

# L'application du droit belge aux sociétés de droit étranger. Une esquisse des contours de la *lex societatis*<sup>1</sup>

Rafaël Jafferli<sup>2</sup>

<b>I. Introduction</b> .....	765
<b>II. Détermination de la <i>lex societatis</i></b> .....	766
<b>A. Théorie du siège réel</b> .....	766
<b>B. Mécanismes dérogatoires</b> .....	769
1. Généralités .....	769
2. Lois d'application immédiate .....	770
3. Liberté d'établissement .....	771
<b>III. Domaine de la <i>lex societatis</i></b> .....	773
<b>A. Généralités</b> .....	773
<b>B. Constitution et dissolution</b> .....	775
<b>C. Existence, capacité et représentation</b> .....	776
<b>D. Régime des titres</b> .....	777
1. Régime des actions .....	777
2. Interférence de la <i>lex rei sitae</i> .....	778
3. Interférence de la <i>lex contractus</i> .....	779
4. Interférence des lois d'application immédiate .....	780
5. Régimes des autres variétés de titres .....	781
<b>E. Responsabilité</b> .....	782
1. Responsabilité aggravée en cas de faillite .....	782
2. Responsabilité de la société .....	783
3. Responsabilité des administrateurs .....	784
4. Responsabilité des associés .....	785
<b>F. Capital</b> .....	786
1. Généralités .....	786
2. Participations croisées entre mère et filiales .....	786
3. Participations croisées entre sociétés indépendantes .....	787
<b>IV. Conclusion</b> .....	790

## RÉSUMÉ

La présente étude a pour objet d'examiner dans quelle mesure une société soumise au droit étranger peut néanmoins être régie, en vertu des règles belges de conflit de lois, par des dispositions du droit belge, et, en particulier, du droit belge des sociétés.

La première partie, consacrée à la détermination de la loi applicable aux sociétés, aborde successivement la théorie du siège réel et deux de ses mécanismes correcteurs, à savoir les lois d'application immédiate et la liberté d'établissement communautaire.

La seconde partie porte sur le domaine de la *lex societatis* et tend à préciser les matières qui échappent à la compétence de cette loi au profit d'une autre, telle que la *lex rei sitae*, la *lex contractus*, la *lex loci delicti commissi*, la *lex concursus*, la règle *locus regit actum* ou la *lex fori*. Sont ainsi examinées, la constitution et la dissolution des sociétés; leur existence, leur capacité et leur représentation; les titres émis par elles; le régime des responsabilités; et, enfin, le capital des sociétés. Le problème de la loi applicable aux participations croisées fait l'objet d'une attention particulière.

<sup>1</sup> L'auteur tient à exprimer sa plus vive gratitude au Professeur Nadine Watté et à Mme Vanessa Marquette, sans le concours desquelles cet article n'aurait jamais pu voir le jour. Il tient également à remercier M. Benjamin Docquir, Mlle Murielle Lafontaine, M. François Soenens, M. Renaud Thüngen et M. Sébastien Van Koekenbeek pour leur aide précieuse. Il va de soi que l'auteur assume seul l'entière responsabilité des éventuelles erreurs et imperfections de son texte.

<sup>2</sup> Assistant à l'Université libre de Bruxelles, avocat au barreau de Bruxelles.

## SAMENVATTING

*In deze bijdrage wordt onderzocht in welke mate een vennootschap die beheerst wordt door een vreemd recht, op grond van het internationaal privaatrecht onderworpen kan zijn aan de regels van het Belgisch recht en, meer in het bijzonder, aan het Belgisch vennootschapsrecht.*

*Het eerste deel is gewijd is aan de bepaling van het toepasselijke recht voor vennootschappen en behandelt achtereenvolgens de werkelijke zetelleer en twee van de corrigerende mechanismen, met name de voorrangsregels en de Europese vrijheid van vestiging.*

*Het tweede deel gaat over de *lex societatis* en beoogt de materies aan te wijzen die niet onder deze maar onder een andere verwijzingscategorie vallen, zoals de *lex rei sitae*, de *lex contractus*, de *lex loci delicti commissi*, de *lex concursus*, de *regel locus regit actum* of de *lex fori*. Zo worden nader bekeken: de oprichting en de ontbinding van vennootschappen, hun bestaan, hun bekwaamheid en vertegenwoordiging, de effecten die worden uitgegeven, het aansprakelijkheidsregime en, ten slotte, het kapitaal van de vennootschappen. De problematiek inzake het toepasselijke recht op kruisparticipaties wordt apart besproken.*

## I. INTRODUCTION

1. Lors de sa session de Varsovie de 1965, l'Institut de Droit international adopta une résolution relative aux sociétés anonymes en droit international privé. Le préambule de la résolution, tout en insistant sur l'intérêt pour les sociétés d'être soumises à une loi unique – communément appelée la *lex societatis* –, rappelait la tension permanente existant entre cette loi et la loi locale<sup>3</sup>.

Près de quarante ans plus tard, ces considérations n'ont rien perdu de leur actualité. Tout État se trouve, en effet, confronté à des impératifs contradictoires: d'une part, attirer les sociétés étrangères<sup>4</sup>, dont l'accueil est perçu comme étant profitable à l'économie nationale, en leur permettant de déployer leurs activités sur le territoire aux mêmes conditions que dans leur État d'origine; et, d'autre part, veiller à la cohésion de son ordre juridique interne et à la protection des acteurs économiques nationaux, en faisant bénéficier ces derniers d'une réglementation identique, quelle que soit l'origine de leurs partenaires commerciaux.

Cette tension révèle tout l'intérêt de la question de la détermination des domaines respectifs de la *lex societatis* et de la loi locale.

2. La présente étude a pour objet d'examiner dans quelle mesure une société soumise au droit étranger peut néanmoins être régie, en vertu des règles belges de conflit de lois, par des dispositions relevant du droit belge, et en particulier du droit belge des sociétés.

On ne saurait, bien évidemment, prétendre à l'exhaustivité en traitant un sujet aussi vaste. Notre intention est plus modeste: il s'agit d'abord de rappeler brièvement les principes qui président à la détermination de la loi compétente pour régir une société, ainsi que les mécanismes permettant de faire exception à la compétence de cette loi (II). Ces questions ayant déjà fait l'objet d'une abondante littérature, nous pourrions nous contenter de rappeler les grands principes en la matière et de renvoyer, pour le surplus, aux études spécialisées.

Après cette première partie assez théorique, nous entrerons dans le vif du sujet en abordant l'examen du domaine de la *lex societatis* (III). Cette question a fait l'objet d'une intéressante synthèse dans le Code de droit international privé<sup>5</sup>. Sous cette réserve, le problème, souvent traité en termes assez généraux, a globalement peu retenu l'attention de la

3. 'Désirant contribuer à surmonter l'opposition qui existe actuellement en matière de facteur de rattachement des sociétés anonymes; Prenant en considération l'intérêt résultant pour la communauté internationale d'une intensification des relations économiques internationales par la possibilité pour les sociétés d'exercer directement et sous le seul régime de la loi de la société leur activité dans les États autres que celui dont la loi les régit;

Estimant que la prise en considération de cet intérêt conduit à énoncer les limites que les États devraient respecter dans l'exercice de leur faculté d'appliquer aux sociétés étrangères les dispositions de leur propre législation, notamment les dispositions tendant à protéger les créanciers nationaux de ces sociétés et à assurer entre celles-ci et les sociétés de droit interne des chances égales dans la concurrence;' (*Ann. I.D.I.*, vol. 51-II, pp. 263 et s.; en italique par nous).

4. L'expression est ici utilisée au sens courant des termes. Même s'il convient de distinguer soigneusement la nationalité des sociétés de la loi qui leur est applicable (voy. les réf. citées à la note n° 12), nous utiliserons indifféremment, dans la suite de cette contribution, les termes 'société étrangère' et 'société de droit étranger' pour désigner les sociétés soumises, sur le plan des conflits de lois, à une loi étrangère.

5. Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, *M.B.* 27 juillet 2004, vig. 1<sup>er</sup> octobre 2004 (art. 140). La présente contribution ayant été rédigée avant l'adoption définitive du Code, elle se réfère encore à l'article 56 C.soc. et à la notion de siège réel. Sur la procédure d'adoption du Code, voyez en particulier: proposition de loi portant le Code de droit international privé, Développements, *Doc. parl.* Sénat, s.e., 2003, n°3-27/1, ci-après la 'Proposition de Code de DIP'; Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme Nyssens et M. Willems, *Doc. parl.* Sénat, s.o., 2003-04, n° 3-27/7, ci-après le 'Rapport Nyssens-Willems'; Sur le plan de la loi applicable aux sociétés, seuls des amendements d'ordre technique ont été adoptés par rapport à la proposition de loi initiale (voy. Rapport Nyssens-Willems, pp. 193-207, 259-260 et 363-364). Voy. aussi *infra*, n° 16.

doctrine récente. C'est donc en nous inspirant, notamment, des solutions données en droit français<sup>6</sup> que nous tâcherons de mettre en lumière certains points délicats ou qui nous auront paru dignes d'intérêt.

Il nous sera alors possible d'émettre quelques réflexions en guise de conclusion (IV).

## II. DÉTERMINATION DE LA LEX SOCIETATIS

3. Après avoir brossé les contours de la théorie siège réel (A), nous aborderons les mécanismes susceptibles d'apporter une dérogation à la compétence de la *lex societatis* (B).

