *R.D.C.B.*, 1997, p. 304, note B. DE GROOTE; cass., 6 décembre 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 490, p. 1244 (publié avec les conclusions de M. l'avocat général G. BRESSELEERS in *Arr. Cass.*, 1996, n° 490, p. 1172), *R.D.C.B.*, 1997, p. 300, note B. DE GROOTE et Gand, 6 décembre 2001, *T.R.V.*, 2002, p. 376, note K. VANDEKERCKHOVE.

(9) Proposition de loi, p. 129.

CHAPITRE II. — Les contours de la compétence internationale des juridictions belges

4. — Le code de droit international privé comporte deux types de règles de compétence internationale. Les premières, de portée générale, sont susceptibles de s'appliquer à tous les contentieux (10). Les secondes, que l'on retrouve dans les chapitres que le code consacre aux matières particulières, visent un contentieux spécifique. Pour les sociétés, il s'agit de l'article 109 du code.

Pour déterminer dans quelles circonstances les juridictions belges sont compétentes pour connaître d'un litige relatif à une société, il faudrait en principe consulter les deux ensembles de règles. L'article 109 du code écarte toutefois l'application des règles de compétence générales du code. Partant, seul l'article 109 est de nature à fonder la compétence des juridictions belges à l'égard des litiges qui ont pour objet direct une société. Il ne suffira dès lors pas de démontrer que le défendeur est domicilié ou réside habituellement en Belgique pour fonder la compétence des juridictions belges (11).

5. — L'article 109 du code, modelé sur la règle européenne bien connue (12), confère compétence aux juridictions belges dès lors que l'établissement principal ou le siège statutaire de la société est situé en Belgique.

(10) Il s'agit des articles 5 à 14 du code de droit international privé. Voy. les commentaires de A. NUYTS, «Les bases de compétence générales dans le Code de droit international privé», *R.D.J.P.*, 2004, pp. 175-188 et de A. HEYVAERT, *De internationale rechtsmacht van de gerechten na het W.I.P.R.*, 2005, Kluwer, 147 pp., spéc. pp. 141-142. Adde notre étude, «Le code de droit international privé et le procès international», in *Actualités en droit judiciaire*, G. DE LEVAL (éd.), 2005, Bruxelles, Larcier, pp. 301-412, spéc. pp. 307-348.

(11) On peut se demander si le législateur a également entendu exclure l'application du for des mesures provisoires et conservatoires (article 10 du code). Sans doute l'absence de réserve à l'article 109 au profit de l'article 10 n'est-elle qu'un malheureux oubli du législateur. La même remarque peut être faite pour le for de nécessité (art. 11).

(12) L'on peut se demander si le législateur a également entendu exclure l'application du for des mesures provisoires et conservatoires (article 10 du code de droit international privé). Sans doute l'absence de réserve à l'article 109 au profit de l'article 10 n'est-elle qu'un malheureux oubli du législateur. La même remarque peut être faite pour le for de nécessité (art. 11).

Pour apercevoir l'apport concret de cette règle, il faut se souvenir que les juridictions belges trouvent déjà dans l'article 22, 2), du règlement n° 44/2001 (13) une règle leur permettant d'asseoir leur compétence à l'égard des litiges relatifs à la «*validité, la nullité ou la dissolution*» des sociétés. Il va de soi que cette disposition l'emporte sur la règle de compétence du code de droit international privé. Avant toute chose, il importera dès lors de dégager les domaines d'application respectifs de ces dispositions.

SECTION 1. — LES RELATIONS ENTRE LES RÈGLES
DE COMPÉTENCE EUROPÉENNES ET LA RÈGLE DU CODE
DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

6. — Selon l'article 22, 2) du règlement n° 44/2001, précité, les juridictions belges sont compétentes pour connaître de certains litiges relatifs aux sociétés et personnes morales dans la mesure où ces sociétés ou personnes morales ont leur siège sur le territoire belge. Cette même règle précise que pour déterminer le siège, le juge doit avoir égard aux règles de son droit international privé (14).

A première vue, l'article 22, 2) du règlement n° 44/2001 ne laisse que peu de place à l'application de la règle spéciale de compétence prévue par le code de droit international privé. En effet, dès lors que le siège de la personne morale se situe en Belgique, l'article 22 suffira à justifier la compétence des juridictions belges (15). Et dès lors que le siège se situe sur le territoire d'un autre Etat membre (16), le juge belge devra impérativement se déclarer incompétent, au besoin d'office comme le lui impose l'article 25 (17).

(13) Règlement (CE) n° 44/2001 du conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.C.E.*, n° L 012 du 16 janvier 2001, p. 1.

(14) *Infra* pour plus de détails sur cette détermination.

(15) Contrairement au principe général d'application territoriale du règlement, l'article 22, 2), peut s'appliquer même si le défendeur n'est pas domicilié dans un Etat membre.

(16) A l'heure d'écrire ces lignes, le règlement n° 44/2001 est en vigueur dans tous les Etats membres, sauf le Danemark. Il existe toutefois un projet qui permettra d'étendre l'application des règles européennes à ce pays.

(17) Cette obligation n'existe toutefois que si le litige porte «à titre principal» sur une question relative à la validité, la nullité, la dissolution d'une société ou la validité d'une décision de ses organes. La distinction entre question principale et question incidente est délicate. Elle a suscité une controverse dans le cadre du contentieux de la contrefaçon de brevet, voy. dernièrement les conclusions de

L'article 109 ne pourrait dès lors s'appliquer qu'à l'égard des sociétés dont le siège est situé en dehors de l'Union européenne (18). Dans la mesure où cette disposition subordonne l'exercice par les juridictions belges de leur compétence à la localisation en Belgique du siège de la société, l'on conviendra que l'espace abandonné par la règle européenne à l'article 109 condamne cette dernière à une parfaite inutilité.

7. — Le code de droit international privé s'éloigne toutefois sur certains points de la règle européenne. Alors que cette dernière vise les seuls litiges relatifs à la validité, la nullité, la dissolution des sociétés et la validité des décisions de leurs organes, l'article 109 embrasse également les litiges relatifs au *fonctionnement* de la société (19).

La référence au fonctionnement de la société dépasse largement la seule question de la validité des décisions des organes de la société. Par fonctionnement il faut entendre l'ensemble des

l'avocat général Geelhoed présentées le 16 septembre 2004 dans l'affaire C-4/03 (*Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG (GAT) c. Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG (LuK)*).

(18) Encore faudrait-il dans cette hypothèse émettre une réserve pour tenir compte de la doctrine de l'effet réflexe. Selon cette théorie, dont l'applicabilité au sein de l'espace judiciaire européen est loin d'être établie, les juridictions d'un Etat membre devraient appliquer l'article 22, 2), par effet 'réflexe' et se déclarer incompétentes dès lors que le litige relève des matières visées par cette disposition et qu'il concerne une personne morale dont le siège est situé dans un Etat tiers. Voy. A. NUYS, «La théorie de l'effet réflexe», *Le droit processuel et judiciaire européen*, G. DE LEVAL (éd.), 2003, La Charte, pp. 73-89.

(19) L'article 109 du code de droit international privé utilise des expressions qui lui sont propres pour désigner les différents pans du contentieux des sociétés. Au-delà du vocabulaire utilisé et à l'exception des litiges relatifs au fonctionnement des sociétés, les litiges visés par cet article 109 coïncident avec ceux couverts par l'article 22, 2), du règlement n° 44/2001, précité. Si l'article 109 ne vise pas expressément, au contraire de l'article 22, 2), du règlement n° 44/2001, la question de la «nullité» de la société, il faut sans doute comprendre que les questions de nullité sont comprises dans la «validité» de la société [en ce sens, N. WATTÉ, «Le contentieux économique et social [dans le code de droit international privé]», *R.D.J.P.*, 2004, (p. 199), p. 205, note 26]. Inversement, l'article 109 du code de droit international privé fait la distinction entre la «dissolution» et la «liquidation» de la personne morale, alors que l'article 22, 2), du règlement n° 44/2001 se contente de faire référence à la seule «dissolution». Il ne fait aucun doute que le terme de dissolution utilisé dans le texte européen couvre non seulement l'arrivée à son terme du groupement mais aussi la liquidation judiciaire du groupement. Sur l'ampleur du for communautaire des différends relatifs aux sociétés, voy. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 2002, LGDJ, n° 111, p. 81.

questions qui ont trait à la vie interne de la société (20). Avec M. Nuyts, il faut accepter que sont visées les procédures qui ont trait à l'acquisition ou à la perte de la qualité d'actionnaire, à la composition ou au fonctionnement de ses organes ou encore à la responsabilité des administrateurs (21). Les juridictions belges pourront dès lors fonder leur compétence sur l'article 109 pour connaître d'un litige relatif au fonctionnement d'une société dont le siège est établi en Belgique. La règle européenne de compétence n'a en effet pas vocation à s'appliquer à ce type de litige. Il demeure que le règlement n° 44/2001 comporte d'autres règles qui pourraient fonder la compétence des juridictions à l'égard de ce type de litige. Ces règles doivent impérativement recevoir application dès lors que le défendeur est domicilié sur le territoire d'un Etat membre (22). Il s'en déduit que même à l'égard des litiges relatifs au fonctionnement d'une personne morale, l'application de l'article 109 du code de droit international privé est subsidiaire et ne pourra se réaliser qu'à défaut de domicile du défendeur dans l'un des Etats membres de l'Union européenne. L'on conviendra que les possibilités d'application de l'article 109 sont dès lors réduites à la portion congrue.

SECTION 2. — PORTÉE ET EFFET DE LA RÈGLE DE COMPÉTENCE

8. — Le champ d'application réduit de l'article 109 du code de droit international privé explique sans doute pourquoi cette disposition délimite avec une générosité certaine la compétence des juridictions belges. L'article 109 confère en effet compétence aux juridictions belges non seulement lorsque l'établissement principal — *infra* sur ce concept — de la personne morale est situé en Belgique, mais également lorsqu'y est situé le siège statutaire. Il s'agit de deux critères alternatifs que le code de droit international privé place sur un pied d'égalité.

(20) Il faut sans doute s'inspirer de l'énumération figurant à l'article 111 du code de droit international privé pour apercevoir la portée du contentieux relatif au «fonctionnement» de la personne morale. En ce sens, N. WATTÉ, *l.c.*, p. 207, n° 36.

(21) A. NUYS, «Article 109», *Le code de droit international privé commenté*, J. ERAUW et al. (éds.), 2006, Intersentia/Bruylant, p. 566.

(22) Pour la définition du domicile, voy. les articles 59 et 60 du règlement n° 44/2001.

Si la détermination du siège statutaire s'effectuera sans difficulté aucune, il n'en ira pas nécessairement de même de la localisation du principal établissement. Cette détermination nécessite en effet l'application d'une règle fondée sur un critère dont l'interprétation est loin d'être automatique. L'on retiendra encore que la règle de compétence s'attache au siège statutaire ou au principal établissement tel qu'il existe au moment de l'introduction de la demande. Un déménagement stratégique en cours de procédure n'est pas de nature à priver les juridictions belges de leur compétence.

Le caractère alternatif des critères de compétence constitue en réalité une bien maigre compensation pour le champ d'application limité de la règle. Si aucun des deux éléments énumérés à l'article 109 du code de droit international privé ne se situe en Belgique, il ne restera plus aux juridictions qu'à décliner compétence, au besoin d'office (23).

9. — L'article 115 du code de droit international privé révèle que le législateur a accordé une importance particulière à la règle de compétence relative aux personnes morales. Cette disposition introduit en effet un motif de refus spécifique qui interdit la reconnaissance ou l'exécution en Belgique d'une décision prononcée par un tribunal étranger dès lors que l'établissement principal de la personne morale était situé en Belgique.

Ce motif de refus, qui complète l'édifice mis en place par les articles 22 et suivants du code de droit international privé (24), confère, indirectement au moins (25), à la compétence des juridictions belges un caractère exclusif. Partant, il ne sera pas possible de poursuivre l'exécution en Belgique d'une décision étrangère dès lors que la juridiction étrangère s'est prononcée sur un litige relatif à la validité, au fonctionnement ou à la dissolution d'une société dont l'établissement principal est situé en Belgique.

(23) Article 12 du code de droit international privé.

(24) En général sur ces dispositions, voy. notre étude, «Le nouveau régime des décisions étrangères dans le Code de droit international privé», *R.D.J.P.*, 2004, pp. 208-224.

(25) Entreprise purement nationale de codification, le code de droit international privé ne pouvait, comme le fait le règlement n° 44/2001 dans les relations entre États membres, prétendre interdire aux juridictions étrangères l'exercice d'une compétence quelconque.

Ce motif de refus, qui n'a vocation à s'appliquer qu'aux seules décisions émanant d'Etat non membres de l'Union européenne, pourrait s'avérer utile dès lors qu'un Etat étranger revendique compétence sur base de la localisation sur son territoire du siège statutaire d'une personne morale (26).

10. — L'on aura remarqué que seul l'un des facteurs de compétence retenus à l'article 109 du code de droit international privé fait l'objet d'une protection particulière par le biais d'un motif de refus de reconnaissance. Rien n'est prévu pour sanctionner la méconnaissance par un juge étranger de la compétence que pourraient exercer les juridictions belges à l'égard d'une société dont le siège statutaire est situé en Belgique.

Si en principe il est de bonne politique législative de reconnaître aux juges étrangers une compétence aussi large que celle accordée aux juridictions belges, la différence de traitement s'explique toutefois aisément.

La simple existence du siège statutaire en Belgique constitue certes un élément susceptible de justifier l'exercice par les juridictions belges d'une compétence internationale. L'on ne saurait toutefois reprocher aux juridictions de l'Etat sur le territoire duquel est situé le principal établissement d'une société, de revendiquer compétence alors que le siège statutaire de la société est situé en Belgique. Dans le système mis en place par le code de droit international privé, le siège statutaire n'est en effet manifestement retenu qu'à titre subsidiaire. Sanctionner une décision étrangère pour la simple raison que le siège statutaire de la société est situé en Belgique aurait accordé une importance trop grande à cet élément.

SECTION 3. — L'ARTICLE 109
COMME DÉFINITION DU SIÈGE POUR LES BESOINS
DE LA RÈGLE EUROPÉENNE ?

11. — L'on sait que l'article 22, 2), du règlement n° 44/2001 fait référence au «*siège*» de la personne morale et impose de rete-

(26) L'article 35 du règlement n° 44/2001 permet également de sanctionner le non-respect de l'article 22, 2), de ce règlement.

nir pour la définition de ce concept le droit international privé du juge saisi.

Avant l'entrée en vigueur du code de droit international privé, l'on enseignait que pour les besoins de la règle européenne, une société possédait son siège en Belgique dès lors qu'y était établi son siège réel (27) (28). Partant, les tribunaux belges n'étaient pas compétents pour connaître d'une demande concernant une société dont le siège statutaire était établi en Belgique dès lors qu'il était démontré que le siège réel de cette société était situé à l'étranger (29) (30).

(27) Ceci était indiscutablement le cas sous l'empire de la convention de Bruxelles, dont l'article 53 faisait référence au droit international privé du juge saisi pour déterminer le «domicile» d'une personne morale. Voy. P. JENARD, «La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et ses prolongements», *Rép. Not.*, t. XI, l. VI.3, 1994, Bruxelles, Larcier, n° 93, p. 122 («Quant au siège des sociétés et des personnes morales, il est déterminé par les règles du droit international privé du juge saisi conformément à l'article 53»). Voy. dans la jurisprudence Anvers, 17 juin 2003, *D.E.T.*, 2003, p. 496 et comm. Hasselt, 22 avril 1998, *R.D.C.B.*, 1998, p. 404, spéc. p. 406 (société de droit luxembourgeois dont le siège statutaire est établi au Luxembourg mais dont le siège réel est selon le tribunal situé en Belgique). Le règlement n° 44/2001 a introduit une règle spéciale pour la détermination du domicile des personnes morales, l'article 60 proposant trois critères alternatifs mis sur un pied d'égalité (le siège statutaire, l'administration centrale et le principal établissement). Cette disposition spéciale ne joue toutefois pas pour les besoins de l'article 22 de ce règlement. Voy. sur ce point, H. BOULARBAH, A. NUYS et N. WATTÉ, «Le règlement 'Bruxelles I' sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *J.T. dr. eur.*, 2002, (p. 161), p. 163, n° 6.