### A. Théorie du siège réel

4. 'Une société dont le siège réel est en Belgique est soumise à la loi belge, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger' (art. 56 du Code des sociétés). La règle était autrefois reprise, en des termes presque identiques, à l'article 197 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, et auparavant à l'article 129 de la loi du 18 mai 1873<sup>7</sup>.

Cette disposition a été interprétée comme consacrant la *théorie du siège réel*. Rédigée sous une forme unilatérale (les sociétés dont le siège réel est établi en Belgique sont régies par la loi belge), elle a, selon un procédé classique du droit international privé, été multilatéralisée (les sociétés sont régies par la loi de l'État sur le territoire duquel leur siège réel est établi)<sup>8</sup>.

L'utilisation du siège réel comme facteur de rattachement fait l'objet de critiques de plus en plus vives des partisans de la *théorie de l'incorporation*<sup>9</sup>. Selon cette dernière théorie, qui a notamment reçu les faveurs des pays de tradition anglo-

saxonne, les sociétés devraient plutôt être soumises à la loi du lieu de leur constitution.

En droit positif, cependant, et sous réserve des mécanismes correcteurs examinés ci-après (n°s 8 et s.), seule la loi du siège réel peut être prise en considération.

Cette solution a encore été confirmée lors de l'examen du projet de Code de droit international privé au Sénat. Dans un souci de simplification terminologique, les termes '*établissement principal*' ont cependant été préférés à ceux de '*siège réel*', sans que la signification du concept n'en ait été sensiblement affectée<sup>10</sup>.

Il convient encore de préciser que la détermination de la loi applicable à une société par référence à son siège réel ne doit pas être confondue avec des questions connexes, à savoir celles de l'existence pour les sociétés d'un statut personnel<sup>11</sup> et d'une nationalité<sup>12</sup> et celle de leur reconnaissance<sup>13</sup>. La doctrine s'est attachée, de longue date, à distinguer soigneusement ces différentes problématiques.

5. Quels sont les *groupements concernés* par l'article 56 du Code des sociétés?

Repris dans le Livre IV du Code des sociétés, intitulé '*Dispositions communes aux personnes morales régies par le*

6. Le droit international privé français recourt en effet à un facteur de rattachement similaire à celui utilisé en droit belge, à savoir le siège social de la société, bien qu'il ne reçoive pas exactement la même définition. Par ailleurs, l'étude des limites de la compétence de la *lex societatis* nous amènera à examiner d'autres règles de conflit (en matière réelle, délictuelle, contractuelle ou autre) qui ont été élaborées, en France comme en Belgique, sur la base de textes souvent identiques ou fort proches, tels que l'art. 3 du Code civil ou la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Ces deux éléments expliquent l'intérêt que présente en l'espèce l'étude du droit international privé français.

7. Sur le toilettage du texte lors de son incorporation dans le Code des sociétés, voy. F. HELLEMANS, 'De codificatie van het vennootschapsrecht. Tijd voor 'legislative governance'?', *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht. Zoeken naar oplossingen voor de 21ste eeuw*, Kalmthout, Biblio, 1999, pp. 377 et s., n° 45, p. 406; R. PRIOUX, 'Les sociétés belges et les sociétés étrangères', *Dernières évolutions en droit des sociétés*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau, 2003, pp. 311 et s., n°s 4 et s., pp. 313 et s. Sur la *ratio legis* de ce texte, voy. T. TILQUIN, 'L'incorporation comme facteur de rattachement de la *lex societatis*', *R.P.S.* 1998, pp. 5 et s., n° 10, p. 17; N. WATTÉ et V. MARQUETTE, 'Les sociétés. Questions choisies de droit international privé', *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, pp. 665 et s., n° 15, p. 676.

8. R. PRIOUX, *o.c.*, *Dernières évolutions en droit des sociétés*, n° 6, p. 315.

9. Voy. T. TILQUIN, *o.c.*, *R.P.S.* 1998, n°s 23 et s., pp. 38 et s.; R. PRIOUX, *o.c.*, *Dernières évolutions en droit des sociétés*, n°s 40 et s., pp. 340 et s.

10. Voy. le Rapport Nyssens-Willems, p. 259: 'En ce qui concerne la notion d'établissement principal, le professeur Fallon remarque qu'elle s'inscrit dans le prolongement de la pratique en droit positif belge'. Voy. aussi la Proposition de Code de DIP, pp. 31-32 et 129-130, et le Rapport Nyssens-Willems, p. 202. Voy. toutefois *infra*, n° 6.

11. Voy. Cass. (1<sup>ère</sup> ch.) 12 avril 1888, *Tant/Boutmy*, *Pas.* 1888, I, p. 186; R. ABRAHAMS, *Les sociétés en Droit International Privé. Recherche du principe d'extraterritorialité*, Liège, Maison Desoer, 1956, pp. 34 et s.; T. TILQUIN, *o.c.*, *R.P.S.* 1998, n° 10, p. 18.

12. Voy. R. PRIOUX, *o.c.*, *Dernières évolutions en droit des sociétés*, n°s 10 et s., pp. 318 et s.; T. TILQUIN, *o.c.*, *R.P.S.* 1998, n° 3, p. 10; N. WATTÉ et V. MARQUETTE, *o.c.*, *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, n° 13, p. 675. Pour une critique de la notion de nationalité d'une personne morale, voy.: les concl. de M. le procureur-général F. Dumon, alors avocat-général, sous Cass. (1<sup>ère</sup> ch.) 12 novembre 1965, *Lamot*, *R.P.S.* 1966, pp. 139 et s., spéc. pp. 151 et s.; V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé. L'unité du concept et ses applications pratiques. Allemagne, Angleterre, Belgique, État-Unis, France, Italie, Pays-Bas et Suisse*, Bruxelles, Bruylant, 1995, n°s 176 et s., pp. 151 et s.

13. Voy. l'art. 58, al. 1<sup>er</sup>, du Code des sociétés; C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. I, 3<sup>e</sup> éd. par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 22bis, p. 64; J. SACE, C. STORCK et A. PATERNOSTER, 'La loi nationale face aux structures patrimoniales étrangères', *Rev. not. b.* 2000, pp. 234 et s., spéc. p. 236; N. WATTÉ et V. MARQUETTE, *o.c.*, *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, n°s 5 et s., pp. 668 et s.

présent Code', cet article s'applique indéniablement à toutes les sociétés de droit privé dotées de la personnalité juridique<sup>14</sup>. On peut toutefois s'interroger sur son application aux personnes morales sans but de lucre, aux personnes morales de droit public ainsi qu'aux groupements non personnifiés.

Concernant la loi applicable aux *personnes morales sans but de lucre*, l'on tendait à appliquer, par analogie, la théorie du siège réel<sup>15</sup>. Cette interprétation n'a pas été démentie suite à la récente refonte de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations<sup>16</sup>.

La question est plus délicate concernant les *personnes morales de droit public*. Il existe deux courants, l'un prônant la compétence de la loi publique étrangère indépendamment de la localisation du siège réel<sup>17</sup>, l'autre appliquant par analogie l'article 56 du Code des sociétés<sup>18</sup>.

À notre avis, s'il ne fait pas de doute qu'une personne morale exerçant une parcelle de la puissance publique d'un État doit être régie par la loi de cet État, la solution n'est pas aussi claire pour les personnes morales exerçant une activité

purement commerciale à l'exclusion de tout service public, et qui ne devraient leur caractère public, par exemple, qu'à une participation majoritaire de l'État étranger dans leur capital<sup>19</sup>. Ces entreprises restent, en effet, pour une large part, soumises aux règles applicables aux sociétés de droit privé<sup>20</sup>. Il nous semble dès lors que si une telle personne morale était, dans la réalité des choses, dirigée depuis la Belgique, elle ne pourrait se prévaloir de la loi étrangère qui l'a instituée pour échapper à l'application de la loi belge<sup>21</sup>.

Enfin, il semble qu'à défaut de véritable siège réel, l'article 56 ne puisse s'appliquer aux *sociétés dépourvues de la personnalité juridique*. Le siège social est en effet un attribut de la personnalité morale<sup>22</sup>. Par ailleurs, l'article 56 est inséré dans le Livre IV du Code des sociétés, intitulé '*Dispositions communes aux personnes morales régies par le présent code*'<sup>23</sup>. Il convient donc d'appliquer – par analogie<sup>24</sup> – les règles de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>25</sup>. À défaut de choix par les parties de la loi applicable, et dès lors qu'il est difficile d'identifier la prestation caractéristique, le contrat devra être rattaché à la loi de l'État avec lequel il présente les

14. Voy. J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W.Venn. (oude art. 197 Venn. W.)', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Mechelen, Kluwer, 2000, n° 35, p. 19.

15. Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.) 15 juillet 1998, *J.T.* 1999, p. 647 (association sans but lucratif); Civ. Bruxelles (2<sup>e</sup> ch.) 14 novembre 1911, *Rev. dr. int. priv.* 1913, pp. 178 et s., et note C. DE VISSCHER, pp. 183 et s., spéc. p. 198 (fondation); P. DE PAGE et de B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, 'La constitution d'une société d'une personne et l'ordre public international belge', *R.P.S.* 1979, pp. 1 et s., n° 4, p. 8; J. ERAUW, 'Rechtspersonen met activiteit over de landsgrenzen', *Rechtspersonenrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, pp. 113 et s., n° 17; R. VANDER ELST, *Rép. not.*, t. XVIII, *Le droit international privé, I, I, Règles générales des conflits de lois*, Bruxelles, Larcier, 1989, n° 92.2, p. 155; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1989, n° 731, p. 331.