(28) L'on peut se demander si pour les besoins de l'application de l'article 22, 2), du règlement n° 44/2001 il faut le cas échéant tenir compte du mécanisme du renvoi pour déterminer le siège de la société. A première vue, une telle solution paraît incongrue, la technique du renvoi étant incompatible avec le caractère unilatéral des règles de compétence, même lorsqu'elles font partie d'un règlement européen. A bien y réfléchir toutefois, il faut sans doute faire exception à ce principe lorsqu'il s'agit, comme avec l'article 22, 2), de définir un concept utilisé par une règle de compétence. Voy. en ce sens (implicites) S. CALLENS et H. MATTHYSEN, «Internationale bevoegdheid na zetelverplaatsing — nationaliteit, voornaamste vestiging en verplaatsing van de voornaamste vestiging volgens het nieuwe wetboek ipr», *T.R.V.*, 2005, (p. 174), 175, n° 8.

(29) Sous réserve toutefois de l'article 635, 2°, du code judiciaire qui permettait d'assigner en Belgique une société qui y possédait une succursale, voy. *infra*.

(30) Voy. dans la jurisprudence la décision critiquable du tribunal de commerce de Hasselt (10 octobre 2004, *T.R.V.*, 2005, p. 172), à propos de la liquidation d'une société dont le tribunal a accepté que le siège réel était situé aux Pays-Bas et les critiques de S. CALLENS et H. MATTHYSEN, *l.c.*, *T.R.V.*, 2005, (p. 174), p. 175, n° 6-7.

Cette interprétation doit-elle être maintenue ou faut-il au contraire accepter que, dorénavant, les tribunaux belges doivent faire référence au double critère alternatif retenu par l'article 109 du code de droit international privé pour donner corps au concept de «*siège*» ?

La première interprétation contraindrait l'interprète à un double jeu selon que la règle européenne ou belge s'applique. En outre, comment justifier que la compétence des juridictions belges soit limitée dans un cas aux sociétés dont le siège 'réel' est situé en Belgique, alors que, lorsque le code de droit international privé s'applique, il serait également tenu compte du siège statutaire ?

Tout porte dès lors à croire qu'il faut, pour interpréter l'article 22, 2), du règlement n° 44/2001, avoir égard aux deux critères retenus par l'article 109 du code de droit international privé. Ceci aurait le mérite d'aligner les règles de compétence européennes et de droit commun. Si cette interprétation était suivie, l'article 109 du code de droit international privé retrouverait une raison d'être supplémentaire. Son rôle consisterait à compléter l'article 22 du règlement n° 44/2001 en précisant, pour les besoins de l'application de cette disposition, comment interpréter le concept de siège (31).

Il n'est pas certain que les rédacteurs du code de droit international privé aient songé à cette solution, qui n'a d'ailleurs pas été évoquée lors des travaux parlementaires. L'application de l'article 109 de ce code pour interpréter l'article 22, 2), du règlement n° 44/2001 ne nous semble en tout cas pas se heurter au risque de voir deux juridictions revendiquer compétence au titre du dit article 22 (32). Si c'est le cas, cela tient en effet avant tout à l'organisation concrète de la société, qui a choisi de dissocier ses activités de son siège statutaire. En outre, la double interprétation don-

(31) En ce sens, N. WATTÉ, *l.c.*, p. 206, n° 32 (M^{me} Watté ajoute fort justement qu'il n'est pas contraire au règlement n° 44/2001 de retenir, pour l'interprétation de l'article 22, deux acceptions du concept de siège); F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 2005, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 16.24, p. 992, et également R. JAFFERALI, «Le nouveau droit international privé belge — Les personnes morales», *J.T.*, 2005, p. 198, n° 203. *Comp.* S. GILCART, *La société en formation*, 2004, Kluwer, n° 52, pp. 77-78 (l'auteur penche pour l'application de l'article 110 du code de droit international privé).

(32) Risque qui est évoqué par A. NUYS, «Article 109», *op. cit.*, p. 570.

née au concept de siège ne conduira pas nécessairement à des revendications concurrentes de compétence. Prenons l'exemple d'une société ayant son siège statutaire en France et son établissement principal en Belgique. Si les juridictions de ces deux Etats peuvent revendiquer compétence à l'égard de la société sur base de l'article 22,2), du règlement n° 44/2001, ceci tient d'abord et avant tout à l'absence de définition européenne du siège. Que le droit belge retienne une double définition n'impose aucunement aux juridictions françaises de se déclarer compétentes.

Au total, l'application de l'article 109 du code de droit international privé pour compléter l'article 22, 2), du règlement n° 44/2001 semble la plus conforme à l'intérêt bien compris de l'ordre juridique belge, qui est de garder une certaine maîtrise sur l'ensemble des sociétés liées d'une façon ou d'une autre au territoire belge.

SECTION 4. — LA COMPÉTENCE DES JURIDICTIONS BELGES
POUR LES DEMANDES CONCERNANT L'EXPLOITATION
D'UN ÉTABLISSEMENT SECONDAIRE

12. — Pour compléter ce bref aperçu des règles de compétence susceptibles de s'appliquer en matière de sociétés, il faut être attentif à l'article 5, §2, du code de droit international privé.

Cette disposition reprend et précise une règle qui figurait déjà à l'article 635, 2°, du code judiciaire, aujourd'hui abrogé (33). L'on sait que cette disposition permettait d'assigner en Belgique une société qui y possédait son domicile, sa résidence ou son domicile élu. En pratique, seul ce dernier élément pouvait servir de fondement à la compétence des juridictions belges, puisque, d'une part, dès lors qu'une société était domiciliée en Belgique, c'est-à-dire qu'elle y avait son principal établissement (34), la règle européenne s'appliquait par priorité, et que, d'autre part, la notion de résidence ne paraissait pas pertinente à l'égard des personnes morales (35).

(33) Par l'article 139, 8°, du code de droit international privé.

(34) Critère retenu à l'époque par l'article 197 des lois coordonnées sur les sociétés.

(35) Voy. en ce sens M. VERWILGHEN, «Compétence des tribunaux belges à l'égard des sociétés étrangères et spécialement des sociétés Zaïroises», *Revue*, 1973, n° 5744, pp. 77-110, spéc. pp. 88-91, n^{os} 18-20.

L'article 635, 2^o, du code judiciaire permettait toutefois d'assigner en Belgique une société étrangère possédant en Belgique une succursale, celle-ci étant considérée comme un domicile élu (36).

Le code de droit international privé reprend cette règle à son compte tout en apportant d'importantes précisions sur son champ d'application. L'article 5, §2, de ce code, qui figurait à l'origine dans le chapitre consacré aux sociétés (37), vise les demandes concernant l'exploitation d'un établissement secondaire (38). Cette disposition n'est dès lors pas utile pour les litiges 'sociétaires'. Elle concerne plutôt les relations que peut entretenir une société, par l'intermédiaire de son établissement belge, avec des tiers, qu'il s'agisse de fournisseurs, d'employés, d'un banquier, etc. (39)

CHAPITRE III. — Le droit applicable aux sociétés : la *lex societatis* à la croisée des chemins

13. — L'article 110 du code de droit international privé précise que la personne morale est régie par le droit de l'État sur le territoire duquel son établissement principal est situé.

(36) Sur ce point, voy. V. MARQUETTE, «Article 635-2 du code judiciaire — Assimilation de la succursale 'belge' d'une société étrangère à une résidence ou un domicile élu», *R.D.C.B.*, 1999, (p. 618), pp. 619-620 ainsi que du même auteur «La notion de domicile des personnes physiques et morales en droit international privé», *R.D.C.B.*, 2003, pp. 141-143.

(37) Voy. la discussion au sénat sur la place appropriée à accorder à cette disposition : Rapport, pp. 200-201.

(38) Le texte initial utilisait les expressions consacrées en droit européen pour désigner l'établissement secondaire, à savoir la succursale, l'agence et l'établissement. La modification apportée pendant la discussion au sénat n'a pas d'influence sur la portée de la règle. Comme on l'a précisé lors de cette discussion, le terme «établissement» constitue une notion générique qui couvre une entité dotée d'une certaine permanence mais sans personnalité juridique.

(39) L'on notera par ailleurs que l'article 5, §2, du code de droit international privé doit s'effacer, comme les autres dispositions de ce code, devant les règles de compétence européennes. Il n'est dès lors pas question d'invoquer cette disposition lorsque le défendeur est domicilié dans un État membre.

De l'aveu même des rédacteurs de ce code (40), cette règle entend consacrer la théorie du siège réel dont le règne en droit belge se compte en décennies.

Cette consécration prend le contre-pied d'une tendance récente mais importante du droit international des sociétés qui voit la théorie de l'incorporation gagner du terrain (41). Le constat incite à s'interroger sur l'opportunité de la solution retenue par le code de droit international privé pour déterminer le droit applicable aux personnes morales. Ce questionnement est d'autant plus nécessaire que les avancées considérables du droit européen ont sensiblement réduit la marge de manœuvre des Etats membres qui doivent compter avec les progrès réalisés par la liberté d'établissement (Section 1). Après avoir exposé brièvement les limites dont l'intégration européenne impose le respect au législateur belge, l'on se demandera si la nouvelle formulation de la *lex societatis* proposée par l'article 110 du code de droit international privé permet de répondre, fut-ce partiellement, aux nombreuses critiques que suscite la doctrine du siège réel (Section 2).

14. — En guise de préliminaire, l'on rappellera que la *lex societatis* qu'entend déterminer l'article 110 du code de droit international privé ne se confond pas avec la nationalité de la société.

Même si une certaine confusion persiste sur ces deux concepts (42), il nous semble incontestable que la nationalité d'une

(40) Proposition de loi, pp. 129-130.

(41) Comme l'a par exemple noté S. GILCART, *l.c.*, *R.G.D.C.*, 2000, (p. 199), p. 208, n° 8, qui explique que «*l'incorporation semble actuellement recueillir davantage de faveurs*».

(42) La confusion est la plus manifeste dans les dispositions du code des sociétés qui fait à plusieurs reprises référence à une société «*étrangère*» (voy. par exemple les articles 58, 59, 81 et 82 de ce code). Or, si le code des sociétés ne définit pas expressément ce qu'il faut entendre par société étrangère, l'on pouvait déduire de l'article 56 de ce code, aujourd'hui abrogé, que ce concept visait les sociétés non régies par le droit belge. Partant, ce code consacrait la confusion entre nationalité et rattachement de la société au droit belge. Ceci explique que la doctrine commerciale entretient encore aujourd'hui une confusion entre les deux notions : voy. notamment les explications de P. HAIBAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, «*Les sociétés anonymes — constitution et fonctionnement*», *Rép. Not.*, t. XII, l. III, première partie, Larcier, 2005, n° 192, pp. 276-277 (Après avoir noté que «*Les différents critères de rattachement déterminent la lex societatis applicable à toute société et la rattachent à la loi nationale du pays à laquelle elle serait soumise*», ces auteurs expliquent que «*[c]e rattachement lui confère sa*

société ne peut se confondre avec la loi qui s'applique à la société (43). La première, produit d'une assimilation hâtive entre personne morale et personne physique, n'a en réalité de pertinence que pour un nombre limité de questions au premier rang desquelles l'on compte l'application de dispositions conventionnelles réservant certains privilèges aux nationaux (44). La seconde, produit de l'application d'une règle de rattachement, permet de déterminer le cadre juridique de référence à l'aune duquel une réponse doit être apportée aux questions relatives à la création, au fonctionnement et à la dissolution de la personne morale.

L'article 110 du code de droit international privé qui a vocation à répondre à ces questions, ne pourrait d'ailleurs servir de fondement pour déterminer la nationalité d'une personne morale puisque cette disposition est rédigée sur le mode multilatéral. Or, comme pour les personnes physiques, il faut accepter que la détermination de la nationalité d'une personne morale est du ressort exclusif de l'Etat qui attribue cette nationalité (45). Comme le code de droit international privé ne fait à aucun moment référence à la nationalité d'une personne morale, il est logique de

nationalité, c'est nous qui soulignons); J.-M. VAN HILLE, *La société anonyme*, 1990, Bruxelles, Bruylant, n° 897, p. 404, ainsi que J. MALHERBE, Ph. MALHERBE et Ph. LAMBRECHT, *Droit des sociétés, Précis*, 2004, Bruxelles, Bruylant, n° 460, p. 212. *Comp.* (plus hésitant) Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3^{ème} éd. par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, t. I, 1981, Bruxelles, Swinnen, n° 21bis, p. 60. Dans la doctrine plus ancienne, cons. P. WAUWERMANS, *Manuel pratique des sociétés anonymes*, 7^{ème} éd., 1933, Bruylant, n° 1081, p. 649. Dans la jurisprudence, la confusion est fréquente. Voy. par exemple comm. Hasselt, 10 octobre 2004, *T.R.V.*, 2005, (172), 173, note St. CALLENS et H. MATTHYSEN.

(43) L'attention du législateur a été attirée sur cette distinction lors des discussions parlementaires, voy. Rapport, p. 199 et les interventions de MM. Zenner, Willems ainsi que pp. 202 et s. Voy. aussi récemment R. PRIoux, «La nationalité des sociétés», *La constitution de sociétés et la phase de démarrage d'entreprises*, B. TILLEMANS et al. (éds.), 2003, La Chartre, p. 375, spéc. pp. 381-383, n°s 10 et s.

(44) Notamment le droit d'accès à la justice, la protection diplomatique que peut exercer un Etat ou encore l'application par un Etat de mesures coercitives prises en temps de guerre à l'égard d'une société possédant la nationalité d'un Etat 'ennemi'.

(45) C'est ce qu'a rappelé la Cour de cassation dans son arrêt *Indra* (cass., 15 décembre 1994, (*Indra Company Ltd. / Leroy*), *Pas.*, 1994, I, n° 559, p. 1106). Il est intéressant de noter que la Cour a pris soin de ne pas utiliser le vocable de 'nationalité', lui préférant celui, plus neutre, de «lien» qui rattache une société et un Etat, alors que tant l'arrêt entrepris que, dans une moindre mesure, le pourvoi avaient placé le débat sur le terrain de la nationalité.

constater qu'il ne prévoit pas de définition de cette nationalité (46).

15. — Tout comme pour les personnes physiques, la nationalité d'une société a perdu une grande partie de son importance aujourd'hui (47).

Si la question de la nationalité n'a qu'une importance limitée, encore faut-il constater que le code de droit international privé ne se prononce pas sur le ou les critères qui doivent permettre de déterminer cette nationalité (48). Sur ce point la pratique n'est guère fixée (49), si ce n'est pour accepter qu'il faut, comme pour les personnes physiques, s'en tenir, pour déterminer si une société possède la nationalité d'un Etat, aux seuls critères développés par cet Etat (50).

Les différentes tentatives de la doctrine pour développer un ensemble de critères d'attribution de la nationalité n'ont pas abouti à une solution généralement acceptée (51). L'on se sou-

(46) L'article 3 du code de droit international privé s'intéresse à la seule nationalité des personnes physiques. Voy. aussi V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, 1995, Bruxelles, Bruylant, n° 176, p. 151, selon qui le concept de nationalité est «*inutile*» à l'égard des personnes morales.