16. D. VAN GERVEN, *Handboek Verenigingen. De verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid, de verenigingen zonder winstoogmerk (VZW's), de internationale vereniging zonder winstoogmerk, de beroepsverenigingen en de buitenlandse verenigingen*, Kalmthout, Biblo, 2002, n° 772, p. 525.

17. B. DE GROOTE, 'Buitenlandse overheidsbedrijven: rechtspersoonlijkheid en uitvoeringsimmunité', *R.D.C.* 1997, pp. 285 et s., n° 14, p. 289; F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, t. II, Bruxelles, Larcier, 1993, n° 1574, p. 732; V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé, o.c.*, n° 178, p. 153; R. VANDER ELST, *o.c.*, *Rép. not.*, t. XVIII, I, I, n° 91.2, p. 155.

En ce sens, il est possible d'invoquer Cass. 6 décembre 1996, *R.D.C.* 1997, pp. 300 et s., spéc. p. 302, qui, immédiatement après avoir décidé que '*de inhoud van de rechtspersoonlijkheid bepaald door het recht van die rechtspersoon*', se réfère à l'octroi de la personnalité morale au groupement en cause par l'art. 4 de l'ordonnance algérienne n°s 71-74 du 16 novembre 1971. La même formule est reprise par la cour de renvoi, voy. Gent (1<sup>ère</sup> ch.) 6 décembre 2001, *T.R.V.* 2002, pp. 376 et s., spéc. p. 378, note K. VANDEKERCKHOVE. Il n'est cependant pas possible de déduire avec certitude de l'arrêt de cassation au regard de quel critère '*het recht van die rechtspersoon*' doit être déterminé, d'autant qu'en l'espèce, il n'était pas contesté que la loi du siège réel coïncidait avec la loi publique étrangère (comp. J. ERAUW, *o.c.*, *Rechtspersonenrecht*, n° 13). Quant aux conclusions du ministère public (publiée dans *Arr. Cass.* 1996, p. 1172), elles considèrent certes que '*de Algerijnse Staat de draagwijdte van de door hem verleende rechtspersoonlijkheid bepaalt*', ce qui plaide en faveur de la compétence de la loi publique étrangère, mais elles se réfèrent simultanément à l'arrêt de la Cour de cassation du 12 avril 1888, qui est généralement interprété comme appliquant la théorie du siège réel. Aucune conclusion certaine ne peut donc être tirée sur ce point.

18. Bruxelles (ch. vac., 1<sup>ère</sup> section) 21 septembre 1995, *R.P.S.* 1996, p. 125 (affaire *Air Zaïre*), et obs. J.-L. VAN BOXTAEL, pp. 128 et s., n° 11, p. 148; J. ERAUW, *o.c.*, *Rechtspersonenrecht*, n° 17.

19. Ainsi, selon la jurisprudence du Conseil d'État français, une société relève du secteur public dès lors que la majorité au moins de capital social appartient à l'État, aux collectivités publiques, aux établissements publics ou à des entreprises du secteur public. Voy. P. QUERTAINMONT, *Droit administratif de l'économie. L'interventionnisme économique des pouvoirs publics*, 3<sup>e</sup> éd., Diegem, Kluwer, 2000, n° 6, p. 8, note n° 12.

20. *Ibid.*, n° 217, p. 229. Voy. aussi K. VANDEKERCKHOVE, 'Enkele bemerkingen over Staatsondernemingen, doorbraak van aansprakelijkheid en toepasselijk recht', note sous Gent (1<sup>ère</sup> ch.) 6 décembre 2001, *T.R.V.* 2002, pp. 380 et s., n° 16, p. 384.

21. Comp. avec l'affaire *Air Zaïre*, cité *supra*, note n° 18. La question est cependant délicate dans la mesure où il n'appartient, en principe, pas à l'État belge d'imposer à un État étranger sa propre conception des activités qui relèvent ou non du service public.

22. T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, Bruxelles, Kluwer, 1996, n° 856, p. 648.

23. J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen, o.c.*, n° 35, p. 19.

24. La Convention de Rome exclut en effet de son champ d'application les '*questions relevant du droit des sociétés, associations et personnes morales, telles que la constitution, la capacité juridique, le fonctionnement interne et la dissolution des sociétés, associations et personnes morales, ainsi que la responsabilité personnelle légale des associés et des organes pour les dettes de la société, association ou personne morale*' (art. 1<sup>er</sup>, § 2, f). Sur la portée de cette exclusion, voy. R. VANDER ELST, *o.c.*, *Rép. not.*, t. XVIII, I, I, n° 59bis, E, p. 113. Voy. toutefois, en faveur d'une application directe de la Convention de Rome sans recours à l'analogie J. ERAUW, 'Internationaal privaatrechtelijke aspecten van joint-ventures', *La coopération entre entreprises*, Bruxelles, Bruylant et Antwerpen, Kluwer, 1993, pp. 357 et s., spéc. p. 366; J. ERAUW, M. CLAEYS, K. LAMBEIN, K. ROOX et J. VERHELLEN, 'Overzicht van rechtspraak. Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht 1993-1998', *T.P.R.* 1998, pp. 1533 et s., n° 279.

25. En ce sens: Proposition de Code de DIP, p. 129. Voy. aussi J. ERAUW, *o.c.*, *Rechtspersonenrecht*, n° 4; R. VANDER ELST, *o.c.*, *Rép. not.*, t. XVIII, I, I, n° 85.2, p. 148.

liens les plus étroits, qui sera souvent le lieu où l'activité de la société est exercée<sup>26</sup>.

6. Reste à indiquer comment se détermine le *siège réel* d'une société.

En droit positif, celui-ci est le lieu effectif à partir duquel la société est gérée, même s'il diffère du siège statutaire. Le siège réel est cependant présumé coïncider avec le siège indiqué dans les statuts<sup>27</sup>.

Différents critères sont utilisés pour localiser le siège réel. On tient généralement compte du lieu où sont prises les décisions intéressant la vie sociale et donc du lieu de réunion du conseil d'administration et de l'assemblée générale, du lieu où sont tenus la comptabilité centrale, les documents sociaux et les archives, et même, le cas échéant, d'autres éléments de fait<sup>28</sup>.

En cas de divergence entre ces indices, on donne souvent la préférence au lieu de réunion de l'organe qui détient effectivement le pouvoir de gestion de la société (le plus souvent, le conseil d'administration)<sup>29</sup>.

Il n'en demeure pas moins que la localisation exacte du siège réel peut s'avérer problématique, notamment lorsque les organes ne se réunissent pas toujours au même endroit ou lorsque les décisions sont prises exclusivement par écrit<sup>30</sup>. Il s'agit donc, avant tout, d'une question d'appréciation en fait.

Cela étant, le siège réel ne doit pas être confondu avec le siège d'exploitation de la société<sup>31</sup>: si ce dernier désigne le lieu où l'activité économique de la société est exercée, le premier vise le centre décisionnel de la personne morale.

L'adoption du Code de droit international privé ne devrait, en principe, pas bouleverser les solutions existantes. Comme indiqué ci-dessus (n° 4), la notion de siège réel est simple-

ment remplacée par celle d'établissement principal, expression que l'on trouvait au demeurant à l'article 197 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales avant la promulgation du Code des sociétés.

À cet égard, l'article 4, § 3, du Code de DIP dispose: '*Pour l'application de la présente loi, l'établissement principal d'une personne morale se détermine en tenant compte, en particulier, du centre de direction, ainsi que du centre des affaires ou des activités et, subsidiairement, du siège statutaire*'<sup>32</sup>. Les travaux préparatoires indiquent à cet égard que les trois critères – le centre de direction (c'est-à-dire le centre décisionnel), le centre des affaires (à savoir, semble-t-il, le siège d'exploitation) et le siège statutaire – doivent être examinés dans un ordre de priorité décroissant<sup>33</sup>. Il existe toutefois une certaine ambiguïté dans la mesure où il est précisé que, si le centre des affaires coïncidait avec le siège statutaire, ces deux critères devraient primer sur le centre de direction. En définitive, et comme les travaux préparatoires le confirment, la détermination de l'établissement principal reste, avant tout, une question d'appréciation factuelle.

7. Enfin, le transfert du siège réel de la société au cours de la vie sociale est susceptible d'entraîner un concours entre la loi de l'État de d'origine et celle de l'État d'accueil, cette hypothèse particulière étant appelée *conflict mobile*<sup>34</sup>.

Cette question ayant déjà fait l'objet d'une abondante littérature, nous nous permettons d'y renvoyer le lecteur. Bornons-nous à signaler que si, depuis l'entrée en vigueur du Code des sociétés, la question de l'émigration des sociétés ne pose plus guère de difficultés<sup>35</sup>, celle de leur immigration sur le territoire belge a connu un certain regain d'intérêt depuis la fin de la théorie des cadres légaux obligatoires.

En effet, en vertu de l'article 2, § 4, du Code des sociétés, les

<sup>26</sup> J. ERAUW, *o.c.*, *La coopération entre entreprises*, p. 367; J. ERAUW *e.a.*, *o.c.*, *T.P.R.* 1998, pp. 1533 et s., n° 279. Voy. aussi T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, *o.c.*, n°s 801 et s., pp. 610 et s.

<sup>27</sup> Comp. avec l'art. 3, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> phrase, du Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité, *J.O.C.E.* (L) 160 du 30 juin 2000, p. 1. Voy. aussi J. ERAUW, *o.c.*, *Rechtspersonenrecht*, n° 15, qui souligne que le siège statutaire comporte une indication claire concernant la volonté des associés, au moins lors de la constitution de la société.

<sup>28</sup> Voy. J.-P. BLUMBERG, 'Over het grensoverschrijdende associatieconcern zetelverplaatsing in internationale fusie', *T.P.R.* 1992, pp. 803 et s., spéc. p. 815; J. ERAUW, *o.c.*, *Rechtspersonenrecht*, n° 14; C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., *o.c.*, n° 21<sup>quater</sup>, p. 61; T. TILQUIN, *o.c.*, *R.P.S.* 1998, n° 11, p. 21; R. VANDER ELST, *o.c.*, *Rép. not.*, t. XVIII, I, I, n° 87.1, p. 150.

<sup>29</sup> J.-P. BLUMBERG, *o.c.*, *T.P.R.* 1992, p. 815; R. PRIoux, *o.c.*, *Dernières évolutions en droit des sociétés*, n° 5, p. 314.

<sup>30</sup> Voy. par exemple les artt. 521, al. 2, et 536, *in fine*, du Code des sociétés.

<sup>31</sup> F. DUMON, *o.c.*, *R.P.S.* 1966, p. 148; T. TILQUIN, *o.c.*, *R.P.S.* 1998, n° 11, p. 21; G. VAN BOXSOM, *Rechtsvergelijkende studie over de nationaliteit der vennootschappen*, Bruxelles, Bruylant, 1964, n° 22, p. 23.

<sup>32</sup> Ce texte, qui se trouvait à l'origine à l'art. 4, § 2, 2<sup>e</sup>, de la Proposition de Code de DIP, a été déplacé pour former le § 3 de l'art. à la suite d'un amendement du gouvernement (Rapport Nyssens-Willems, p. 259).

<sup>33</sup> Proposition de Code de DIP, pp. 31-32.

<sup>34</sup> Voy. Cass. (1<sup>ère</sup> ch.) 12 novembre 1965, *Lamot*, *R.P.S.* 1966, p. 136, avec concl. de M. le procureur général F. Dumon, alors avocat général, *R.C.J.B.* 1966, p. 392, note J. VAN RYN, 'Conséquences juridiques du transfert en Belgique du siège social d'une société étrangère et du transfert à l'étranger du siège social d'une société belge', pp. 399 et s., *Rev. crit. dr. int. priv.* 1967, p. 506, note Y. LOUSSOUARN, pp. 510 et s.; J.-P. BLUMBERG, *o.c.*, *T.P.R.* 1992, p. 817; J. ERAUW, *o.c.*, *Rechtspersonenrecht*, n° 36; F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, t. II, *o.c.*, n° 1602, p. 752; R. VANDER ELST, *o.c.*, *Rép. not.*, t. XVIII, I, I, n° 86.3, p. 150; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, *o.c.*, n° 759, p. 341.

<sup>35</sup> Il est en effet aujourd'hui admis qu'une société ayant son siège social en Belgique le transfère à l'étranger sans perdre sa personnalité juridique (Projet de loi instituant le Code des sociétés, Exposé des motifs, *Doc. parl. Ch.*, s.o., 1998-99, n° 1838/1, pp. 77-78 et 131-132; D. VAN GERVEN et M. WYCKAERT, 'Kroniek vennootschapsrecht 2000-2001', *T.R.V.* 2001, pp. 442 et s., n° 13, p. 447; F. HELLEMANS, *o.c.*, *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, n° 45, p. 411). Une certaine jurisprudence, qui n'était pas à l'abri de toute critique, avait d'ailleurs anticipé sur cette évolution (CE (4<sup>e</sup> ch.) 29 juin 1987, *B.V.B.A. Transports internationaux C. Vanneste*, *Internationaal Transport*, n° 28.267, *T.R.V.* 1988, p. 110, note K. LENAERTS, 'Het personeel statuut van een Belgische vennootschap bij overbrenging van de werkelijke zetel naar het buitenland', pp. 112 et s.).

sociétés soumises au droit belge acquièrent désormais la personnalité juridique à partir du jour du dépôt d'un extrait de leur acte constitutif au greffe du tribunal de commerce dans le ressort territorial duquel la société a son siège social. Faut-il en déduire qu'une société, qui transfère son siège réel en Belgique dans le respect de la loi de l'État d'origine, perdrait néanmoins sa personnalité à défaut d'avoir préalablement déposé au greffe un extrait de son acte constitutif<sup>36</sup>?

Cette conclusion paraît d'autant plus radicale que le transfert du siège réel peut être (partiellement) involontaire. En effet, en raison de l'absence d'un critère unique du siège réel<sup>37</sup>, un juge pourrait être amené à décider qu'une société dont le conseil d'administration se réunit systématiquement en Belgique y a transféré son siège réel, alors que les statuts n'ont subi aucune modification et que l'assemblée générale et les documents comptables se trouvent encore localisés à l'étranger<sup>38</sup>.

Pour pallier à ces difficultés, on a proposé de considérer que *'la société conserve, à tout le moins dans l'attente du dépôt, la personnalité morale née à l'étranger et reconnue en Belgique'*<sup>39</sup>.

D'aucuns considèrent même que la validité de la constitution de la société, en particulier la question de l'octroi de la per-

sonnalité morale, devrait être examinée exclusivement au regard de la loi de l'État d'origine. L'article 68 du Code des sociétés, qui prescrit le dépôt d'un extrait de l'acte constitutif, devrait toutefois être respecté – indépendamment de la question de la personnalité – en tant que disposition impérative du droit belge, applicable à la société à compter du transfert de son siège en Belgique<sup>40,41</sup>.

Cette dernière solution emporte notre conviction, dans la mesure où elle semble se rapprocher le plus de la manière dont sont généralement résolus les conflits mobiles<sup>42</sup> et peut trouver un certain appui dans les derniers développements du droit communautaire en matière de liberté d'établissement<sup>43</sup>.

## B. Mécanismes dérogatoires

### 1. Généralités

8. Bien que la *lex societatis* s'identifie en principe à la loi du siège réel de la société, il existe une série de mécanismes susceptibles d'apporter une dérogation à la compétence de cette loi. Certains de ces mécanismes sont des institutions classiques du droit international privé, telles que le renvoi<sup>44</sup>,

<sup>36</sup>. Sur ce point, voy. en particulier: N. WATTÉ et V. MARQUETTE, *o.c.*, *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, n° 17, pp. 678 et s. Voy. aussi R. PRIOUX, *o.c.*, *Dernières évolutions en droit des sociétés*, n° 43, p. 343, qui donne une réponse affirmative à cette question.

<sup>37</sup>. Sur les éléments à prendre en considération, voy. *supra*, n° 6.

<sup>38</sup>. Sur le risque d'un tel transfert involontaire, voy. R. PRIOUX, *o.c.*, *Dernières évolutions en droit des sociétés*, n° 8, p. 316; T. TILQUIN, *o.c.*, *R.P.S.* 1998, n° 35 (i), p. 51. Voy. aussi les circonstances de fait ayant donné lieu à l'arrêt *Überseering*, cité *infra*, note n° 62.

<sup>39</sup>. T. TILQUIN, *o.c.*, *R.P.S.* 1998, n° 35 (ii), p. 51. Dans le même sens, en droit français, Y. LOUSSOUARN, *o.c.*, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1967, p. 513.

<sup>40</sup>. N. WATTÉ et V. MARQUETTE, *o.c.*, *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, n° 17, p. 678. Comp. T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, *o.c.*, n° 1061, p. 799.

<sup>41</sup>. Une question intéressante est celle du délai dans lequel l'extrait de l'acte constitutif devrait être déposé au greffe. L'art. 68 impose en effet de déposer l'extrait *'dans la quinzaine de la date de l'acte définitif'*. Cependant, en cas de conflit mobile, la loi désignée par le facteur de rattachement nouveau ne saurait avoir d'effet rétroactif (voy. Y. LOUSSOUARN, *o.c.*, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1967, p. 514). Ainsi, dans son arrêt du 12 novembre 1965, la Cour de cassation eut à trancher la question du point de départ du délai de 30 ans, prévu par l'ancien art. 102 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, en vertu duquel les sociétés anonymes étaient constituées pour une durée de 30 ans, sans préjudice d'une prorogation décidée avant l'échéance du terme. La Cour de cassation décida que *'la prescription de l'article 102, alinéa 2, desdites lois coordonnées, qui ne constitue pas une condition substantielle pour la naissance d'une société anonyme et qui d'ailleurs suppose l'existence d'un principal établissement en Belgique, ne peut avoir d'effet avant la date de la fixation du principal établissement d'une telle société en Belgique'* (pour une critique de cette solution, voy.: J. VAN RYN, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1966, n°s 11 et s., pp. 404 et s.). Par identité de motifs, il convient de considérer que le délai de 15 jours fixé par l'art. 68 du Code des sociétés ne commence à courir qu'à dater du transfert effectif du siège réel en Belgique.