(47) Comme le précise l'exposé des motifs : Proposition de loi, p. 130.

(48) Tout au plus peut-on lire dans l'exposé des motifs que «*pour déterminer cette nationalité, il est inévitable de se référer au droit de l'Etat en conformité duquel la société s'est constituée comme le fait par exemple l'article 48 du traité instituant la Communauté européenne, selon une méthode analogue à celle utilisée pour les personnes physiques*» (Proposition de loi, p. 130).

(49) La seule exception au flou régnant sur la détermination de la nationalité concerne les personnes morales de droit public : on ne saurait douter qu'une personne morale créée par un Etat pour remplir une mission d'intérêt public doit être considérée comme possédant la nationalité de cet Etat. Sur ce point, F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, 2005, Bruxelles, Larcier, n° 16.4, p. 970.

(50) Principe général confirmé par la jurisprudence *Indra* de la Cour de cassation (Cass., 15 décembre 1994, (*Indra Company Ltd. | Leroy*), *Pas.*, 1994, I, n° 559, p. 1106; *R.C.J.B.*, 1997, p. 5 et la note de J. VERHOEVEN, «Condition des étrangers, conflit de lois et sociétés *offshore*»). Dans cette affaire, la Cour s'est contentée d'indiquer que s'agissant de savoir si une société possédait la nationalité du Libéria, il s'imposait d'avoir égard aux seules règles en vigueur au Libéria.

(51) Voy. surtout les travaux classiques de L. MAZEAUD, «De la nationalité des sociétés», *J.D.I.*, 1928, pp. 30-60, spéc. pp. 45-60 et L. LEVY, *La nationalité des sociétés*, 1984, Paris, pp. 241-297. Ces travaux révèlent que l'application par un Etat de sa loi à une société n'entraîne pas automatiquement que cet Etat considère que la société possède sa nationalité. Cette doctrine montre également que l'attribution de la nationalité doit être subordonnée à l'application de plusieurs critères cumulatifs. MM. Rigaux et Fallon proposent une approche plus simple selon laquelle une société possède la nationalité de l'Etat qui lui a conféré la per-

viendra que dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour Internationale de Justice avait précisé que «*lorsqu'il s'agit d'établir un lien entre une société et tel ou tel Etat aux fins de la protection diplomatique, le droit international se fonde, encore que dans une mesure limitée, sur une analogie avec les règles qui régissent la nationalité des individus*». Et la Cour d'indiquer à cette occasion que «*[l]a règle traditionnelle attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'Etat sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège*» (52). La Cour a certes évoqué la nécessité de l'existence d'un lien effectif entre la société et l'Etat pour que celui-ci exerce sa protection diplomatique. Elle a toutefois refusé d'ériger cet élément en critère absolu. L'on comprend dès lors qu'en matière de nationalité, les Etats disposent aujourd'hui encore d'une franche liberté de manœuvre.

16. — L'on ajoutera enfin qu'il ne faut pas confondre nationalité d'une société et rattachement de cette dernière à l'ordre juridique d'un Etat membre de l'Union européenne, qui permet à la société de bénéficier de la liberté d'établissement prévue par l'article 48 du traité instituant la Communauté européenne (53).

SECTION I. — LES DÉVELOPPEMENTS EUROPÉENS :
LA THÉORIE DE L'INCORPORATION COMME COROLLAIRE
INÉVITABLE DE LA LIBERTÉ DE MOUVEMENT ?

17. — Se fondant sur la liberté d'établissement garantie par l'article 48 du traité instituant la Communauté européenne, la Cour de justice a, comme on le sait, 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'incorporation.

souffrir de la nationalité juridique (*o.c.*, n° 16.5, p. 971). Cette approche est critiquée, notamment par J. VERHOEVEN, *l.c.*, *R.C.J.B.*, 1997, (p. 9), pp. 16-17.

(52) Affaire de la *Barcelona Traction, Light & Power Company Ltd.*, CIJ, 5 février 1970, *Recueil*, 1970, p. 3.

(53) L'on se rappelle que l'article 48 exige à la fois que la société ait été constituée «*en conformité de la législation d'un Etat membre*» et qu'elle possède sur le territoire d'un Etat membre soit son siège statutaire, soit son administration centrale soit son principal établissement.

Cette jurisprudence, qui contraste singulièrement avec la retenue dont la Cour avait fait preuve dans l'arrêt *Daily Mail* (54), 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*.

Dans les trois décisions de principe, la Cour a en effet condamné la pratique d'Etats (en l'occurrence, le Danemark (55), l'Allemagne (56) et les Pays-Bas (57)) qui prétendaient imposer à une société constituée dans un autre Etat membre certaines exigences déduites de leur droit des sociétés du fait de la localisation sur leur territoire du siège réel de la société. Sans revenir sur le détail de cette jurisprudence qui a suscité d'importants commentaires, il semble opportun de tracer les limites de la liberté que conservent les Etats membres puisque le législateur belge a été attentif à ces limites lors de l'exercice de codification (58).

Une lecture hâtive de la jurisprudence pourrait en effet laisser croire que la Cour a entendu condamner de façon générale la théorie du siège réel. Il importe d'être plus nuancé. La Cour n'a en réalité pas déduit de la liberté d'établissement consacrée par le traité une préférence nécessaire pour l'un ou l'autre facteur de rattachement en matière de sociétés. Comme on l'a indiqué, les restrictions imposées par la Cour concernent le seul Etat d'accueil de la société et non l'Etat d'origine (59). La Belgique peut dès lors continuer à appliquer la théorie du siège réel à toutes les sociétés qui choisissent de se constituer en Belgique (60).

(54) C.J.C.E., 27 septembre 1988, *The Queen c. H.M. Treasury et Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail*, aff. 81/87, *Rec.*, 1988, p. 5483.

(55) C.J.C.E., 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec.*, I-1459; *Revue*, 2000, n° 6799, p. 42 et la note de J.-P. DEGUÉE : « *Forum shopping* », usage ou abus de la liberté d'établissement ».

(56) C.J.C.E., 5 novembre 2002, *Überseering c. Nordic Construction*, aff. C-208/00, *Rec.*, I-9919.

(57) C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd.*, aff. C-167/01, *Rec.*, 2003, I-10155; *Revue*, 2003, n° 6833, p. 172, note.

(58) Voy. le débat sur la jurisprudence européenne au sein de la commission de la justice du sénat : Rapport, pp. 195 et s.

(59) Distinction très clairement mise en lumière par P. LAGARDE, dans sa note sous l'arrêt *Überseering*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2003, pp. 524 et s., spéc. pp. 528-533.

(60) La distinction entre la position des Etats membres comme Etats d'origine de la société et Etats d'accueil a toutefois été critiquée. Une partie de la doctrine

Les seules restrictions qu'impose la jurisprudence de la Cour — elles sont toutefois de taille — concernent l'attitude de la Belgique vis-à-vis de sociétés constituées dans un autre Etat membre (61). Même si une société a été constituée en Angleterre dans le seul et unique but de profiter de la plus grande flexibilité qu'offre le droit anglais, notamment pour la constitution d'une société (62), la Belgique n'est selon la Cour pas en droit de refuser de reconnaître la capacité de cette société d'ester en justice (63) — enseignement de l'arrêt *Übersee-*

allemande prône en effet une lecture plus extensive de la jurisprudence européenne, qui étendrait les impératifs de la liberté d'établissement à toutes les situations. Voy. en particulier les références citées par M.-E. KIENINGER, «The Legal Framework of Regulatory Competition Based on Company Mobility : EU and US Compared», *German L.J.*, 2004, (p. 741), p. 749, note 33.

(61) La Cour ayant fondé sa jurisprudence sur la seule liberté d'établissement, il faut en conclure que ses enseignements ne s'appliquent pas aux sociétés constituées dans un Etat tiers. L'article 48 du traité instituant la Communauté européenne vise en effet 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 la Communauté». Sur la portée de cette exigence de lien avec l'Union, voy. J. WOUTERS, *Het Europees vestigingsrecht voor ondernemingen herbekeken. Een onderzoek naar de grondslagen, draagwijdte en begrenzingen van de vrijheid van vestiging van ondernemingen in de Europese Unie*, thèse KUL 1997, pp. 146-152, n^{os} 138-145. Il reste que vis-à-vis de sociétés qui ne peuvent bénéficier de l'article 48, il n'est pas exclu que la liberté d'action d'un Etat membre soit restreinte sur base du droit conventionnel (voy. les nombreuses conventions bilatérales conclues par les Etats-Unis, notamment avec la France et l'Allemagne, citées par P. LAGARDE, *l.c.*, p. 535, note 22). Même en l'absence d'une obligation conventionnelle à cet effet, la Belgique pourrait difficilement refuser de reconnaître à une société étrangère la capacité d'ester en justice, sous peine de violer le droit à un procès équitable. *Comp.* en France, cass. (fr.), 25 juin 1991, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, p. 667, note G. KHAIRALLAH.

(62) L'on sait que le droit anglais n'impose pas de capital minimum pour les 'private limited company'. Voy. H. DE GROOT, *Verdringt de Ltd. de BV in het MKB?*, 2004, Deventer, Kuwer, 2004, 111 pp. sur la transformation du paysage économique néerlandais en raison de l'arrivée massive d'entreprises incorporées au Royaume-Uni.

(63) On notera que le droit belge se montre plus généreux que le droit allemand sur ce point puisque la reconnaissance de plein droit des sociétés étrangères a été consacrée en droit belge avec la loi du 18 mai 1873, qui a été reprise à l'article 196 des lois coordonnées sur les sociétés pour trouver une dernière consécration à l'article 58 du code de sociétés. Voy. sur cette évolution N. WATTÉ et V. MARQUETTE, «Les sociétés : questions choisies de droit international privé», *Liber amicorum Yvette Merchiers*, 2001, Bruges, La Chartre, 2001, (p. 665), pp. 667-671. Même si cette reconnaissance était subordonnée à l'existence d'un siège réel à l'étranger, il ne semble pas que les cours et tribunaux aient tiré argument de la théorie du siège réel pour refuser de reconnaître une société incorporée à l'étranger mais dont le siège réel était situé en Belgique.

ring (64). Le droit européen interdit également de refuser d'immatriculer une succursale que ladite société voudrait créer en Belgique — enseignement de l'arrêt *Centros*. Enfin, de façon plus radicale, la Belgique ne peut imposer à cette société le respect de règles impératives liées à la constitution, notamment des exigences relatives au capital minimum et à la responsabilité des administrateurs — jurisprudence *Inspire Art* (65).

18. — Les limites exactes de la jurisprudence de la Cour sont toutefois difficiles à tracer (66). L'on retiendra tout d'abord que la 'reconnaissance' dont il est question dans cette jurisprudence fait écho à celle dont on a autrefois beaucoup discuté à propos des sociétés étrangères.

Même si la frontière est ténue et les concepts mouvants, il semble que la jurisprudence européenne vise d'abord et avant tout la reconnaissance de la personne morale et de ses attributs. Dans cette mesure elle redonne vie à un concept classique de reconnaissance que l'on avait pu croire oublié (67). En effet, tel

(64) Cette reconnaissance doit porter sur la personnalité juridique de droit étranger. La Cour a en effet précisé que l'Etat d'accueil devait respecter la capacité juridique et la capacité d'ester en justice que la société «possède en vertu du droit de son Etat de constitution» (arrêt *Überseering* précité, §95). Il n'est pas concevable, comme l'a fait un temps le *Bundesgerichtshof* allemand, de prétendre que l'on reconnaît la société étrangère mais que celle-ci doit être abordée en tant que société allemande puisqu'elle possède son siège réel en Allemagne (BGH, 1^{er} juillet 2002, *IPRax*, 2003, p. 62 et la note de KINDLER p. 41; *ZIP*, 2002, p. 1763). Partant, la société constituée à Jersey devenait aux yeux du droit allemand une société de personnes (*Gesellschaft Bürgerliches Recht*), dans laquelle les associés ne bénéficiaient pas d'une limitation de responsabilité. Le *Bundesgerichtshof* est ultérieurement revenu sur cette prétendue '*neue Sitztheorie*' : BGH, 13 mars 2003, *NJW*, 2003, p. 1461.

(65) Il s'agissait en l'espèce des exigences posées par la *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*, confer *infra* sur cette loi.

(66) Voy. la très fine analyse de J. MEEUSEN, «De werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van de vennootschappen. Analyse van het arrest *Überseering* van het Hof van justitie», *T.R.V.*, 2003, pp. 95 et s. Adde T. BALLARINO, «Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2003, pp. 373-402.

(67) Drobniç avait déjà en 1967 qualifié la reconnaissance d'institution «moribonde» : U. DROBNIG, «Kritische Bemerkungen zum Vorentwurf eines EWG-Übereinkommens über die Anerkennung von Gesellschaften», *Z.H.R.*, 1967, (p. 93), p. 112. Un haut fonctionnaire néerlandais a dans la même veine pu écrire que la question de la reconnaissance des sociétés «est l'exemple type d'un

qu'entendu aujourd'hui, le concept de reconnaissance vise plus modestement la seule prise en considération par l'ordre juridique reconnaissant de l'existence de la société (68).

Au contraire, dans l'acception européenne, on retrouve la vision beaucoup plus large de la reconnaissance qui prévalait au 19^{ème} siècle. A cette époque, la reconnaissance et les formalités dont elle dépendait, constituait le préalable nécessaire à l'accueil de la personnalité juridique étrangère puisque les opérations de reconnaissance et de détermination de la loi applicable étaient confondues (69).

Depuis lors, la «réalité économique» (70) a imposé une reconnaissance généralisée de plein droit qui a permis de réserver au raisonnement conflictualiste la détermination de l'existence et de la portée de la personnalité juridique de la société (71).

Partant, la reconnaissance est devenue un concept 'en creux', qui ne peut se comprendre qu'en référence aux formalités variées qui ont pu autrefois paralyser l'activité internationale des sociétés. La reconnaissance de plein droit étant acquise sans réserve, ces formalités n'ont plus de raison d'être. Le débat se concentre depuis lors sur la détermination du droit applicable qui seule

faux problème, chimère qui hante peut être quelques vieux académiques du droit international privé qui n'arrivent toujours pas à se séparer de principes de souveraineté fantomatiques, dont la survivance n'a fait que freiner le développement du droit international privé : J. VAN RYN VAN ALKEMADE, «La codification du droit international privé des Pays-Bas», in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale — Studi in memoria di Mario Giuliano*, 1989, Cedam, 1 (p. 975), p. 998.

(68) Définition donnée par J.-F. PERRIN, *La reconnaissance des sociétés étrangères et ses effets*, 1969, Genève, p. 10.

(69) Comme le démontrait encore l'article premier de la convention de La Haye du 1^{er} juin 1956 sur la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, aux termes duquel «*La personnalité juridique, acquise par une société, une association ou une fondation en vertu de la loi de l'Etat contractant où les formalités d'enregistrement ou de publicité ont été remplies et où se trouve le siège statutaire, sera reconnue de plein droit dans les autres Etats contractants, pourvu qu'elle comporte, outre la capacité d'ester en justice, au moins la capacité de posséder des biens et de passer des contrats et d'autres actes juridiques*».

(70) J. VERHOEVEN, *l.c.*, *R.C.J.B.*, 1997, (p. 9), p. 13.

(71) Ce phénomène n'est pas propre aux sociétés. L'on sait que M. Mayer a contribué à montrer, notamment à propos des nationalisations, le déplacement de la ligne de partage entre méthode conflictualiste et raisonnement fondé sur les conflits d'autorités. Voy. le dernier état de ses travaux in P. MAYER, «Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé», in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, B. ANCEL et al. (éds.), 2005, Dalloz, pp. 547-574.

conditionne l'attribution de la personnalité juridique (72). Ceci explique d'ailleurs que le code de droit international privé n'évoque pas la question de la 'reconnaissance' des sociétés étrangères.

L'évolution du droit européen impose dès lors un retour à un concept que l'on croyait oublié de la reconnaissance — au détriment du raisonnement conflictualiste. L'impératif européen de reconnaissance impose à l'Etat d'établissement d'accepter la capacité juridique et la personnalité d'une société constituée régulièrement dans un autre Etat membre, même si la société a son siège réel dans l'Etat d'établissement (73).

19. — Malgré l'abondance des commentaires qu'a suscité la trilogie *Centros — Überseering — Inspire Art*, la portée exacte de la jurisprudence de la Cour suscite encore des interrogations.

Ceci tient d'abord au fait que la Cour a pris soin de réserver — dès l'arrêt *Centros* — l'hypothèse de la fraude (74), qu'elle a toutefois réduit à la portion congrue (75). Il n'y a en effet pas fraude du simple fait que la société n'exerce aucune activité dans l'Etat d'incorporation (76) ni même si les fondateurs de la société entendent profiter simplement du climat juridique plus favorable de l'Etat d'incorporation. Si l'on ne peut exclure que la Cour de

(72) Comme le rappelle M. Verhoeven (*l.c.*, *R.C.J.B.*, 1997, (p. 9), pp. 13-14 : «*La reconnaissance en particulier n'attribue aucunement la personnalité juridique à la société étrangère ... Si cette société étrangère se prétend personne, c'est parce qu'un droit étranger lui a conféré la personnalité juridique. Il n'y a pas à reconnaître ou à ne pas reconnaître celle-ci*»).

(73) *Cons.* également sur ce thème, P. LAGARDE, «*Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures*», *RabelsZ.*, 2004, (p. 225), pp. 226-228.

(74) Dans l'arrêt *Centros* précité, la Cour a précisé au §38 que : «*le fait qu'un Etat membre ne puisse pas refuser l'immatriculation d'une succursale d'une société constituée en conformité avec la législation d'un autre Etat membre dans lequel elle a son siège n'exclut pas que ce premier Etat puisse prendre toute mesure de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes, soit à l'égard de la société elle-même, le cas échéant en coopération avec l'Etat membre dans lequel elle est constituée, soit à l'égard des associés dont il serait établi qu'ils cherchent en réalité, par le biais de la constitution d'une société, à échapper à leurs obligations vis-à-vis de créanciers privés ou publics établis sur le territoire de l'Etat membre concerné*».

(75) Dans l'arrêt *Inspire Art* précité, la Cour a évoqué non plus la fraude mais l'abus (§2 dispositif).

(76) On aurait pu estimer que dans cette hypothèse il s'agit d'une situation purement interne puisque la société n'entend développer aucune activité dans l'Etat d'incorporation. La Cour a toutefois refusé de suivre cette piste, voy. l'arrêt *Überseering* précité, §§52-77.

Justice développe plus avant un concept communautaire de fraude (77), force est de constater que les contours de cette exception sont à l'heure actuelle pour le moins vagues (78).

Cela tient ensuite à ce que la Cour a réservé la possibilité pour les Etats membres de justifier une entrave à la liberté d'établissement sur les bases classiques de proportionnalité et d'intérêt général (79). Il demeure que dans les trois espèces qui lui ont été soumises, la Cour a refusé d'accepter que les limitations imposées par l'Etat d'accueil satisfaisaient les conditions strictes de l'exception d'intérêt général. En pratique, on conçoit difficilement que l'Etat d'accueil puisse justifier sur cette base une limitation qui concerne l'organisation interne de la société, malgré la référence par la Cour au souci de protection des associés minoritaires. Seules semblent pouvoir être justifiées les limitations qui visent à protéger des tiers comme les créanciers ou les employés (80).

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. Il faudra dès lors examiner dans chaque cas particulier si

(77) Dont les premiers jalons ont été posés dans l'arrêt *Kefalas* : C.J.C.E., 12 mai 1998, aff. C-367/96, *Rec.*, 1998, I-2843.

(78) Voy. les observations de M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 2001, Montchrestien, n^{os} 375-378, pp. 338-343.

(79) Voy. le §92 de l'arrêt *Überseering* précité, dans lequel la Cour souligne 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'*.

(80) M. Wymeersch donne comme exemple la règle qui permet d'engager la responsabilité personnelle des administrateurs en cas de faute de gestion lourde — E. WYMEERSCH, «The transfer of the company's seat in European company law», *Common Market L. Rev.*, 2003, (pp. 663-695), pp. 685-686. Il doit toutefois avouer que les tentatives de l'Etat d'accueil se heurteront bien souvent aux exigences strictes du test de proportionnalité. *Cons.* également les observations de de Kluiver qui estime, à juste titre selon nous, qu'un Etat membre pourrait imposer une sanction de type 'ex post' comme par exemple une responsabilité particulière des administrateurs, dans la mesure où ce type de sanction nécessite un examen des spécificités de l'espèce et ne peut être imposé de façon générale à toutes les 'pseudo-foreign companies' : H.-J. DE KLUIVER, «Inspiring a New Company Law? Observations on the ECJ's Decision in Inspire Art from a Dutch Perspective and the Imminent Competition for Corporate Charters between EC Member States», *E.C.F.R.*, 2004, pp. 121-134, spéc. pp. 128-131.

l'application d'une règle de droit de l'Etat d'accueil constitue une entrave — ce qui semble acquis à l'avance tant la Cour fait preuve d'une grande souplesse dans l'interprétation de ce concept (81) — et, dès lors que la réponse est positive, s'il est possible de justifier l'entrave par référence à un impératif d'intérêt général, compte tenu des exigences de la proportionnalité. En pratique, les exigences de la Cour réduisent fortement — sans toutefois l'exclure — la possibilité pour l'Etat d'accueil d'imposer à une société dont le siège réel est situé sur son territoire mais qui peut prétendre au bénéfice de l'article 48 du traité instituant la Communauté européenne, l'application de dispositions de son droit des sociétés.

20. — L'on aperçoit que si la jurisprudence européenne n'a pas d'impact direct sur la position de la Belgique vis-à-vis des sociétés constituées en Belgique, indirectement au moins cette jurisprudence pourra forcer une évolution du droit des sociétés (82). Comment ne pas voir en effet que la Belgique constitue à la fois un Etat d'origine pour les sociétés constituées en Belgique et un Etat d'accueil pour les sociétés de droit étranger? Puisque ces dernières peuvent participer à la vie économique belge sans se soucier des contraintes imposées par le Code des sociétés, ne faut-il pas craindre que la concurrence conduite à terme une partie au moins des opérateurs économiques belges à préférer une incorporation moins contraignante à l'étranger? (83) (84) La balle est aujourd'hui dans le camp des législateurs nationaux (85).

(81) Voy. la synthèse que livre M. FALLON, «Libertés communautaires et règles de conflit de lois», in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, A. FUCHS et al. (éds.), 2004, Dalloz, (p. 31), pp. 39-44.

(82) Que l'avocat-général a appelé de ses vœux dans l'affaire *Inspire Art* (précitée, §139) en ces termes : «*Tant que les législations resteront en l'état, il n'y a aucune raison de restreindre la concurrence entre les différents régimes en interprétant à cette fin les règles du traité relatives à la liberté d'établissement*».

(83) En ce sens, M^{me} Muir Watt fait observer que «*dans la mesure où la liberté d'établissement peut être exercée par une société ayant choisi de s'incorporer dans un Etat offrant un régime juridique moins contraignant, afin d'opérer dans un Etat qui impose des obligations plus rigoureuses, on voit bien qu'elle a vocation, à terme, en droit international privé, à priver d'intérêt l'exigence du siège réel, et, en droit interne comparé, à aligner les droits substantiels sur le régime le plus libéral*» : note sous l'arrêt *Inspire Art*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2004, (p. 173), p. 176, n° 7.

(84) Une analyse récente montre une croissance très importante — de l'ordre de 500 % — des incorporations en Angleterre de '*private limited company*' dont une majorité d'administrateurs est domiciliée dans un autre Etat membre de l'Union européenne : M. BECHT, C. MAYER et H.F. WAGNER, «Corporate mobility

SECTION 2. — LA NOUVELLE *LEX SOCIETATIS* :
UNE RÉPONSE AUX CRITIQUES DU RATTACHEMENT
AU SIÈGE RÉEL ?

21. — Faisant usage de la liberté que le droit européen concède encore aux Etats membres, l'article 110 du code de droit international privé retient pour déterminer le droit applicable aux personnes morales la doctrine du siège réel, demeurant fidèle à une tradition déjà bien établie (86).

Cette consécration peut étonner (87). N'aurait-il pas été plus opportun, comme l'ont fait les législateurs suisse, néerlandais et italien, de retenir un système fondé sur le rattachement de principe des personnes morales au droit du pays de leur incorporation (88), tout en permettant au juge d'écarter l'application de la

and the costs of regulation», European Corporate Governance Institute, Law Working Paper n° 70/2006, 53 pp. D'autres études ont montré l'attrait qu'exerce la flexibilité du droit anglais et les coûts peu élevés de constitution d'une société dans ce pays, sur les entreprises allemandes de petite et moyenne taille, voy. «Pan European Companies. Limited Appeal», *The Economist*, 17 septembre 2005, p. 69. Parmi les nombreuses offres commerciales d'incorporation bon marché en Angleterre, la formule proposée aux entrepreneurs allemands par la firme *Go Ahead Ltd.* semble remporter un franc succès. L'on lira toutefois à profit les intéressantes nuances qu'apporte M. Delvaux à propos du phénomène de la concurrence entre ordres juridiques : Th. DELVAUX, «La concurrence entre ordres juridiques est-elle efficace? Quelques réflexions à propos de la liberté d'établissement des sociétés», *Revue*, 2004, n° 6919, pp. 207-273.

(85) Dont certains n'ont pas tardé à réagir, voy. le projet de '*Flexible BV*' lancé par le gouvernement néerlandais — pour plus de détails voy. les différents avant-projets présentés sur le site www.ez.nl/content.jsp?objectid=17302.

(86) Voy. déjà l'article 197 des lois coordonnées sur les sociétés et l'article 56 du code des sociétés qui, on peut le regretter, n'avait pas saisi l'occasion de 'bilateraliser' la texte. L'erreur a été réparée avec l'article 110 du code des sociétés qui adopte une formulation permettant l'application d'une loi étrangère.

(87) L'on a d'ailleurs pu écrire que «le maintien de la théorie du siège réel par le code de droit international privé malgré la jurisprudence *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art de la Cour de Justice en matière de liberté d'établissement peut laisser perplexe*» (C. TUBEUF, «Article 110», in *Le code de droit international privé commenté*, J. ERAUW et al. (éds.), 2006, Intersentia/Bruylant, p. 575).

(88) Que l'on désigne souvent par l'appellation doctrine du siège 'statutaire'. En réalité, ce qui est déterminant dans cette doctrine n'est pas tant la localisation du siège statutaire que le lieu de constitution de la société, à savoir le lieu où l'acte constitutif a été enregistré ou déposé. Si en principe il y aura correspondance entre ce lieu et celui du siège tel qu'indiqué dans les statuts, la coïncidence n'est pas toujours parfaite. Il est dès lors préférable de parler de théorie de l'incorporation.

loi de l'Etat d'incorporation pour les sociétés dont l'activité se situe sur le territoire belge ?

C'est la thèse défendue récemment par une doctrine autorisée (89) qui n'a apparemment pas convaincu les rédacteurs du code de droit international privé. Comment expliquer cette apparente frilosité alors que l'entreprise de codification aurait offert l'occasion idéale pour adopter le système de l'incorporation dont on ne peut nier qu'il est, dans son principe au moins, plus facile à mettre en œuvre que la théorie du siège réel ? Sans ignorer le débat, le code de droit international privé y répond indirectement en proposant une rédaction nouvelle de la *lex societatis*. C'est cette rédaction nouvelle que nous souhaitons mettre à l'épreuve des critiques formulées par les partisans de la théorie de l'incorporation. La confrontation permettra de constater que si le code de droit international privé offre une réponse incomplète aux critiques, le choix qui s'offrait au législateur était difficile dans la mesure où la doctrine de l'incorporation, même assortie d'importantes nuances, soulève elle aussi des difficultés qui ne sont pas seulement théoriques. Pour ce faire, nous passerons en revue les différentes innovations apportées par le code de droit international privé.

§1. — *L'établissement principal*

22. — L'article 110 du code de droit international privé soumet les sociétés au droit de leur établissement principal. Le code de droit international privé revient de la sorte au vocabulaire utilisé dans les anciennes lois coordonnées, que le code des sociétés avait souhaité simplifier (90).

(89) Le mouvement semble avoir été lancé par J. HEENEN, avec sa contribution intitulée «A propos de la nationalité des sociétés par actions», in *Evolutions récentes du droit des affaires*, CDVA, 1992, Kluwer, pp. 95-103, spéc. pp. 102-103. Voy. plus récemment l'importante analyse de Th. TILQUIN, «L'incorporation comme facteur de rattachement de la *lex societatis*», *Revue*, 1998, n° 6734, pp. 5 et s., spéc. pp. 38-56 ainsi que celle de R. PRIoux, «Les sociétés étrangères dans le code des sociétés : une occasion manquée», *J.T.*, 2003, pp. 17-24, spéc. pp. 23-24.

(90) Tel qu'il fut soumis au Conseil d'Etat, l'avant-projet de loi portant le code de droit international privé s'en tenait au vocable de «*siège réel*» qui avait été consacré par le code de sociétés : art. 108 de l'avant-projet de loi, reproduit in proposition de loi portant le code de droit international privé, *Doc. Parl.*, sénat, 2001-2002, n° 2-1225/1, p. 234. L'article 4 de cet avant-projet définissait déjà le «*siège réel*» comme le fait l'actuel article 4 du code de droit international privé pour le principal établissement.

L'établissement principal correspond certainement au 'siège réel' auquel on a souvent reproché de ne pas permettre une localisation précise et exempte de toute ambiguïté (91). La critique n'est pas récente. Dès les premiers commentaires de la loi de 1873, qui constitue le point de départ du règne en Belgique de la doctrine du siège réel, la doctrine reconnaissait qu'il «*sera quelquefois difficile de déterminer où est situé le principal établissement d'une société*» (92).

Il est vrai que, fondé sur la recherche dans chaque cas d'espèce, d'éléments de fait, la localisation du siège réel ne peut prétendre à la simplicité qui caractérise la détermination du lieu d'incorporation (93).

L'incertitude qui affecte la détermination du siège réel est en réalité double : d'une part il faut bien admettre que la plupart des expressions utilisées pour désigner le 'siège réel' n'atteignent pas le degré de précision souhaité. D'autre part, même si l'on dispose d'une description affinée du facteur de rattachement, encore faut-il constater que sa mise en œuvre en pratique ne peut faire l'économie d'une appréciation parfois délicate des faits.

A) *La grande nouveauté du code de droit international privé : une définition de l'établissement principal*

23. — Quant au premier élément, le chemin parcouru depuis la loi du 18 mai 1873 peut paraître fort bref. C'est que l'article 129 de cette loi utilisait déjà le vocable de «*principal établissement*». L'inversion des termes auquel procède le code de droit international privé n'est certainement pas une innovation radicale (94).

Le code de droit international privé ne se contente toutefois pas de cette modification d'ordre cosmétique. Rompant avec une

(91) Voy. par exemple Th. TILQUIN, *l.c.*, p. 39, n° 25.

(92) J. GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique. Commentaire de la loi du 18 mai 1873*, 2^{ème} éd., T. III, 1883, Bruylant, n° 1285, p. 442.