<sup>42</sup>. Selon une conception classique du conflit mobile, il convient en effet de distinguer, par analogie avec les règles du droit transitoire interne, la question de la validité et de la constitution des droits, réglée par la loi ancienne, et celle de leurs effets, soumise à loi nouvelle (voy. L. BARNICH, *Les actes juridiques en droit international privé. Essai de méthode*, Bruxelles, Bruylant, 2001, n°s 58 et s., pp. 75 et s.; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2001, n°s 225-1 et s., pp. 262 et s.; R. VANDER ELST, *o.c.*, *Rép. not.*, t. XVIII, I, n° 105, pp. 167 et s.; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, *o.c.*, n°s 300 et s., pp. 155 et s.). Ainsi, en matière de statut personnel, dans le cas de deux personnes de nationalité allemande qui se marient et acquièrent ensuite la nationalité belge, la validité du mariage sera appréciée au regard de la loi allemande, et les effets personnels du mariage au regard de la loi belge. De même, en matière de statut réel, dans le cas d'un contrat transférant la propriété sur un meuble situé en Italie, et ultérieurement déplacé en Belgique, la validité du transfert sera appréciée au regard de la loi italienne et les effets du droit de propriété au regard de la loi belge. Par conséquent, il nous paraît possible de soutenir qu'en cas de transfert en Belgique du siège réel d'une société ayant valablement acquis la personnalité morale à l'étranger, il n'appartient pas à la loi belge de remettre en cause l'existence de cette personnalité que la loi étrangère aurait, par hypothèse, accepté de maintenir malgré le déplacement du siège de la société. L'existence de la personnalité du groupement est en effet une question de validité. Par contre, les 'effets' du groupement – autrement dit, ses règles de fonctionnement et de dissolution – seront régis, à dater du transfert du siège, par la loi de l'État d'accueil.

<sup>43</sup>. Voy. *infra*, n° 13.

<sup>44</sup>. Voy. art. 16 et 110, al. 2, du Code de DIP; Rapport Nyssens-Willems, pp. 195 et 204-205; J. ERAUW, *o.c.*, *Rechtspersonnenrecht*, n° 24; Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, 'Conflits de lois en matière de sociétés', *Juris-Classeur Droit international*, fasc. n° 564-30, n° 10, p. 4; R. PRIOUX, 'L'article 197 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, disposition méconnue de droit international privé belge', note sous Bruxelles 11 février 1998, *R.G.D.C.* 1989, pp. 482 et s., n° 4, p. 485; F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, t. II, *o.c.*, n° 1597, p. 749; J. SACE, C. STORCK et A. PATERNOSTER, *o.c.*, *Rev. not. b.* 2000, p. 235; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, *o.c.*, n° 753, p. 338. Pour une application, voy.: Paris (1<sup>ère</sup> ch., sect. A) 3 octobre 1984, *J.D.I.* 1986, p. 156, note B. GOLDMAN; Paris (3<sup>e</sup> ch.) 19 mars 1965, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1967, p. 85, note P. LAGARDE.

l'ordre public<sup>45</sup> et la fraude à la loi<sup>46</sup>. Nous nous permettons, sur ces points, de renvoyer le lecteur à la littérature spécialisée.

D'autres, peut-être plus méconnus, sont les lois d'application immédiate (2) et la liberté d'établissement reconnue par le Traité de Rome (3).

## 2. Lois d'application immédiate

9. Les lois d'application immédiate sont étrangères à la méthode des conflits de lois. Elles peuvent être définies comme des règles de droit matériel qui fixent elles-mêmes leur champ d'application sans recours à la règle de conflit<sup>47</sup>. Elles supposent donc, d'une part, l'intention du législateur, expresse ou tacite mais certaine, d'appliquer une disposition de droit matériel à une situation internationale indépendamment du jeu normal des règles de conflits de lois, et, d'autre

part, l'existence d'un facteur de rattachement suffisamment étroit avec cette situation<sup>48</sup>.

Il a parfois été soutenu que le mécanisme des lois d'application immédiate ne se distinguait pas fondamentalement des règles de conflit de lois, et que ces lois pouvaient être regroupées dans une catégorie ordinaire de rattachement similaire aux autres catégories du droit international privé (le statut personnel, le statut réel, etc.). Selon cette conception, les lois d'application immédiate s'identifieraient avec les lois de police<sup>49</sup>, qui forment le statut des faits juridiques<sup>50</sup>.

Il est vrai qu'en pratique, les lois d'application immédiate se confondent, la plupart du temps, avec les lois de police<sup>51</sup>. La distinction n'est cependant pas purement académique<sup>52</sup>. Si les lois d'application immédiate constituaient simplement une catégorie ordinaire de rattachement, on ne concevrait pas qu'elles appartiennent simultanément à un autre statut.

<sup>45</sup> Voy. art. 21 du Code de DIP; Cass. 13 janvier 1978, *Anstalt Del Sol*, R.P.S. 1979, p. 35; Cass. (1<sup>ère</sup> ch.) 29 septembre 1927, *Pas.* 1927, I, p. 296; Cass. (1<sup>ère</sup> ch.) 5 janvier 1911, *Pas.* 1911, I, p. 68. Voy. égal. Cass. (1<sup>ère</sup> ch.) 27 février 1986, R.C.J.B. 1989, p. 56, note N. WATTÉ, 'Quelques remarques sur la notion de l'ordre public en droit international privé'; Cass. (1<sup>ère</sup> ch.) 4 mai 1950, *Pas.* 1950, I, p. 624; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, o.c., n°s 248 et s., pp. 302 et s.; R. VANDER ELST, o.c., *Rép. not.*, t. XVIII, I, I, n°s 117 et s., pp. 181 et s.; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, o.c., n°s 327 et s., pp. 168 et s.

<sup>46</sup> Voy. art. 18 du Code de DIP; P. DE PAGE et B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, o.c., R.P.S. 1979, n° 9, p. 14; R. PRIOUX, o.c., R.G.D.C. 1989, n° 7, p. 487; R. VANDER ELST, o.c., *Rép. not.*, t. XVIII, I, I, n° 116.4, p. 181; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, o.c., n° 310, p. 159; N. WATTÉ, o.c., R.C.J.B. 1989, n° 20, p. 81.

<sup>47</sup> Voy. art. 20 du Code de DIP; P. MAYER, 'La protection de la partie faible en droit international privé', *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 513 et s., n°s 14 et s., pp. 520 et s.; J. MEEUSEN, *Nationalisme en Internationalisme in het Internationaal Privaatrecht. Analyse van het Belgische conflictenrecht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 1997, n°s 625 et s., p. 336 et s.; A. NUYS, 'L'Application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire)', *Rev. crit. dr. int. priv.* 1999, pp. 31 et s.; Unité de Droit international privé de l'Université libre de Bruxelles et Département de Droit international privé de l'Université de Liège, *Observations sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation*, s.d. (2003), www.dipulb.be, n°s 15 et s., pp. 11 et s.; R. VANDER ELST, o.c., *Rép. not.*, t. XVIII, I, I, n° 71.3, p. 134; N. WATTÉ, 'Les régimes matrimoniaux, les conflits de lois dans l'espace et dans le temps', note sous Cass. (3<sup>e</sup> ch.) 25 mai 1992 et Cass. (1<sup>ère</sup> ch.) 9 septembre 1993, R.C.J.B. 1994, pp. 676 et s., n°s 41 et s., pp. 702 et s.

<sup>48</sup> Un exemple fréquemment cité est celui de l'art. 4, al. 2, de la loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (M.B. 29 décembre 1961). Selon cette disposition, 'Dans le cas où le litige est porté devant un tribunal belge, celui-ci appliquera exclusivement la loi belge'. Cette disposition a donc vocation à s'appliquer quelle que soit la *lex contractus* (l'intention du législateur est clairement exprimée) dès qu'un juge belge est saisi du litige (il s'agit du facteur de rattachement).

<sup>49</sup> Voy. p. ex. R. PRIOUX, 'L'incidence des lois de police sur les contrats économiques internationaux', *Rev. dr. U.L.B.* 1994, n° 10, pp. 129 et s., n° 3, p. 131; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, o.c., n°s 363 et s., pp. 182 et s. La complexité de la question est d'ailleurs renforcée par certaines divergences terminologiques. Ainsi, la doctrine française tend à désigner les lois d'application immédiate sous le vocable de 'lois de police'. Les confusions qui en découlent sont notamment relevées par J. MEEUSEN, 'De toepassing van de Wet Handelspraktijken op grensoverschrijdende geschillen', note sous Comm. Bruxelles (prés.) 7 septembre 1999, *Pratiques du commerce & Concurrence. Annuaire 1999*, Antwerpen, Kluwer, 2000, pp. 841 et s., n° 7, p. 847, note n° 24. Voy. également l'intitulé de l'art. 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui qualifie de 'lois de police' des lois généralement désignées en Belgique comme étant des 'lois d'application immédiate'.

<sup>50</sup> Le statut des faits juridiques recouvre avant tout le droit de la responsabilité civile extracontractuelle, régie par la loi du lieu du fait générateur de la responsabilité. Il englobe également d'autres matières, telle que la réglementation des conditions d'exercice d'une activité professionnelle, la réglementation de la concurrence, la réglementation des prix, etc. (voy. R. VANDER ELST, o.c., *Rép. not.*, t. XVIII, I, I, n° 75.2, p. 140; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, o.c., n° 366, p. 183). Ainsi, par exemple, une société de droit étranger ne pourrait exercer les activités de banque ou d'assurance en Belgique sans se soumettre à la réglementation belge en la matière. La règle de conflit applicable aux faits juridiques trouve son fondement dans l'art. 3, al. 1<sup>er</sup>, du Code civil (voy. Cass. (1<sup>ère</sup> ch.) 17 mai 1957, *Pas.* 1957, I, p. 1111, concl. du procureur général R. Hayoit de Termicourt).

<sup>51</sup> N. WATTÉ, o.c., R.C.J.B. 1994, n° 42, p. 704. Ainsi, par exemple, en réglementant l'activité d'assureur, le législateur a entendu réglementer sur le territoire une activité qu'il saisisait comme un fait juridique (ce qui rapproche cette réglementation des lois de police) indépendamment de la loi applicable au contrat d'assurance (ce qui fait penser au mécanisme des lois d'application immédiate).