(93) Simplicité à laquelle ne peut prétendre la théorie de l'incorporation dans les rares cas où la création d'une société dotée de la personnalité juridique ne dépend pas d'un quelconque dépôt ou enregistrement.

(94) On notera que selon M. Lamon, le concept d'établissement principal est proche de la notion fiscale de 'société résidente' (H. LAMON, «*Emigration ou immigration de sociétés sous l'angle juridique belge et communautaire : tout est-il permis ?*», *Rev. Gén. Fiscalité*, 2005/5, (pp. 2-13), p. 5).

longue tradition qui avait fait peser l'effort de définition sur les cours et tribunaux, ce code offre en effet pour la première fois une explicitation de l'expression retenue pour déterminer la *lex societatis*. La nouveauté est de taille. Certes il n'y avait guère de doute sur le fait que le siège réel devait s'entendre du lieu de «l'activité directrice centrale» (95). Les hésitations qui avaient pu naître dans la jurisprudence à ce sujet avaient depuis longtemps disparu — les cours et tribunaux s'accordant pour s'attacher non pas au lieu d'exercice des activités commerciales ou industrielles, mais bien au lieu où sont effectivement prises les décisions stratégiques, ou du moins où la société est gérée (96).

24. — Les quelques décisions qui se sont prononcées récemment sur ce point, confirment la *communis opinio* en faveur du lieu où s'exerce ce que l'on appelait autrefois la «direction intelligente» de la société. Dans une affaire 'Super Club', la cour d'appel d'Anvers a par exemple minutieusement examiné les faits de la cause pour conclure qu'une société créée en Suisse était, au moins jusqu'à une certaine période, dirigée depuis la Suisse où se réunissait le conseil d'administration, où étaient organisées les assemblées générales et où résidait l'administrateur délégué (97).

Si certaines décisions semblent prêter le flanc à la critique (98), une jurisprudence majoritaire rejoignait une doctrine bien éta-

(95) W. WAUWERMANS, *op. cit.*, n° 1090, pp. 652-653.

(96) Voy. pour le glissement dans la jurisprudence qui semble avoir dans un premier temps hésité entre le siège d'exploitation et le siège administratif : R. ABRAHAMS, *Les sociétés en droit international privé. Recherches sur le principe d'extraterritorialité*, 1957, Paris, Librairie Technique, pp. 107-110 ainsi que G. VAN BOXSOM, *Rechtsvergelijkende studie over de nationaliteit der vennootschappen*, 1964, Bruxelles, Bruylant, pp. 22-25, n°s 20-23.

(97) Anvers, 13 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, p. 236, spéc. pp. 239-241, note de K. VANDERHEYDEN et S. DEVISCH. En première instance dans cette affaire, comm. Malines, 23 janvier 1998, *T.R.V.*, 1998, p. 101, note. M. Prioux fait justement observer que la cour d'appel a maladroitement débuté son analyse par une référence à la règle de rattachement suisse («La nationalité des sociétés», *l.c.*, (p. 375), pp. 391-392, n°s 26-27). Ceci n'enlève toutefois rien à la justesse de l'analyse de la cour d'appel.

(98) *Cons.* notamment comm. Hasselt, 22 avril 1998, *R.D.C.B.*, 1998, p. 404 (résumé) : à l'occasion de l'examen de sa compétence, le tribunal aboutit à la conclusion que le siège réel d'une société constituée au Luxembourg se trouve en réalité en Belgique. Le tribunal se fonde pour ce faire essentiellement sur des éléments relatifs à l'activité commerciale de la société, qui était manifestement

blie pour retenir le lieu où est exercé le pouvoir de gestion de la société (99).

25. — Qu'apporte le code de droit international privé à cet acquis jurisprudentiel ?

L'article 4 de ce code fournit pour la première fois une définition de l'établissement principal. Selon cette disposition, il faut, pour localiser l'établissement principal, tenir compte «*en particulier*» du «*centre de direction*» ainsi que «*du centre des affaires ou des activités*» (100) et, subsidiairement, du «*siège statutaire*».

On remarquera que l'article 4 précité ne prétend pas proposer une liste exhaustive des éléments permettant de localiser le siège réel, puisque les critères retenus ne le sont qu'à titre «*particulier*». A dire vrai, la liste semble déjà bien complète et on conçoit difficilement qu'elle puisse encore être étendue par l'ajout de l'un ou l'autre nouveau élément (101). En principe on se limitera dès lors aux trois éléments énumérés par le législateur.

Celui-ci a en outre pris soin de fournir des indications sur l'articulation entre les éléments dont il propose l'utilisation. Le texte ne laisse aucun doute sur la valeur subsidiaire accordée au siège statutaire — ce qui se comprend puisqu'un tel siège n'a en réalité qu'une valeur souvent symbolique. Cet élément ne pourra dès lors être pris en considération que lorsqu'il n'est pas possible de déterminer le centre de direction. On pense à l'hypothèse d'une société 'dormante', qui ne déploie aucune activité et dont

exercée en Belgique. Ce constat une fois opéré, le tribunal en déduit que le siège réel se situe en Belgique, sauf à la société de démontrer la réalité du siège luxembourgeois qui apparaissait purement formel. On comprend le souci du tribunal de ne pas se laisser influencer par des éléments purement formels. La prise en compte d'éléments liés à l'activité commerciale de la société ne manque toutefois pas d'étonner.

(99) Voy. par exemple Liège, 27 mars 2001, *R.D.C.B.*, 2003, p. 144, note N. WATTÉ et V. MARQUETTE; comm. Hasselt, 10 nov. 2004, *T.R.V.*, 2005, p. 172, note St. CALLENS et H. MATTHYSEN.

(100) Le centre d'activités vise les sociétés civiles, voy. Proposition de loi, p. 32.

(101) On pourrait difficilement profiter de la texture ouverte de la définition pour prétendre introduire par exemple un critère déduit de la notion de 'contrôle' de la société. Sur cette notion, voy. P. VLAS, *Rechtspersonen in het internationaal privaatrecht*, 1982, Deventer, Kluwer, pp. 43-47.

les organes de direction sont inactifs depuis un certain temps (102). Sans doute le siège statutaire peut-il aussi jouer un rôle dans le cadre d'une société en formation, pour autant que les organes de direction n'aient pas encore été constitués (103).

Plus délicate est la question de savoir si le siège statutaire pourrait jouer le rôle d'élément de partage lorsque les deux autres indices ne permettent pas de trancher, comme semblent le suggérer les travaux préparatoires (104). Selon l'exemple qui y est donné, le juge pourrait tenir compte de la localisation en Belgique du siège statutaire d'une société filiale d'une société étrangère pour considérer que dès lors que le centre des affaires de cette filiale se situe en Belgique, son principal établissement doit y être localisé même si « *le pouvoir de direction s'exerce à partir d'une société mère à l'étranger* » (105).

En réalité, l'interprétation proposée (106) nous semble s'écarter du but que s'est fixé le législateur, à savoir confirmer la solution retenue précédemment tout en apportant certains éclaircissements. Les travaux préparatoires permettent une autre interprétation qui nous semble plus conforme à la volonté clairement affichée par le législateur de ne pas s'écarter de la solution prévue auparavant par les lois coordonnées et reprise par le code des sociétés (107). Les explications fournies au titre de

(102) L'exposé des motifs indique certes que le siège statutaire « *ne suffit cependant pas à lui seul* » : proposition de loi, p. 31. En l'absence d'autre élément pertinent, il nous semble qu'il s'imposera dans certaines circonstances exceptionnelles de tenir compte du siège statutaire.

(103) Sur l'application de la *lex societatis* au « mécanisme » de la société en formation, voy. S. GILCART, *La société en formation. Une étude du mécanisme sui generis de l'article 60 du code des sociétés*, 2004, Kluwer, pp. 74-92, spéc. pp. 87-92, n^{os} 56-58.

L'hypothèse inverse de la société en liquidation ne devrait pas justifier l'application du critère subsidiaire du siège statutaire dans la mesure où les organes de direction ne cesseront pas de fonctionner pendant la procédure de liquidation. Voy. en général, P. JEHASSE, *op. cit.*, pp. 56-65.

(104) Proposition de loi, pp. 31-32.

(105) *Idem*.

(106) Dont on a pu dire qu'elle était ambiguë : R. JAFFERALI, « L'application du droit belge aux sociétés de droit étranger. Une esquisse des contours de la *lex societatis* », *R.D.C.B.*, 2004, (p. 764), p. 769, n^o 6.

(107) Proposition de loi, pp. 129-130, où il est clairement indiqué que la solution consacrée à l'article 110 du code des sociétés « *ne diffère pas en substance de celle que prévoyait l'article 197 des lois coordonnées sur les sociétés, repris par l'article 56 du code des sociétés* ».

l'article 4 du code de droit international privé mettent en effet l'accent sur le fait que tant le siège statutaire que le centre des affaires n'ont été retenus que pour «aider à localiser le centre de direction» (108). Dans l'exemple donné, il faudra dès lors d'abord s'attacher à déterminer où se situe le centre de direction. Ce n'est qu'à défaut de pouvoir le localiser que l'on pourra avoir égard aux autres indices retenus par l'article 4. Or, dans la plupart des cas, un groupe de sociétés qui possède une filiale en Belgique veillera à ce que les organes de direction de cette filiale remplissent leur mission légale. Dès lors que l'on peut déterminer avec certitude que le conseil d'administration se réunit en Belgique, il n'y a pas de raison de s'écarter du critère principal qui offre satisfaction.

26. — Ces précisions permettent de dégager les principes suivants : le centre de direction demeure l'élément déterminant pour identifier l'établissement principal. Les autres éléments ne jouent qu'un rôle secondaire. En principe, leur fonction est d'aider à localiser le centre de direction. On peut en déduire que lorsque aucun doute n'affecte la localisation du centre nerveux de la société, point n'est besoin de se pencher sur les facteurs subsidiaires. Il faut donc, pour pouvoir avoir égard au centre des affaires ou subsidiairement au siège statutaire, d'abord constater qu'il est impossible de déterminer avec la précision requise le centre de direction.

Le rôle du centre de direction restera dès lors prédominant, pour n'être nuancé que dans un nombre limité d'hypothèses particulières (109). Pour revenir à l'exemple de la filiale établie en Belgique mais entièrement soumise aux injonctions d'une société

(108) Proposition de loi, p. 31. Dans le même sens, F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, nos 16-13, p. 980, selon qui la portée donnée au siège statutaire pour la détermination de l'établissement principal «est moindre que celle d'une présomption, puisque la loi n'y voit qu'un indice, de nature subsidiaire».

(109) On ne peut dès lors prétendre que le droit belge est, avec la définition de l'établissement principal, entré dans la famille des systèmes mixtes qui empruntent à la fois au siège réel et à la théorie de l'incorporation. Voy. l'analyse du système français par M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 2001, Paris, Montchrestien, pp. 88-95 (selon cet auteur, le droit international privé français doit, contrairement à ce que la doctrine classique enseigne, être compris comme retenant l'incorporation comme critère de rattachement). Voy. les remarques sur cette thèse de P. LAGARDE, *l.c.*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2003, p. 525, note 2.

mère étrangère, il faudra constater qu'elle est soumise au droit belge dès lors qu'il apparaît que le conseil d'administration qui dirige son activité, se réunit régulièrement en Belgique. Nul besoin dans ce cas d'avoir recours aux éléments subsidiaires. La circonstance que le conseil d'administration se contenterait d'entériner des décisions prises par une maison mère étrangère ou un actionnaire établi dans un pays tiers (110), nous semble à ce stade dénuée de pertinence puisque il a été constaté que les organes qui statutairement exercent la direction de la société se réunissent en Belgique. Rien n'indique à cet égard que la volonté du législateur ait été de donner à la théorie du siège réel une portée radicale qui obligerait l'interprète à localiser non pas l'endroit où les organes de la société adoptent formellement les décisions majeures qui la concernent, mais bien le lieu où s'exerce le véritable contrôle économique sur l'entité juridique.

27. — On ne peut certes nier que dans le cadre de groupes internationaux de sociétés, la direction générale du groupe exerce une influence directe et décisive sur la politique des différentes entités — à tel point que l'on évoque en droit suisse l'existence d'une «direction unique» ou «*einheitliche Leitung*» qui ferait parfois peu de cas des conseils d'administration des sociétés filiales (111). Prétendre en déduire des conséquences pour la localisation du siège réel des filiales appartenant à un groupe nous semble toutefois aller trop loin (112).

(110) Voy. les détails fournis sur l'organisation de groupes de sociétés par la jurisprudence relative au concept de 'centre des intérêts principaux' qui caractérise l'organisation de l'insolvabilité au sein de l'espace judiciaire européen. Dans l'affaire *Daisytek* par exemple, il est apparu qu'une société anglaise dirigeait une grande partie de l'activité des filiales française et allemande, intervenant dans le choix du personnel dirigeant de celles-ci, dans la politique d'achat et d'investissement, dans la gestion de la trésorerie, du système informatique, de la stratégie publicitaire, etc. Voy. High Court of Justice (Chancery Division), 16 mai 2003, *R.D.C.B.*, 2004, p. 813.

(111) A cette direction unique répond une '*Konzernhaftung*', voy. sur l'ensemble de la question H. PETER, «De quelques conséquences ultimes de la direction unique dans les groupes», *De lege ferenda. Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch*, A.H. LACHET et al. (éds.), 2004, Genève, Slatkine, pp. 177-182.

(112) Ceci d'autant plus qu'il n'existe pas de modèle unique de groupe de sociétés au fonctionnement typique. A côté de l'image classique du groupe strictement hiérarchisé, on trouve de multiples autres formes d'organisation. Il arrive fréquemment que la société faitière ne soit en réalité constituée que pour des rai-

Une approche radicale de la doctrine du siège réel, que l'Institut de droit international avait déjà rejetée en 1965 (113), imposerait en effet un difficile travail d'enquête, qui pourrait vite se heurter aux frontières nationales ainsi qu'à l'opacité et à la flexibilité de certaines structures économiques (114). A quelques rares exceptions près (115), il n'a d'ailleurs jamais été proposé de retenir comme siège réel le lieu où est établi le détenteur ultime du pouvoir de direction (116).

28. — Au total, les précisions fournies par le législateur de 2004 sur le concept d'établissement principal constituant, malgré une rédaction qui peut prêter à confusion (117), une avancée indéniable (118). Il reste cependant à vérifier que la mise en application du critère de l'établissement principal s'en trouve facilitée.

sons fiscales et ne déploie aucune activité réelle, pas même de contrôle. Voy. la description des différentes formules in *Mémento pratique F. Lefèbre. Groupes de sociétés*, 2001-2002, 2000, Ed. F. Lefèbre, n^{os} 805-830.

(113) Voy. la résolution adoptée par l'Institut lors de sa session de Varsovie en 1965 sur les sociétés anonymes en droit international privé. Aux termes de l'article 5 de la résolution, « *Le siège réel d'une société est l'endroit où elle a le centre principal de direction et de gestion de ses affaires, même si les décisions qui y sont prises le sont conformément à des directives émanant d'actionnaires résidant ailleurs* ».

(114) Sur ce point, voy. M. MENJUCQ, *op. cit.*, n^o 204, pp. 263-264.

(115) On pense bien sûr à l'affaire *Badger* qui a défrayé la chronique belge à la fin des années 1970. Dans son jugement du 14 avril 1977 déclarant la faillite de la S.A. *Badger Belgium*, le tribunal de commerce d'Anvers avait souligné que la faillie appartenait à une société mère établie aux Etats-Unis et qu'elle ne devait être considérée que comme une « *société satellite* » puisque « *la décision de fermer l'entreprise à Anvers fut prise par l'assemblée générale des actionnaires, sur instruction d'une autre filiale, une société de droit néerlandais B.V. Badger ayant son siège à La Haye, exécutant elle-même une décision prise à cette fin par la mère* » (décision reproduite in R. BLANPAIN, *The Badger Case and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 1977, Deventer, Kluwer, pp. 68 et s.).

(116) Voy. par exemple P. VLAS, *Rechtspersonen in het internationaal privaatrecht*, précité, pp. 48-49, qui estimait que la question était insuffisamment « *uitgekristaliseerd* ». Comp. avec M. FALLON, « *La responsabilité du fait d'autrui au sein d'un groupe international de sociétés en droit belge* », in *Rapports belges au X^{ème} congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, 1982, Bruylant, (pp. 31-332), spéc. p. 326, n^o 18.

(117) Voy. les critiques de R. PRIOUX, « *La nationalité des sociétés...* », *l.c.*, p. 405, n^o 45, note 13, qui fait part de sa perplexité à propos de la rédaction de l'article 4.

(118) Voy. en ce sens, H. LAMON, *l.c.*, *Rev. Gén. Fisc.*, 2005/2, p. 3, note 13, qui évoque une « *amélioration par rapport au code des sociétés qui ne prévoyait aucune définition de la notion de 'siège réel'* ».

B) *Les limites insurmontables du siège réel*

29. — Il ne suffit pas de fournir, comme l'a fait le législateur, un ou plusieurs critères qui permettent de concrétiser le facteur de rattachement retenu pour déterminer la *lex societatis*. Encore faut-il que ce ou ces critères permettent d'appréhender le plus facilement possible la réalité internationale des personnes morales.

A ce titre, on est en droit de se demander si en maintenant la référence au centre de direction comme élément décisif du rattachement, le législateur n'a pas fait trop rapidement l'impasse sur les reproches que l'on a pu formuler à l'endroit de ce critère.

C'est qu'il est devenu classique aujourd'hui de souligner les insuffisances du rattachement au seul centre de décision de la société. Il faut reconnaître que, même avec l'aide des précisions fournies par le code de droit international privé, il sera parfois difficile de déterminer avec exactitude où se situe le centre de décision.

30. — Constatons tout d'abord que le code de droit international privé ne définit pas ce qu'il faut entendre par 'centre de direction' (119). Puisque ce code entend confirmer la pratique antérieure, il faut conclure que le centre de direction est situé là où sont établis les organes statutaires de la société et «*d'où partent les impulsions directrices des affaires sociales*» (120).

Comme auparavant, on s'attachera, si les organes principaux ne sont pas établis durablement dans le même pays, à distinguer l'organe qui concentre le pouvoir le plus grand (121). En soit, cette formule ouverte n'exclut pas la nécessité d'un effort d'application qui peut dans certaines circonstances se révéler

(119) Selon les travaux préparatoires, le centre de direction «*peut correspondre à l'administration centrale dans la terminologie de la convention de Rome du 19 juin 1980*» (Proposition de loi, p. 31).

(120) F. PASSELECQ, «Les sociétés commerciales», in *Les Nouvelles — droit commercial*, III, 1934, n° 5207, p. 677.

(121) Voy. notamment comm. Hasselt, 22 avril 1998, *R.D.C.B.*, 1998, p. 404. Selon le tribunal, «*L'établissement principal est généralement situé dans le pays où la direction ou le conseil d'administration se réunit et prend les décisions. Cet endroit coïncidera généralement avec le pays où l'assemblée générale des actionnaires se réunit et où les bureaux sont établis. Lorsque ces trois éléments sont dispersés dans différents pays, la localisation de l'établissement principal devient plus difficile. Dans ce cas, il convient de donner la préférence à l'endroit où le conseil d'administration ou la direction se réunit*».

ardu. En outre, de nombreux exemples montrent le caractère parfois périlleux de la détermination du 'centre de direction'.

Même si l'hypothèse sera peu fréquente, on peut penser à la situation dans laquelle les organes de direction ne présentent pas de stabilité géographique. Cette instabilité peut affecter les groupements d'intérêt économique composés de plusieurs sociétés établies dans des Etats différents. La pratique a montré que dans ce type de structure, fort courante pour répondre aux appels d'offre de fourniture de biens ou de services émis par les institutions internationales, il n'est pas rare de voir le conseil d'administration se réunir successivement dans chacun des Etats où est établie une société membre.

D'autres constructions internationales — comme les groupes binationaux (122) — pourraient faire naître des questions similaires.

Pour se convaincre de la finitude du concept de principal établissement, il suffit d'ajouter l'hypothèse de la société de taille réduite dont l'unique but est de donner une couverture juridique aux activités commerciales d'une personne physique. Les SPRL de ce type sont nombreuses, le gérant se confondant avec l'actionnaire unique ou du moins majoritaire. Un gérant de ce type de société installé dans une des nombreuses zones frontalières dont la Belgique est riche, peut facilement déplacer son centre de gravité dans un pays voisin tout en maintenant son activité commerciale principale en Belgique. Pour peu que l'intéressé néglige de tenir à jour la documentation qui doit accompagner les décisions importantes de la société, la détermination du centre de direction ne pourra plus se faire qu'avec la plus grande peine.

Dans d'autres cas encore, le centre de décision localisé se révélera être un rattachement bien pauvre, voire purement formel. La première difficulté est bien connue. La pratique a révélé certaines hypothèses où l'éparpillement du processus décisionnel fait peser un doute sur l'adéquation du critère du centre de décision. L'exemple le plus abouti de cet éparpillement est sans doute la possibilité offerte aux organes d'une personne morale de se réunir

(122) Voy. les explications de J.-P. BLUMBERG, «Over het grensoverschrijdende associatieconcern, zetelverplaatsing en internationale fusie», *T.P.R.*, 1993, pp. 803-838, spéc. pp. 806-809.

virtuellement, par le seul biais de moyens de communication souvent sophistiqués. Lorsque les administrateurs d'une société se rencontrent le plus souvent sur les écrans d'un système de vidéoconférence, ou prennent leurs décisions suivant une procédure écrite, comment localiser le centre de décisions s'il apparaît que ces administrateurs ne sont pas établis dans le même pays ?

La difficulté n'est pas moindre lorsque la gestion de l'administration de la personne morale est confiée à un tiers qui est rétribué pour assurer la tenue des registres, la rédaction des procès-verbaux, l'organisation des réunions des organes de décision, etc. (123) Quelle valeur peut-on attribuer à la localisation du centre de décision dans un pays donné lorsqu'il apparaît qu'il est purement formel, les réunions dans ce pays des organes de décision de la société étant organisées par un tiers qui se charge de veiller au respect des prescrits légaux et de récolter les signatures d'administrateurs établis dans d'autres pays ? On est bien loin dans cette hypothèse du siège réel entendu comme le lieu où l'observateur extérieur peut, par ses propres moyens, appréhender la réalité tangible de la personne morale.

Ces difficultés sont indéniables. Elles pourraient d'ailleurs prendre encore de l'ampleur avec le mouvement initié par la Cour de justice dont la jurisprudence n'est pas sans encourager une dissociation entre le lieu où la société est effectivement installée et celle où se situe le siège statutaire.

31. — Il ne faut toutefois pas se méprendre sur l'importance des difficultés que l'on vient d'évoquer. De l'aveu même des partisans de la théorie de l'incorporation, la grande majorité des sociétés fonctionne sur un mode 'simple', c'est-à-dire que les organes de décision se réunissent dans le pays où sont localisées les activités économiques principales.

Partant, le siège réel ne pose difficulté que dans une minorité de cas (124). On peut dès lors se demander s'il faut se priver

(123) De nombreuses entreprises offrent des services de 'corporate housekeeping' de ce type. Voy. notamment les services de 'international subsidiary management' dont la société Citco vante les mérites sur le site www.citcotrust.com.

(124) Et on constate dans la jurisprudence que dans un nombre important de cas, la localisation du siège réel ne pose aucune difficulté. Elle ne fait parfois même l'objet que d'un très bref attendu. Voy. par exemple comm. Hasselt (réf.), 2 octobre 1998, *R.D.C.B.*, 1999, p. 223 (résumé H. VAN HOUTTE); comm. Bruxel-

d'une règle parce qu'elle ne donne pas satisfaction dans un nombre limité de cas. La réponse à cette question dépend tout autant des autres difficultés qui hypothèquent la doctrine du siège réel que des insuffisances propres aux alternatives proposées.

§2. — *Le renvoi comme correction au siège réel :
une solution partielle*

32. — La doctrine du renvoi ne fait pas fortune dans le droit international privé contemporain. Le code de droit international privé a d'ailleurs mis fin au règne, souvent contesté, de cette technique pour n'en retenir que trois applications particulières. L'une d'elles a trait aux personnes morales et permet à l'interprète de retenir, pour régir une personne morale dont le principal établissement est situé dans un pays qui soumet les sociétés au droit de l'Etat de leur incorporation, le droit de ce dernier Etat.

La jurisprudence française avait déjà démontré la fécondité de cette idée : pourquoi en effet vouloir soumettre une entreprise active en Angleterre à la loi de ce dernier Etat dès lors qu'il apparaît que la personne morale a été constituée en Turquie et que la règle de rattachement turque retient l'application de la seule loi turque ? (125)

33. — Tel qu'il est admis par l'article 110, alinéa 2, du code de droit international privé, le renvoi est strictement encadré : non seulement il semble constituer une obligation et non une simple faculté pour l'interprète, mais en outre, le renvoi ne peut être utilisé qu'à une fin déterminée, à savoir éviter les difficultés que pourrait faire naître l'application par deux Etats de deux lois différentes à la même personne morale. Dans cette mesure, le renvoi retrouve la fonction d'adjuvant de l'harmonie internationale que ne pouvait d'ailleurs lui garantir le régime de droit commun en vigueur antérieurement au code de droit international privé (126).

les, 13 mai 1996, *Rev. rég. dr.*, 1996, p. 460; *T.R.V.*, 1997, p. 177, note; Bruxelles, 18 février 1999, *Revue*, 2000, n° 6811, p. 243; Liège, 27 mars 2001 *R.D.C.B.*, 2003, p. 144, note N. WATTÉ et V. MARQUETTE.

(125) On aura reconnu la célèbre affaire de la *Banque Ottomane* : Paris, 19 mars 1965, *J.D.I.*, 1966, p. 117, note B. GOLDMAN et Paris, 3 octobre 1984, *Rev. crit. dr. int. privé*, 1985, p. 526, note H. SYNDET.

(126) On notera que dans le régime antérieur au code de droit international privé, la doctrine acceptait certes la possibilité de renvoi en matière de sociétés,

La conditionnalité imposée au renvoi par ce code en limite toutefois substantiellement la portée. Dès lors que le centre de direction de la personne morale est situé en Belgique, le renvoi est privé de toute utilité. La seule hypothèse où la technique du renvoi pourra trouver application est celle d'une société dont le siège réel est situé à l'étranger dans un pays qui fonde la *lex societatis* sur la théorie de l'incorporation.

Dans ces limites, le renvoi ne peut nullement pallier l'ensemble des défauts dont est affectée la doctrine du siège réel. A cet égard, le code de droit international privé ne permet pas de mettre fin au risque que deux pays différents soumettent chacun la même société à leur propre loi (127), ce qui se produira lorsque le centre de direction d'une société constituée en Angleterre est situé en Belgique (128).

A dire vrai, même un renvoi illimité n'aurait pu résoudre cette difficulté que seule l'harmonisation des règles de rattachement peut faire disparaître. Il ne faudrait pas attendre de la technique du renvoi ce qu'elle n'est pas en mesure de fournir. Outil de résolution des conflits de système, le renvoi ne pouvait au mieux que corriger certaines conséquences de la doctrine du siège réel sans pour autant faire tomber la Belgique dans le camp des pays adeptes de la théorie de l'incorporation.

§3. — *Le conflit mobile : déplacement volontaire et involontaire de l'établissement principal*

34. — On a souvent reproché à la doctrine du siège réel de favoriser l'insécurité juridique dans la mesure où le critère de rattachement qu'elle retient est susceptible d'être modifié pen-

mais la jurisprudence n'avait semble-t-il pas eu l'occasion de confirmer cette position. Quelques voix minoritaires s'opposaient au renvoi dans cette matière, voy. les références citées par J. MEEUSEN, « Article 196-197 », in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, H. BRAECKMANS et al. (éds.), 2001, Kluwer, p. 10, n° 16, note 2 *in fine*.

(127) Situation dénoncée notamment par M^{me} G. RAUCQ, « Déplacement international du siège social d'une société — honoraires », dossiers n^{os} 4328-4329, *Travaux du comité d'étude et de législation*, 1997-1998, 2000, Bruylant, pp. 660-673, spéc. 665.

(128) Sous réserve dans cette hypothèse des limitations imposées aux Etats membres par la jurisprudence européenne.

dant la vie de la société. Cette critique vise un point assurément faible de l'approche 'réaliste' des personnes morales en droit international privé : en rattachant ces dernières au droit de l'État où se situe le centre de décisions, on choisit un facteur de rattachement susceptible d'être modifié au cours de la vie de la société, ce qui peut avoir pour effet de soumettre une même société à deux lois successives dont rien ne garantit qu'elles reconnaîtront chacune la personnalité juridique de la société (129).

Le code de droit international privé permet-il de répondre à ce souci ? Il offre à deux titres un élément de réponse.

D'abord parce que la règle de rattachement précise à quel moment il faut identifier l'établissement principal. Selon l'article 110 du code de droit international privé, celui-ci est déterminant «dès sa constitution» (130). C'est donc, sous réserve d'un changement ultérieur, le moment de la constitution qui est déterminant. En réalité, au contraire des autres règles de rattachement du code de droit international privé qui font systématiquement l'objet d'une fixation temporelle permettant d'éviter le conflit mobile, l'article 110, précité, n'a pas vocation à empêcher la transformation, soudaine ou progressive, du facteur de rattachement (131).

L'article 112 du code de droit international privé, qui fait écho à l'article 110 du même code, le confirme dans la mesure où il précise qu'en cas de transfert de l'établissement principal, la personne morale est régie par le droit de l'État d'accueil à partir du transfert. Les deux règles se répondent pour départager l'application des lois concurrentes selon un strict critère chronologique.

(129) On a longtemps hésité sur la sanction qui s'attachait à un tel transfert. Il semble qu'un accord se fasse pour considérer que la société ainsi déplacée n'est pas nulle mais que les associés pourraient perdre le bénéfice de la personnalité juridique. Voy. T. TILQUIN, *l.c.*, pp. 40-41, n° 27.

(130) Dans une version antérieure, l'article 110 du projet de code de droit international privé retenait le «moment de sa constitution» : Proposition de loi, article 110. Le changement est intervenu avec l'amendement n° 79 déposé par le gouvernement (*Doc. Parl.*, sénat, SO 2003, n° 3-27/6, p. 7). La justification de cette «*correction technique résulte de ce que la société n'a pas encore d'établissement au moment même de sa constitution, mais aura un premier établissement après sa constitution*».

(131) *Comp.* F. RIGAUD et M. FALLON, *op. cit.*, 2005, nos 16-11, p. 978, selon qui l'article 110 du code de droit international privé tranche le conflit mobile.

Ces précisions clarifient une situation qui était jusqu'alors source d'importantes confusions. On appréciera le souci de précision du code de droit international privé en reconnaissant cependant que les dispositions commentées ne permettent pas de résoudre toutes les difficultés. Dès lors que le transfert de l'établissement principal procède d'une décision réfléchie des organes compétents de la personne morale, le droit positif actuel permettra de rencontrer la plupart des difficultés (132).