<sup>52</sup> Sur la différence entre lois de police et lois d'application immédiate, voy.: J. MEEUSEN, *Nationalisme en Internationalisme in het Internationaal Privaatrecht*, o.c., pp. 414 et s.; H. VAN HOUTTE, 'De toepassing van de Wet betreffende de Handelspraktijken op transnationale gevallen van oneerlijke mededinging', *Liber Amicorum Paul De Vroede*, t. II, Diegem, Kluwer, 1994, pp. 1405 et s., n° 3, p. 1407.

Or, tel semble bien pouvoir être le cas<sup>53</sup>. Ainsi, sur le plan du droit des sociétés, l'article 632 du Code des sociétés, relatif aux participations croisées entre sociétés indépendantes, nous paraît à la fois relever de la *lex societatis* et pouvoir être qualifiées de loi d'application immédiate<sup>54</sup>.

### 3. Liberté d'établissement

10. Dans les relations intracommunautaires, la liberté d'établissement trouve sa source dans les articles 43 à 48 du Traité de Rome<sup>55</sup>. Pendant longtemps, ces dispositions ont été considérées comme n'ayant aucune influence sur la solution donnée aux conflits de lois par les règles de droit international privé. Au cours des dernières années, cependant, la Cour de justice des Communautés européennes a, par quelques arrêts retentissants, fait volé en éclat cette analyse.

La jurisprudence de la Cour paraît encore être en pleine évolution, et suscite déjà une grande production doctrinale<sup>56</sup>. L'étude de cette jurisprudence mériterait à elle seule une analyse approfondie. Aussi n'entre-t-il pas dans nos intentions d'épuiser cette problématique en quelques lignes, mais seulement d'indiquer quelques pistes de réflexion afin d'attirer l'attention du praticien sur l'importance que ces questions pourront présenter à l'avenir.

L'impact de la liberté d'établissement sur la mobilité des sociétés doit être examiné aussi bien sous l'angle de la création de succursales que sous celui d'un transfert du siège réel.

11. La liberté d'établissement implique d'abord la liberté de création d'établissements secondaires, à savoir des *succursales*. Cette question a été examinée par la Cour de justice

dans les affaires *Centros*<sup>57</sup> et *Inspire Arts*<sup>58</sup>.

Dans l'affaire *Centros*, deux ressortissants danois résidant au Danemark avaient constitué en Angleterre une société. Conformément au droit anglais, aucun capital social minimal n'était imposé. La société fut donc constituée avec un capital de 100 UKL qui ne fut ni libéré, ni mis à la disposition de la société. Cette société, qui n'exerçait aucune activité au Royaume-Uni, voulut ouvrir une succursale au Danemark. L'administration danoise refusa d'immatriculer cette succursale en estimant que *Centros* cherchait en réalité à constituer au Danemark un établissement principal, en éludant ainsi les règles danoises relatives à la libération d'un capital minimum. La Cour de justice décida que ce refus d'immatriculation constituait une atteinte injustifiée à la liberté d'établissement de *Centros*<sup>59</sup>.

La même problématique se retrouve au cœur de l'affaire *Inspire Arts*. Une société constituée au Royaume-Uni était dotée d'un administrateur unique domicilié aux Pays-Bas. La société voulut ouvrir une succursale aux Pays-Bas. En droit hollandais, la règle de conflit utilisée est en principe la théorie de l'incorporation. La société était donc considérée comme anglaise. Cependant, la loi sur les sociétés étrangères de pure forme (*Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*) apporte des restrictions à l'application de la théorie de l'incorporation aux sociétés exerçant leurs activités presque entièrement aux Pays-Bas et qui ne présentent pas de lien réel avec leur État de constitution. Ces sociétés sont en effet soumises à des règles particulières, qui sont notamment relatives à la fixation d'un capital social minimal, sanctionnées par la responsabilité des administrateurs<sup>60</sup>. La Cour de justice vit dans cette législation une restriction injustifiée à la liberté d'établissement de la société *Inspire Arts*.

53. On a notamment soutenu que l'art. 215, § 1<sup>er</sup>, du Code civil constituait à la fois une règle relevant du statut personnel, applicable aux époux belges ayant fixé leur logement principal à l'étranger, et une loi d'application immédiate, applicable aux époux dont le régime matrimonial est soumis à une loi étrangère lorsque le logement principal de la famille est établi en Belgique (N. WATTÉ et L. BARNICH, *Rép. not.*, t. XVIII, *Le droit international privé*, I. II, *Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 1997, n° 75.2, p. 87). Comp. L. BARNICH, *Les actes juridiques en droit international privé*, o.c., n° 224, p. 260, qui relève que 'La catégorie des faits juridiques est [...] trop étroite, ou trop imprécise, pour englober les lois qui fixent unilatéralement leur domaine d'application'.

54. Voy. *infra*, n°s 56 et s.

55. Artt. III-22 à III-28 du Projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe.

56. Voy. not. J.-P. DEGUÉE, 'Forum shopping', usage ou abus de la liberté d'établissement', note sous CJCE 9 mars 1999, *Centros LTD/Ehevervs – OG Selskabsstyrelsen*, C-212/97, R.P.S. 2000, pp. 51 et s.; J.-M. JONET, 'Sociétés commerciales. La théorie du siège réel à l'épreuve de la liberté d'établissement. Autour de l'arrêt *Überseering*', *J.T.D.E.* 2003, pp. 33 et s.; 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.; R. PRIoux, o.c., *Dernières évolutions en droit des sociétés*, n°s 28 et s., pp. 331 et s.; N. WATTÉ et V. MARQUETTE, o.c., *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, n° 18, p. 679; E. WYMEERSCH, 'De zetelverplaatsing in het vennootschapsrecht', *Liber Amicorum Jean-Pierre de Bandt*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 757 et s.; et les nombreuses réf. citées par ces auteurs.

57. C.J.C.E. 9 mars 1999, C-212/97, *Centros Ltd/Ehevervs – OG Selskabsstyrelsen*, Rec. 1999, I, p. 1459.

58. C.J.C.E. 30 septembre 2003, C-167/01, *Kamer van Koophandel in Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Arts Ltd*, non encore publié au Recueil, mais accessible sur le site curia.eu.int.

59. La Cour prend le soin de préciser que 'le fait qu'un État membre ne puisse pas refuser l'immatriculation d'une succursale d'une société constituée en conformité avec la législation d'un autre État membre dans lequel elle a son siège n'exclut pas que ce premier État 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'État 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'État membre concerné', mais que, 'En tout état de cause, la lutte contre la fraude ne saurait justifier une pratique de refus d'immatriculation d'une succursale de société ayant son siège dans un autre État membre' (point 38).

60. D'autres règles sont imposées à ces sociétés, en particulier des obligations relatives à la tenue des comptes annuels et aux mesures de publicité auxquelles ces sociétés sont astreintes. Dans la mesure où ces questions ne sont pas examinées par la Cour sous l'angle de la liberté d'établissement, nous nous contentons ici de les mentionner.



12. Concernant le *transfert du siège réel* d'une société au sein de la Communauté, la liberté d'établissement a une portée très différente selon que l'on envisage l'émigration ou l'immigration des sociétés.

Sur le plan de l'*émigration* des sociétés, l'arrêt *Daily Mail*<sup>61</sup>, tel que réinterprété par l'arrêt *Überseering*<sup>62</sup>, pose le principe selon lequel la liberté d'établissement n'impose pas à un État d'autoriser une société constituée sur son territoire à transférer son siège social dans un autre État membre sans perdre la personnalité juridique. C'est donc la législation de l'État d'origine qui décide si le transfert du siège avec maintien de la personnalité morale est possible. Le droit positif belge donne à cette question une réponse affirmative<sup>63</sup>.

Sur le plan de l'*immigration* des sociétés, l'apport de la Cour de justice est beaucoup plus important, comme en témoigne l'affaire *Überseering*<sup>64</sup>. Une société avait été constituée aux Pays-Bas en 1990. En 1995, la totalité des parts de la société fut acquise par deux particuliers établis en Allemagne. Aux yeux du juge allemand, appliquant la théorie du siège réel, cette acquisition impliquait que la société fût désormais soumise au droit allemand<sup>65</sup>. Or, selon la loi allemande, la société ne pouvait jouir de la capacité juridique avant de s'être reconstituée conformément à la loi allemande. La Cour de justice y vit une atteinte injustifiée à la liberté d'établissement de la société.

13. On ne saurait trop insister sur l'importance de ces différents arrêts qui n'ont été ici que brièvement esquissés.

Sur le plan des succursales, la jurisprudence de la Cour invite à examiner de près si les dispositions impératives locales imposées aux établissements secondaires des sociétés étrangères peuvent être considérées comme constitutives d'une entrave à la liberté d'établissement de ces sociétés.

En ce qui concerne le transfert du siège réel, la jurisprudence communautaire remet en cause la solution donnée en droit belge au conflit mobile depuis l'arrêt *Lamot*<sup>66</sup>. Selon la solution consacrée par la Cour de cassation, le maintien de la personnalité juridique de la société devait être apprécié cumulativement au regard de la loi de l'État d'origine et de celle de l'État d'accueil. La jurisprudence *Überseering* consacre au contraire la compétence exclusive de la loi du pays

d'origine sur ce point. L'article 2, § 4, du Code des sociétés, s'il devait être interprété comme imposant à une société de déposer au greffe un extrait de son acte constitutif pour jouir de la personnalité juridique lorsqu'elle transfère son siège réel en Belgique<sup>67</sup>, serait donc contraire, dans les relations intracommunautaires, à la liberté d'établissement.

En outre, il est permis de déduire, par analogie avec les arrêts *Centros* et *Inspire Arts*, qui concernaient la question des succursales, que l'État d'accueil ne pourrait imposer des règles relatives à la souscription ou la libération d'un capital minimal à la société dont le siège social est transféré.

L'enseignement de cette jurisprudence va cependant plus loin. Toujours selon l'arrêt *Lamot*, les lois de l'État d'origine et de l'État d'accueil relatives au fonctionnement et à la dissolution des sociétés devaient en effet recevoir une application distributive dans le temps. À compter du transfert de son siège réel en Belgique, le fonctionnement de la société devait en effet être soumis à la loi belge, et la société devait adapter en conséquence ses statuts. Certains auteurs, donnant une interprétation extensive de l'arrêt *Überseering*, vont toutefois jusqu'à considérer que cette application de la loi belge constituerait une entrave à la liberté d'établissement de la société, et, par conséquent, qu'elle devait en principe continuer à être régie, dans tous ses aspects, par la loi de l'État d'origine<sup>68</sup>. Le conflit mobile serait donc résolu en figeant définitivement la *lex societatis* pour la faire correspondre à la loi de l'État d'origine.

14. La liberté d'établissement emporte donc des dérogations non négligeables aux règles de conflit de lois applicables aux sociétés. Cette liberté connaît cependant elle-même certains correctifs. Des restrictions à cette liberté sont en effet admises lorsqu'elles se fondent sur l'article 46 du Traité de Rome, lorsqu'elles visent à lutter contre un abus de la liberté d'établissement, ou encore lorsqu'elles sont tirées d'autres raisons impérieuses d'intérêt général<sup>69</sup>.

L'article 46 du Traité de Rome permet aux États membres de maintenir un régime spécial pour les ressortissants étrangers justifié par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. Cette énumération limitative exclut notamment la protection des intérêts économiques<sup>70</sup>.

61. C.J.C.E. 27 septembre 1988, 81/87, *The Queen/H.M. Treasury and Commissioners of Inland revenue, ex parte Daily Mail and General Trust Plc*, Rec. 1988, p. 5483.

62. C.J.C.E. 5 novembre 2002, C-208/00, *Überseering BV/Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Rec. 2002, I, p. 9919, points 64 et s., spéc. point 70.

63. Voy. *supra*, note n° 35.

64. Voy. la note n° 62.

65. Comp. avec le transfert involontaire du siège réel en droit belge, *supra*, n° 7.

66. Voy. *supra*, note n° 34.

67. Il ne s'agit pas de l'interprétation à laquelle nous souscrivons. Voy. *supra*, n° 7.

68. J.-P. DEGUÉE, *o.c.*, R.P.S. 2000, p. 72; J. MEEUSEN, *o.c.*, T.R.V. 2003, n° 60, p. 124. Voy. aussi, en termes plus réservés, R. PRIoux, *o.c.*, *Dernières évolutions en droit des sociétés*, n° 32, p. 334. *Contra*: E. WYMEERSCH, *o.c.*, *Liber Amicorum Jean-Pierre de Bandt*, n° 9, p. 763, pour qui l'effet de liberté d'établissement se limite aux questions de reconnaissance et d'accès à un État membre, à l'exclusion des problèmes de droit des sociétés. Cet auteur relève toutefois que la liberté de circulation des capitaux pourrait influencer le statut des titres émis par une société dans un contexte international.

69. Voy. les conclusions de M. l'avocat général Siegbert Alber dans l'affaire *Inspire Arts*, points 111 et s.

70. *Ibid.*, point 113.

La portée de l'exception d'*abus de la liberté d'établissement* est singulièrement réduite, dès lors que la Cour de justice considère que '*le fait, pour un ressortissant d'un État membre qui souhaite créer une société, de choisir de la constituer dans l'État membre dont les règles de droit des sociétés lui paraissent les moins contraignantes et de créer des succursales dans d'autres États membres ne saurait constituer en soi un usage abusif du droit d'établissement*'<sup>71</sup>. En d'autres termes, la Cour de justice encourage la 'libre concurrence' entre les systèmes juridiques en favorisant ceux qui imposent les conditions les moins contraignantes à l'égard de la création des sociétés (mais également – dans l'interprétation extensive signalée *supra*, n° 13, *in fine* – de leur fonctionnement).

Enfin, pour qu'une restriction à la liberté d'établissement puisse se prévaloir d'une *raison impérieuse d'intérêt général*, elle doit être non discriminatoire, appropriée à l'objectif

poursuivi et proportionnée à celui-ci<sup>72</sup>. Ces conditions sont appréciées sévèrement par la Cour, ce qui fait dire à certains que rares seraient les dispositions du droit belge des sociétés susceptibles de réussir ce triple test<sup>73</sup>. À l'heure actuelle, une grande incertitude subsiste donc en la matière. Ainsi, si la Cour de justice a certes admis que '*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*'<sup>74</sup>, elle s'est bien gardée de préciser ces circonstances et conditions. Tout au plus peut-on être sûr que '*Pareils objectifs ne peuvent toutefois justifier que soient déniées la capacité juridique et, partant, la capacité d'ester en justice à une société régulièrement constituée dans un autre État membre où elle a son siège statutaire*'<sup>75</sup>.

### III. DOMAINE DE LA LEX SOCIETATIS

#### A. Généralités

15. Il est très généralement admis que la *lex societatis* a pour objet de régir la constitution, le fonctionnement et la dissolution des sociétés. Les contours précis du domaine de la *lex societatis*, et la manière dont il doit se concilier avec la compétence d'autres lois, telles que la *lex rei sitae*, la *lex contractus*, la *lex loci delicti commissi*, la *lex concursus*, la règle *locus regit actum* ou la *lex fori*, sont toutefois rarement examinés<sup>76</sup>.

La question présente pourtant un intérêt certain, compte tenu de la tension permanente existant au sein d'un État entre la *lex societatis* étrangère et la loi locale<sup>77</sup>.

16. Le Code de droit international privé<sup>78</sup> contient une intéressante synthèse du domaine de la *lex societatis*. Il s'agit,

selon les auteurs du Code, d'une codification à droit constant<sup>79</sup>. L'article 110, § 1<sup>er</sup>, de la proposition se lit comme suit:

*'Le droit applicable à la personne morale détermine notamment:*

- 1° *l'existence et la nature juridique de la personne morale;*
- 2° *le nom ou la raison sociale;*
- 3° *la constitution, la dissolution et la liquidation;*
- 4° *la capacité de la personne morale;*
- 5° *la composition, les pouvoirs et le fonctionnement de ses organes;*
- 6° *les rapports internes entre associés ou membres ainsi que les rapports entre la personne morale et les associés ou membres;*
- 7° *l'acquisition et la perte de la qualité d'associé ou de membre;*

71. Arrêt *Centros*, point 27.

72. Voy. les conclusions de M. l'avocat général Siegbert Alber dans l'affaire *Inspire Arts*, points 125 et s.

73. J.-P. DEGUÉE, *o.c.*, R.P.S. 2000, p. 74; J. MEEUSEN, *o.c.*, T.R.V. 2003, n° 61, p. 125.

74. Arrêt *Überseering*, point 92.

75. *Ibid.*, point 93.

76. Voy. cependant R. ABRAHAMS, *Les sociétés en Droit International Privé*, *o.c.*, pp. 144 et s.; J. ERAUW, *o.c.*, *Rechtspersonenrecht*, n°s 38 et s.; J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar*, *o.c.*, pp. 26 et s.; R. PRIoux, *o.c.*, *Dernières évolutions en droit des sociétés*, n° 9, p. 317; F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, t. II, *o.c.*, pp. 745 et s.; G. VAN BOXSOM, *Rechtsvergelijkende studie over de nationaliteit der vennootschappen*, *o.c.*, pp. 34 et s.; R. VANDER ELST, *o.c.*, *Rép. not.*, t. XVIII, I. I, pp. 149 et s.; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, *o.c.*, pp. 331 et s.

En France, voy. Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, *o.c.*, pp. 369 et s.; Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *o.c.*, *Juris-Classeur Droit international*, fasc. n° 564-30, pp. 5 et s.; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Paris, Montchrestien, 2001, n°s 76 et s.; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. V, *La territorialité (fin) – L'extraterritorialité*, Paris, Sirey, 1948, pp. 589 et s.; A. PILLET, *Des personnes morales en droit international privé*, *o.c.*, pp. 240 et s.

Voy. aussi les travaux de la 28<sup>e</sup> Commission de l'Institut de Droit international, session de Varsovie de 1965, *Ann. I.D.I.*, vol. 51-I, pp. 227 et s., vol. 51-II, pp. 263 et s. (ci-après la 'Résolution de l'I.D.I.'), et le projet de convention sur les conflits de lois en matière de sociétés adopté par l'International Law Association lors du Congrès de Hambourg, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1961, pp. 440 et s. (ci-après la 'Résolution de l'I.L.A.').

77. Voy. *supra*, n° 1.

78. Voy. *supra*, note n° 5.

79. '*Le code confirme en cette matière les solutions existantes en ce qui concerne les sociétés commerciales*' (Proposition de Code de DIP, p. 20).