Il en ira autrement lorsque le déplacement de l'établissement principal s'effectue progressivement, au fil des habitudes prises par les personnes intéressés, sans que celles-ci aient nécessairement conscience de l'enjeu du déplacement (133). Dans ce cas, il sera tout d'abord plus difficile d'identifier avec précision le moment du transfert, pourtant décisif pour la succession législative. En outre, le caractère 'spontané' du transfert fait craindre que la personne morale soit soumise à un droit qui ne permette pas de lui reconnaître la personnalité juridique. Le cas typique est celui d'une PME active dans une région frontalière dont l'unique actionnaire cède le capital à un repreneur installé de l'autre côté de la frontière. Dès lors que le nouvel actionnaire localise, par facilité, le centre de décisions à son domicile, la société est soumise à un nouveau droit. Le risque est grand qu'elle puisse être invalidée ou à tout le moins considérée comme soumise au droit commun des sociétés (134).

Si le code de droit international privé ne permet pas d'aider les associés victimes d'un déplacement involontaire du centre de direction, ils pourront cependant puiser dans les ressources de la

(132) La doctrine a pu douter de la possibilité pour une société belge de transférer son siège dans un autre pays. Selon M. Heenen, il n'est pas possible de modifier la «nationalité» (lire : le droit applicable) à une société en cours de route, même à l'unanimité des associés (J. HEENEN, «A propos de la nationalité des sociétés par actions», *l.c.*, p. 98). Depuis l'entrée en vigueur du code de sociétés et la confirmation de la disparition de la théorie des 'éléments essentiels' de la société, les derniers doutes sur la question de l'émigration d'une société de droit belge ont été levés. Voy. surtout l'exposé des motifs du projet de loi instituant le code des sociétés, *Doc. Parl.*, chambre, 1998-99, n° 49-1838/1, pp. 77-78 et pp. 131-132.

(133) Sur la distinction entre un déplacement *de facto* et le transfert comme processus délibéré, voy. K. GEENS, «De zetelverplaatsing van de Europese vennootschap als vrij vestigingsvehikel», in *Liber amicorum Lucien Simont*, 2002, Bruxelles, Bruylant, (p. 1025), p. 1034, n° 6.

(134) T. TILQUIN, *l.c.*, pp. 40-41, n° 27.

jurisprudence européenne pour contrer l'influence néfaste du conflit mobile. Une fois le principal établissement d'une société déplacé de la Belgique vers le Luxembourg par exemple, la société pourra en effet se prévaloir face à l'État d'accueil de l'obligation qu'impose la Cour de justice à ce dernier de reconnaître à la société émigrante la personnalité morale et de lui en accorder les attributs.

Il ne fait plus de doute que si la société en question est constituée conformément au droit d'un État membre dans lequel elle a son siège statutaire, elle peut continuer à jouir de la personnalité juridique après avoir déplacé son établissement principal dans un autre État membre (135). En pratique, on notera que si la société émigre d'un pays qui jure par la théorie de l'incorporation, elle sera soumise par chacun des pays concernés à sa propre loi — sauf application de la technique du renvoi.

Il reste que la portée exacte de la jurisprudence européenne demeure incertaine (*supra*). Si l'État d'accueil ne peut imposer à la société les exigences de son droit qui aboutiraient à dénier aux associés le bénéfice de la personnalité juridique distincte, la société ne pourra prétendre à l'égard des autorités de l'État d'accueil, être exclusivement soumise à la loi de son pays d'origine. Entre les deux extrêmes, le juste milieu doit encore être déterminé.

§4. — *Des précisions importantes :*
le domaine de la lex societatis

35. — Non content de fournir une règle précise permettant d'identifier la *lex societatis*, le code de droit international privé innove également par l'attention qu'il porte à la délimitation du domaine du droit applicable. A l'instar d'autres dispositions de ce code, l'article 111 fournit un guide précieux permettant d'identifier les questions à ranger sous la règle de rattachement

(135) Sur ce point, L. STEFFENS, «Strijd tussen de incorporatieleer en de leer van de werkelijke zetel», *Tijd. v. Ondernemingsbestuur*, 2004, (pp. 46-53), spéc. p. 52 (M^{me} Steffens indique qu'il existe une pratique substantielle qui voit des sociétés de droit néerlandais établir leur principal établissement au Luxembourg, pour des raisons fiscales. Avant la jurisprudence *Überseering*, ces sociétés étaient contraintes de se reconstituer selon les exigences du droit luxembourgeois) et S. GILCART, *La société en formation ...*, *op. cit.*, n° 47, pp. 72-73.

déjà commentée. En soi, ces précisions ne permettent pas de rencontrer les critiques formulées à l'encontre de la théorie du siège réel. Elles permettent toutefois d'améliorer la sécurité juridique et le confort d'utilisation du praticien.

La règle proposée à l'article 111 du code de droit international privé se divise en deux parties : la première partie comporte une énumération non limitative des questions qui appellent l'application de la *lex societatis*. La seconde exclut l'application de cette même *lex societatis* à une question particulière.

36. — La plupart des questions que l'article 111 du code de droit international privé range sous la *lex societatis* sont classiques (136). Il en va ainsi de l'existence et de la nature juridique de la personne morale.

On acceptait déjà avant le code que la *lex societatis* déterminait l'existence et le contenu de la personnalité morale. La Cour de cassation avait d'ailleurs eu l'occasion de le préciser dans l'affaire *Sonatrach* (137).

Il faut être attentif à la distinction entre détermination de la loi applicable à l'existence et à la portée de la personnalité morale d'une part et ce que l'on a coutume d'appeler 'reconnaissance' de la société d'autre part (138).

Au demeurant, on retrouve dans l'énumération faite à l'article 111 du code de droit international privé l'ensemble des

(136) Pour une étude récente et complète du domaine d'application de la *lex societatis*, voy. R. JAFFERALI, «L'application du droit belge aux sociétés de droit étranger. Une esquisse des contours de la *lex societatis*», *R.D.C.B.*, 2004, pp. 764-790. Voy. du même auteur le commentaire de l'article 111 paru in *Le code de droit international privé commenté*, J. ERAUW et al. (éds.), 2006, Intersentia/Bruylant, pp. 579-583.

(137) Cass., 6 décembre 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 490, p. 1244 (publié avec les conclusions de M. l'avocat général G. BRESSELEERS in *Arr. Cass.*, 1996, n° 490, p. 1172), *R.D.C.B.*, 1997, p. 300, note B. DE GROOTE. La Cour a précisé dans cette affaire que «le droit régissant la personne morale détermine le contenu de la personnalité morale».

(138) Sur cette question, *confer supra*. L'on ajoutera que deux importantes conventions ont été conclues pour assurer la reconnaissance des sociétés 'étrangères' : aucune de ces conventions n'est toutefois entrée en vigueur. Il s'agit de la convention de La Haye du 1^{er} juin 1956 sur la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations et de la convention de Bruxelles du 29 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales. De nombreux traités d'établissement ont comblé le vide laissé par la non-ratification de ces conventions.

questions que la jurisprudence avait coutume de raccrocher à la *lex societatis* : la capacité d'ester en justice (139), qu'elle soit active ou passive (140), ainsi que le mode de représentation en justice de la société (141), les règles qui définissent le fonctionnement d'une société commerciale et l'étendue des pouvoirs légaux ou statutaires de ses organes (142), de même que les règles délimitant le champ d'activité de la personne morale, le contenu de la personnalité juridique d'une société (143), ainsi que l'étendue des pouvoirs des organes légaux ou statutaires de la société (144).

L'article 111 du code de droit international privé confirme également la distinction, déjà opérée par les cours et tribunaux (145), entre le statut de la société et celui des titres qu'elle émet (146). Une même distinction s'impose entre la *lex societatis* et d'autres questions susceptibles d'intervenir au cours de la vie de la société telle que la validité des conventions entre actionnaires.

37. — Il faut reconnaître que même avec l'aide de l'article 111 du code de droit international privé, il sera parfois difficile de cerner avec précision les contours de l'application de la *lex societatis*. La détermination du droit applicable aux conventions d'actionnaires illustre cette difficulté.

Selon l'exposé des motifs, la référence à l'article 111, §1^{er}, 6^o, du code de droit international privé aux «*rappports internes entre associés inclut dans le domaine du droit applicable l'admissibilité et les effets à l'égard de la société, de conventions d'actionnaires*» (147). Il ne faut toutefois pas en conclure que l'ensemble des questions que

(139) Article 111, §1^{er}, 4^o. Voy. déjà Cass., 11 janvier 1979, *Pas.*, 1979, p. 521.

(140) Voy. comm. Hasselt (réf.), 2 octobre 1998, *R.D.C.B.*, 1999, p. 223 (résumé H. VAN HOUTTE); selon le tribunal, le droit applicable à une société détermine si celle-ci peut être assignée devant les juridictions belges malgré l'absence de personnalité juridique. *Adde* B Bruxelles, 18 février 1999, *Revue*, 2000, n^o 6811, p. 243.

(141) Civ. Bruxelles, 20 septembre 2002, *R.D.C.B.*, 2003, p. 170.

(142) Liège, 27 mars 2001, *R.D.C.B.*, 2003, 144, note N. WATTÉ et V. MARQUETTE.

(143) Gand, 6 décembre 2001, *T.R.V.*, 2002, 376, note K. VANDEKERCKHOVE.

(144) Cass., 24 septembre 1963, *Pas.*, 1964, I, p. 86.

(145) Voy. Bruxelles, 12 juin 1996, *T.R.V.*, 1997, p. 409, note P. VANDEPITTE.

(146) Voy. surtout l'article 91 du code de droit international privé et notre commentaire in «Le nouveau droit international privé belge», *Dr. Bancaire et Fin.*, 2005, pp. 111 et s. spéc. p. 120, n^o 23.

(147) Proposition de loi, p. 131.

peut soulever une telle convention est nécessairement soumise à la *lex societatis* (148). Même si elle est conclue entre actionnaires et qu'elle a pour objet — exclusif ou non — l'organisation des relations entre actionnaires, cette convention relève aussi de la *lex contractus* qui seule pourra déterminer la validité de l'accord au regard des exigences classiques du droit des contrats. L'intervention de la *lex societatis* ne se justifie en réalité que lorsque l'objet de l'accord entre actionnaires est susceptible d'influencer directement la société ou d'autres actionnaires. Ainsi si les actionnaires règlent les modalités concrètes de leur participation aux assemblées générales de la société ou encore qu'ils organisent une procédure particulière limitant le transfert à des tiers des actions qu'ils possèdent, la *lex societatis* a vocation à intervenir (149).

D'autres opérations peuvent également soulever des difficultés de délimitation. Il en va ainsi de la cession d'une branche d'activités, opération régie par plusieurs dispositions du code des sociétés. Ces dispositions doivent-elles être appliquées lorsqu'une société dont le principal établissement est situé aux Etats-Unis souhaite céder une branche belge à une autre société établie en Belgique? Faut-il au contraire considérer que dans la mesure où le code des sociétés dispose que la réglementation en matière de

(148) Comme semblait le suggérer une partie de la doctrine avant l'entrée en vigueur du code de droit international privé, voy. les références citées par J. MEEUSEN, «Artikel 56», in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, H. BRAECKMANS et al. (éds.), 2001, Kluwer, p. 32, n° 58. *Comp. R. PRIoux*, «L'admissibilité en droit belge de l'administratiekantoor, de la fiducie et du trust portant sur des actions d'une société de droit belge», *J.T.*, 1996, (p. 449), p. 452, n° 11, qui semble exclure l'application de la *lex societatis* aux pactes d'actionnaires.

(149) Voy. comm. Bruxelles, 13 mai 1996, *Rev. rég. dr.*, 1996, p. 460; *T.R.V.*, 1997, p. 177, note : le tribunal estime que la convention, soumise par les parties au droit belge et régissant les rapports entre deux actionnaires d'une même société de droit kényan et prévoyant que l'un peut exiger de l'autre le rachat des actions que le premier possède et organisant leur participation commune au capital et au conseil d'administration de cette société, n'est pas soumise à la *lex societatis* dans la mesure où elle n'a pas pour objet de «*modifier les statuts de la société, d'organiser les augmentations de son capital ni le régime juridique de ses actions*». Le refus d'appliquer la *lex societatis* se comprend dans la mesure où la convention organise une procédure particulière de rachat des actions (promesse d'achat d'actions par une des parties au bénéfice de l'autre) qui ne déroge nullement au droit des sociétés. On peut toutefois être plus sceptique sur le refus du tribunal de tenir compte de la *lex societatis* dès lors que la convention réglait également la participation des actionnaires au conseil d'administration de la société en cause.

fusion est applicable à la cession d'une branche d'activités (150), il faut appliquer, comme le prévoit l'article 113 du code de droit international privé, la loi de chacune des sociétés en présence ? Cette application cumulative pourrait conduire à des difficultés dans la mesure où il n'est pas certain que les lois en présence prévoient une procédure particulière pour l'apport. On pourrait encore considérer que la branche d'activités constitue une universalité, ce qui justifierait l'application du droit belge au titre de loi avec laquelle la branche présente les liens les plus étroits (151) (152).

CHAPITRE IV. — En guise de conclusion

38. — Dans son rapport à la chambre des représentants, Eudore Pirmez expliquait à propos de l'article 129 de la loi du 18 mai 1873 que comme les époux étaient selon la coutume soumis à la loi du lieu «*où les conjoints devaient aller et allaient effectivement s'établir ...*», une société devait être régie par la loi de l'Etat dans lequel est situé son principal établissement parce que ce pays «*a intérêt à lui imposer ses règles*» et parce que c'est cette loi «*sous la protection de laquelle elle vit et fonctionne, qui doit la régir, plutôt qu'une loi étrangère sous laquelle un accident ou une fraude l'a fait naître*» (153).

Le code de droit international privé est resté globalement fidèle à cette vision tout en offrant à la doctrine du siège réel une nouvelle formulation accompagnée de nombreuses précisions.

(150) Selon l'article 759, alinéa 1^{er}, du code des sociétés, «*[l]es apports d'universalité ou de branche d'activité effectués par une société obéissent aux règles énoncées dans le présent titre*».

(151) En vertu de l'article 87, §2, du code de droit international privé.

(152) La levée du voile social présente des difficultés comparables qu'a remarquablement mises en lumière K. VANDEKERKCHOVE dans sa récente thèse (*Piercing the corporate veil: a transnational approach*, 2005, thèse, K.U. Leuven, 647 pp., spéc. pp. 487-528).

(153) Révision du titre III, livre I^{er}, du code de commerce, relatif aux sociétés, rapport fait par M. E. Pirmez au nom de la commission de la chambre des représentants, *Doc. Parl.*, ch., 1865-1866, n° 62, pp. 117-118 (<http://www.lachambre.be/kvvcr/showpage.cfm?section=flwb&language=fr&rightmenu=right&cfm=/site/wwwcfm/flwb/flwbgen.cfm?sess=1865660>). Voy. aussi ce passage reproduit in J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales en Belgique*, 1878, Bruylant, p. 150, n° 86.

L'ensemble apporte une réponse à certaines des interrogations que suscitait la doctrine du siège réel. L'examen qui précède a cependant permis de constater que la règle laissait subsister quelques zones d'ombre (154). En outre, on peut se demander pourquoi les rédacteurs du code de droit international privé se sont contentés d'affiner la théorie du siège réel — dont on a pu dire qu'elle était fondée sur une « exception » (155) — au lieu d'opter radicalement, comme l'invitation leur en avait été faite, pour la doctrine de l'incorporation. Les maigres arguments que fournissent à ce propos les travaux préparatoires, ne sont guère convaincants (156) — ce que l'on n'a pas manqué de relever (157).

39. — Au-delà de la crainte bien compréhensible qu'a sans doute suscitée le changement radical qu'aurait emporté l'adoption dans le code de droit international privé de la doctrine de l'incorporation, le refus par le législateur d'embrasser cette dernière se comprend aussi par les difficultés qu'elle suscite en pratique. Les défauts et insuffisances de la théorie du siège réel ont déjà été évoqués à de nombreuses reprises. L'expérience, notamment du droit comparé, apprend que la doctrine de l'incorporation n'est pas non plus à l'abri des critiques.

La séduction qu'exerce la théorie de l'incorporation dont la doctrine récente a vanté les mérites, tient avant tout à l'indénia-

(154) Zones d'ombre que pourra amplifier, dans de rares cas, l'application de la clause d'exception (article 19 du code de droit international privé) qui permet de déroger au résultat auquel conduit la règle de rattachement. Sur l'application de la clause d'exception en matière de personnes morales, voy. N. WATTÉ et C. BARBÉ, « Le nouveau droit international privé belge. Etude critique des fondements des règles de conflit de lois », *J.D.I.*, 2006, (p. 851), pp. 880-881, n° 51.

(155) F. GUILLAUME, *Lex societatis : principes de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse*, 2001, Zurich, Schulthess, p. 148 : « cette théorie n'est pas élaborée en fonction du cas normal où la principale activité de la société se déroule au lieu de son siège statutaire, mais en fonction de la situation anormale présentant une dissociation entre le siège statutaire et le siège réel d'administration de la société ».

(156) On peut notamment y lire une allusion à la tentation de l'abus et même à des difficultés fiscales auxquelles pourrait conduire la théorie de l'incorporation (Proposition de loi, p. 130). Selon l'exposé des motifs, la théorie de l'incorporation « risquait cependant de conduire à un rattachement artificiel, par exemple en cas d'incorporation dans un paradis fiscal ». Cette justification semble bien insuffisante quand on sait que le droit fiscal belge connaît des critères d'applicabilité qui lui sont propres et qui ne dépendent en rien de l'apparence formelle de la personne morale.

(157) R. PRIOUX, *l.c.*, *J.T.*, 2003, p. 24, n° 33, spéc. notes 88 à 90.

ble simplicité du système proposé : alors que la détermination du siège réel, même en tenant compte des précisions apportées par le code de droit international privé, peut s'avérer délicate, la détermination du lieu d'incorporation d'une société ne laisse place à aucun doute (158).

Cette simplicité résiste aux outrages du temps puisque la loi d'incorporation n'est pas susceptible de conflit mobile.

Ses partisans ajoutent à ses mérites que le système de l'incorporation facilite le transfert de l'établissement principal de la personne morale, qui demeure sans influence aucune sur la loi applicable (159).

40. — Les partisans les plus convaincus de la théorie de l'incorporation sont cependant contraints de reconnaître que cette doctrine ne peut être appliquée sans de nécessaires correctifs, destinés principalement à protéger les tiers et garantir une saine concurrence (160).

Le droit néerlandais offre un exemple saisissant du jeu de flux et reflux entre la théorie de l'incorporation et ses correctifs.

La *Wet conflictenrecht corporaties* (161) n'a pu être adoptée que moyennant l'adoption parallèle d'une législation visant spécifiquement les sociétés 'pseudo-étrangères'. La *Wet op de formeel*

(158) Réserve faite toutefois du cas particulier des sociétés dont la personnalité morale ne dépend pas d'un dépôt ou d'un enregistrement quelconque. L'article 154, al. 1^{er} *in fine*, de la loi fédérale suisse du 18 décembre 1987 sur le droit international privé prévoit que lorsque l'Etat d'incorporation ne prévoit pas de condition de publicité ou d'enregistrement, il suffit que la société se soit organisée selon le droit de cet Etat pour que celui-ci s'applique.

(159) Le déplacement du siège statutaire peut par contre susciter des difficultés comme le reconnaît Th. TILQUIN, *l.c.*, p. 40, n° 16. L'on reconnaîtra qu'un tel déplacement est toutefois moins fréquent qu'un déplacement du siège réel. A tout le moins le déplacement du siège statutaire est-il toujours le résultat d'une décision expresse et non le fruit d'une modification progressive des habitudes de travail des dirigeants de la société, ce qui permet d'anticiper la difficulté.

(160) Il faut reconnaître que les corrections ne se limitent pas au droit des sociétés *sensu stricto*. D'autres disciplines du droit apportent déjà une protection importante aux tiers qui sont en contact avec une entreprise qui a pris la forme d'une personne morale. Le droit des marchés financiers constitue sans doute le meilleur exemple de cette protection sur laquelle le choix par les fondateurs de la personne morale de l'Etat d'incorporation de celle-ci, n'aura aucune influence.

(161) Loi du 17 décembre 1997 «houdende regels van internationaal privaatrecht mbt corporaties», *Staats.*, 1997 n° 699.

buitenlandse vennootschappen (162) impose aux sociétés de capitaux qui sont constituées en vertu d'une loi étrangère le respect d'une série d'obligations contraignantes dès lors que ces sociétés exercent toute ou presque toute leur activité aux Pays-Bas (163).

S'inspirant de cet exemple et plus largement des règles adoptées par les législateurs suisse et italien, une partie de la doctrine plaide avec force et éloquence pour l'abandon de la théorie du siège réel jugée « archaïque » (164).

En lieu et place de ce dernier cette doctrine propose de retenir une règle de rattachement fondée sur le lieu d'incorporation de la société, l'application de la loi de cet Etat étant le cas échéant corrigée dès lors que la société exerce une partie substantielle de ses activités dans un autre pays. La liberté ainsi laissée aux fondateurs de la société se réconcilie certes bien avec l'importance croissante de l'autonomie de la volonté en droit international privé contemporain. Il ne faut toutefois pas oublier que dès lors qu'une relation juridique intéresse les tiers, les règles modernes de droit international privé s'empressent de limiter la portée de l'autonomie de la volonté. C'est le cas, sous l'empire du code de droit international privé, pour les régimes matrimoniaux (art. 49), les aliments (art. 74), le divorce (art. 55) ou encore les successions testamentaires (art. 79).

Or, on ne peut nier que le phénomène 'sociétaire' — du moins compris dans sa généralité — intéresse d'autres parties que les seuls fondateurs ou actionnaires de la société. A ce titre, la société se distingue du contrat dont les effets à l'égard des tiers sont d'une portée plus limitée — ce qui justifie l'ampleur donnée à l'autonomie de la volonté en matière contractuelle.

Certes, les défenseurs de la théorie de l'incorporation reconnaissent unanimement la nécessité d'apporter des correctifs à la loi d'autonomie. La méthode proposée suscite toutefois d'importantes interrogations. On constate en effet qu'elle repose sur le

(162) Loi du 17 décembre 1997, *Staats.*, 1997, n° 697.

(163) Ces obligations, dont le respect formait l'enjeu concret de l'affaire *Inspire Art* précitée (*supra*, note infrapaginale n° 57), portent sur le dépôt des statuts, la mention du registre d'immatriculation des sociétés, la communication du nom des actionnaires au registre des entreprises, le respect de diverses règles en matière de capital minimum ou encore le dépôt des comptes annuels.

(164) R. PRIoux, *l.c.*, *J.T.*, 2003, p. 24, n° 33.

recours aux lois d'application immédiate (165). M. Tilquin suggère par exemple de retenir, au titre de correctifs de la loi d'incorporation, les règles qui ont pour objet « *d'organiser une publicité suffisante des caractéristiques de ces sociétés et de permettre un certain contrôle de leurs caractéristiques financières* » (166).

On est en droit de se demander si ce système n'aboutit pas à déforcer quelque peu l'institution des lois d'application immédiate. Telles qu'elles ont été progressivement définies sous l'impulsion essentiellement de la doctrine française, ces règles constituent en effet un mécanisme d'exception, qui intervient avec parcimonie pour imposer l'application des règles matérielles du for malgré la dimension internationale de l'espèce.

Cette politique restrictive vis-à-vis des lois d'application immédiate, confirmée par le code de droit international privé qui a nettement donné la préférence à la règle de rattachement multilatérale, peut-elle réellement s'accommoder d'un système dans lequel on accepterait d'emblée que la règle de rattachement nécessite d'importantes corrections ? Le rôle que la doctrine de l'incorporation accorde aux règles d'application immédiate n'est-il pas en réalité à un aveu de défaite, une reconnaissance a priori du caractère insuffisant du facteur de rattachement retenu ?

41. — Au-delà des questions de méthode, le système proposé est de nature à susciter d'importantes difficultés d'application qui ne sont pas loin d'égaliser celles que l'on prête à la théorie du siège réel. Il ne suffit pas en effet de décréter que la loi de l'Etat d'incorporation devra céder devant un ensemble de règles jugées fondamentales pour la protection des tiers ou des actionnaires minoritaires. Encore faut-il déterminer quelles sont ces règles et dans quelles circonstances les règles ainsi désignées viendront corriger la loi d'incorporation.

La première difficulté est bien connue : elle nécessite un travail d'investigation dans le droit des sociétés pour identifier parmi les règles qu'il prévoit celles dont on estime qu'elles sont essentielles et qu'à ce titre elles méritent de recevoir application à toute personne morale présentant un lien suffisamment fort avec la Bel-

(165) Th. TILQUIN, *l.c.*, pp. 42 et s., n^{os} 29 et s. ; R. PRIoux, « La nationalité des sociétés ... », pp. 401-402, n^o 41.

(166) Th. TILQUIN, *l.c.*, p. 53, n^o 37.

gique. Des propositions concrètes ont été faites, qui distinguent entre règles qui visent à protéger les tiers, comme par exemple les règles en matière de capital minimum, en matière de dépôt des comptes annuels, de responsabilité des administrateurs et celles qui n'intéressent que les actionnaires. Seules ces dernières seraient soumises à la règle de l'incorporation.

Si cette distinction paraît ne pas soulever de difficultés insurmontables, elle est toutefois loin d'épuiser le sujet. La discussion sur la *Differenzierungslehre* proposée par Grassmann dans les années 1970 a montré la difficulté, voire l'impossibilité de s'accorder de manière définitive sur une liste des questions appartenant au registre des relations internes de la société et une autre intéressant les tiers (167). M. Grassmann proposait d'abandonner l'idée d'une règle de rattachement unique pour toutes les questions relatives aux personnes morales pour lui préférer une distinction entre les questions purement internes — que Grassmann proposait de rattacher à la loi de l'incorporation — et les questions qui intéressent les tiers. Parmi ces dernières, Grassmann distinguait encore plusieurs sous-catégories auxquelles répondaient différentes règles de rattachement. On sait que cette théorie a reçu un accueil peu enthousiaste, les critiques se concentrant principalement sur le caractère artificiel de la distinction entre questions internes et questions intéressant les tiers (168). On peut craindre que l'élaboration d'un catalogue raisonné des règles qui justifient une application immédiate, se heurte au même écueil.

42. — Au-delà de cette difficulté de qualification, les correctifs proposés à la théorie de l'incorporation souffrent également d'un déficit de localisation. La règle d'application immédiate appelle en effet un facteur d'applicabilité qui limite son application dans l'espace (169). Il importe dès lors de préciser avec soin quelles sociétés incorporées à l'étranger possèdent une dimension 'belge'

(167) M.G. Grassmann a exposé sa thèse dans son ouvrage bien connu : *System des internationalen Gesellschaftsrechts*, 1970, Berlin, Herne, spéc. pp. 343-575, n^{os} 615-1187.

(168) Voy. le compte-rendu de ces critiques par P. VLAS, *Rechtspersonen in het internationaal privaatrecht*, précité, 5, pp. 5-56.

(169) F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, n^{os} 4-8, p. 132.

suffisamment affirmée pour justifier l'accroc fait à la loi d'incorporation.

Sur ce plan les partisans de la théorie de l'incorporation n'élaborent guère de propositions précises. Faut-il se contenter, comme l'a fait le législateur néerlandais, de viser les sociétés 'off-shore', c'est-à-dire celles dont les activités sont exercées presque totalement en Belgique et qui n'ont d'autres liens avec l'État d'incorporation outre ce dernier facteur, qu'un domicile ou enregistrement purement administratif?

Si telle est l'intention, il ne sera pas trop difficile d'identifier les sociétés visées. On peut toutefois se demander s'il ne faut pas aller plus loin et permettre également l'application des règles de police du for à une société qui, bien qu'incorporée à l'étranger, s'est progressivement investie en Belgique pour finalement y localiser son centre de direction.

C'est ce que propose le législateur italien qui, tout en retenant en principe le rattachement à la loi de l'État d'incorporation (170) précise que les sociétés ayant leur siège d'administration en Italie ou dont l'activité principale s'exerce en Italie, demeurent soumises à la loi italienne (171). A suivre ce raisonnement, l'application de la loi d'incorporation est limitée dans les faits aux seules sociétés étrangères qui n'entretiennent avec l'Italie que des contacts occasionnels (172).

L'expérience suisse a montré que pour définir le facteur d'applicabilité de la règle correctrice, l'on en revient inmanquablement à un critère qui s'apparente au siège réel (173).

(170) Article 25, §1^{er}, al. 1, de la loi n° 218 du 31 mai 1995.

(171) Article 25, §1^{er}, al. 2, de la loi n° 218 du 31 mai 1995.

(172) On peut d'ailleurs se demander comment justifier la compétence des juridictions italiennes à l'égard de ces sociétés.

(173) Voy. à propos de l'article 159 de la loi fédérale suisse du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP), qui permet aux juges suisses d'appliquer le droit suisse pour régir la responsabilité des associés d'une société créée à l'étranger mais qui exerce ses activités en Suisse ou à partir de la Suisse, F. GUILLAUME, *Lex societatis : principes de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse*, 2001, Zurich, Schulthess, pp. 222-225. M^{me} Guillaume conclut (p. 225) que «l'article 159 LDIP constitue donc à notre avis une intrusion du système du siège réel dans le système général de rattachement à l'État d'incorporation prévu dans la LDIP».

43. — En définitive, la détermination du champ d'application spatial des règles d'application immédiate semble susceptible de susciter autant de difficultés que l'élucidation du concept de siège réel (174). Il est vrai que si l'on opte pour le système de l'incorporation, les difficultés sont confinées au mécanisme de correction alors que dans le système du siège réel, c'est la règle générale elle-même qui provoque des difficultés. Toutefois, cette règle générale ne pose problème que dans une série limitée de cas puisque, comme le reconnaît M. Tilquin lui-même, dans la plupart des cas, le siège réel est facilement déterminable (175).

Au-delà d'une nécessaire spécialisation d'une règle de rattachement dont la généralité ne s'accorde plus avec l'ampleur que revêt le droit contemporain des sociétés, la détermination de la loi applicable aux sociétés demeure, entre incorporation et siège réel, un délicat exercice.

Le code de droit international privé, fidèle à sa vocation de codifier le droit existant, ne franchit pas le pas qui aurait pu mener la Belgique dans le camp de la théorie de l'incorporation. Sans doute n'est-ce pas là le dernier chapitre d'une longue histoire dont la fin reste encore à écrire.

Patrick WAUTELET

CHARGÉ DE COURS
À L'UNIVERSITÉ DE LIÈGE,
AVOCAT

(174) M. Vlas avait déjà identifié la difficulté en 1982. Proposant de retenir en droit international privé néerlandais le système de l'incorporation tout en soumettant quelques questions particulières aux 'voorrangsregels' du droit néerlandais, M. Vlas reconnaissait qu'il serait difficile de définir avec précision dans quelles circonstances ces règles devaient s'appliquer. Il suggérait dès lors de retenir une formule ouverte pour définir leur applicabilité («*indien de buitenlandse rechtspersoon nauw met Nederland verbonden is*») et de laisser aux juridictions le soin de concrétiser cette formule ouverte (*Rechtspersonen in het internationaal privaatrecht ...*, p. 68).

(175) Selon M. Tilquin, «*dans la très grande majorité des cas, tous les facteurs de rattachement de la société et de son entreprise convergent vers un même Etat*» (*l.c.*, p. 6, n° 1).