- 8° *les droits et obligations liés aux parts ou actions et leur exercice;*  
 9° *la responsabilité pour violation du droit des sociétés ou des statuts;*  
 10° *dans quelle mesure la personne morale est tenue à l'égard des tiers des dettes contractées par ses organes.'*

17. Il n'entre pas dans nos intentions de dresser un relevé systématique des questions qui entrent dans le domaine de la *lex societatis*. Ainsi n'examinerons-nous pas, notamment, le problème des fusions internationales<sup>80</sup>. Notre propos est plutôt d'aborder un certain nombre de points qui nous auront paru intéressants, soit parce qu'ils ont bénéficié d'une illustration en jurisprudence, soit parce qu'ils se situent à la frontière de la compétence d'une autre loi.

Dans cette recherche du domaine de la *lex societatis*, un pré-supposé guidera nos pas. Il s'agit du souci de ne pas entraver sans motif le fonctionnement des sociétés de droit étranger sur le territoire belge. Ainsi, *'la compétence d'une loi différente de la loi de la société doit être limitée aux hypothèses dans lesquelles elle s'impose, de façon impérieuse. En effet, les besoins du commerce international, et la nécessité de faciliter le fonctionnement de la société, commandent de respecter l'unité de son statut juridique, et de conférer à la lex societatis le domaine le plus étendu possible'*<sup>81</sup>.

18. La détermination du domaine de la *lex societatis* nous conduira nécessairement à devoir qualifier un certain nombre d'institutions juridiques. Il faudra ainsi examiner, au cas par cas, si la question examinée relève prioritairement de la *lex societatis*, ou si elle présente des liens plus étroits avec une autre catégorie de rattachement. Par exemple, il conviendra de déterminer si les mécanismes connus sous le nom de levée du voile social se rattachent plutôt à la *lex societatis* ou à une autre loi, telle que la *lex loci delicti*.

Ce problème doit être résolu par le biais d'une opération de *qualification*<sup>82</sup>. Il n'entre pas dans notre propos de développer ici la controverse portant sur le point de savoir si cette

question doit être résolue *lege fori*, c'est-à-dire au regard des concepts existant dans le droit (interne) du for, ou *lege causae*, au regard de la loi étrangère.

Même si cet aspect du problème ne sera pas systématiquement mis en évidence, nous avons opté, dans les développements qui suivent, pour une qualification *lege fori*. Outre le fait que cette solution semble généralement admise en droit belge<sup>83</sup>, elle s'inscrit avant tout dans la perspective d'une attitude pragmatique. Il s'agit en effet de la seule voie permettant de dégager des solutions générales, utilisables quelles que soient les lois en conflit dans un litige déterminé<sup>84</sup>.

Dans l'exemple cité, il faudra donc examiner si la théorie de la levée du voile social s'analyse plutôt, en droit belge, comme un mécanisme spécifique au droit des sociétés, auquel cas un rattachement à la *lex societatis* se justifierait, ou si elle relève plutôt de la responsabilité aquilienne, ce qui impliquerait la compétence de la *lex loci delicti*.

Deux nuances doivent toutefois être apportées au principe de la qualification *lege fori*<sup>85</sup>.

Premièrement, les catégories de rattachement doivent être interprétées de manière souple, dans une perspective internationale, de manière à permettre la reconnaissance de figures de droit étranger inconnues en droit belge. Ainsi, par exemple, le fait que la levée du voile social ne soit pas admise en droit positif belge<sup>86</sup> ne fait pas obstacle, en principe, à ce que la règle de conflit belge analyse cette théorie comme étant un mécanisme propre au droit des sociétés, et la soumettre dès lors à la *lex societatis*.

Deuxièmement, il convient toujours dans un cas concret de se référer, dans un premier temps, au droit étranger pour déterminer les caractéristiques de l'institution que l'on s'efforce de classer, dans un second temps, *lege fori*, dans l'une des catégories de rattachement du droit international privé belge.

19. Nous examinerons successivement les questions relatives à la constitution et à la dissolution des sociétés (B), à leur existence, leur capacité et leur représentation (C), aux titres

<sup>80</sup>. Sur cette question, voy. notamment art. 113 du Code de DIP; J.-P. BLUMBERG, *o.c.*, T.P.R. 1992, pp. 825 et s.; J. ERAUW, *o.c.*, *Rechtspersonenrecht*, n° 63; Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *o.c.*, *Juris-Classeur Droit international*, fasc. n° 564-30, n°s 326 et s., pp. 29 et s.; J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar*, *o.c.*, n°s 65 et s., pp. 39 et s.; M. MENUJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, *o.c.*, n°s 161 et s.; F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, t. II, *o.c.*, n° 1600, p. 751; T. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, n°s 737 et s., pp. 521 et s.; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, *o.c.*, n°s 746 et s., pp. 335 et s.

<sup>81</sup>. Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, *o.c.*, n° 324, p. 370; J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar*, *o.c.*, n° 51, p. 27. Voy. aussi le préambule de la résolution de l'Institut de Droit international cité *supra*, note n° 3, et R. ABRAHAMS, *Les sociétés en Droit International Privé*, *o.c.*, p. 200 ('*La permanence de la loi de la société est une nécessité imposée par le commerce*').

<sup>82</sup>. Sur la qualification en droit international privé, voy. not. Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, *o.c.*, pp. 206 et s.; J. MEEUSEN, *Nationalisme en Internationalisme in het Internationaal Privaatrecht*, *o.c.*, pp. 177 et s.; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, *o.c.*, pp. 140 et s.

<sup>83</sup>. J. MEEUSEN, *Nationalisme en Internationalisme in het Internationaal Privaatrecht*, *o.c.*, n° 321, p. 178 et réf.

<sup>84</sup>. J. MEEUSEN, *Nationalisme en Internationalisme in het Internationaal Privaatrecht*, *o.c.*, n° 323, p. 180.

<sup>85</sup>. Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, *o.c.*, n°s 191 et s., pp. 215 et s.; J. MEEUSEN, *Nationalisme en Internationalisme in het Internationaal Privaatrecht*, *o.c.*, n°s 325 et s., pp. 180 et s.; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, *o.c.*, n° 267, p. 141.

<sup>86</sup>. En ce sens, T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, *o.c.*, n°s 757 et s., pp. 575 et s.

émis par elles (D), au régime des responsabilités (E) et au capital des sociétés (F).

## B. Constitution et dissolution

20. Parmi les règles de constitution d'une société, la *lex societatis* détermine tout d'abord les *conditions de forme* de la société et les sanctions de leur méconnaissance. Ainsi, la *lex societatis* décide si l'acte constitutif de société doit faire l'objet d'un écrit authentique ou sous seing privé, ainsi que les mentions qu'il doit comporter<sup>87</sup>.

Il s'agit donc d'une exception à la règle *locus regit actum*. Celle-ci est généralement comprise dans un sens facultatif, ce qui signifie qu'un acte juridique est valable quant à la forme s'il satisfait, soit aux conditions de la loi qui le régit au fond, soit à celles imposées par la loi du lieu où il est accompli<sup>88</sup>. En matière de sociétés, la *lex societatis* est appliquée à titre exclusif et écarte l'application de la loi locale.

La portée de cette règle est cependant nuancée par l'idée selon laquelle, lorsque la *lex societatis* requiert l'établissement d'un acte authentique, cette condition sera réputée satisfaite par la rédaction de l'acte par un officier ministériel conformément aux règles du lieu où cet acte est établi. Seule l'exigence de l'authenticité de l'acte sera donc imposée par la *lex societatis*, la manière d'obtenir cette authenticité étant abandonnée aux soins de la loi locale<sup>89</sup>.

21. La *lex societatis* établit également les *conditions de*

*fond* auxquelles la validité de la société est subordonnée. La nullité de la société découlant de leur méconnaissance est réglée par la même loi<sup>90</sup>.

Ainsi, la *lex societatis* fixe notamment le nombre minimal d'associés<sup>91</sup>, les règles en matière de capital souscrit<sup>92</sup> et de capital libéré<sup>93</sup> et les règles relatives aux appels de fonds<sup>94</sup>, y compris la prescription<sup>95</sup>.

Parmi les règles de fond de constitution de la société, le régime des apports en nature a vocation à être soumis à plusieurs lois. La *lex societatis* détermine tout d'abord si l'apport présente ou non un caractère translatif de propriété<sup>96</sup>. Dans l'affirmative, la *lex rei sitae* (soit la loi de la situation du bien) décide si le bien est susceptible de faire l'objet d'un transfert de propriété, ainsi que les modalités de ce transfert, telles que le moment auquel il intervient<sup>97</sup>. L'obligation d'apport proprement dite est régie par la *lex societatis*, qui fixe notamment les conséquences de l'impossibilité du transfert de propriété décrétée par la *lex rei sitae*<sup>98</sup>. Par ailleurs, la *lex societatis* impose, le cas échéant, une procédure d'évaluation de la consistance des biens apportés<sup>99</sup>.

22. Enfin, les règles de *publicité* auxquelles la société nouvellement constituée est soumise relèvent de la *lex societatis*<sup>100</sup>. Cependant, une société de droit étranger doit également respecter les mesures de publicité imposées par les lois d'application immédiate locales. Il en va ainsi des sociétés disposant en Belgique d'une succursale<sup>101</sup> ou faisant publiquement appel à l'épargne en Belgique sans y disposer d'une succursale<sup>102</sup>. À défaut d'avoir déposé leur acte constitutif

<sup>87</sup>. Liège (2<sup>e</sup> ch.) 10 décembre 1902, *R.P.S.* 1903, p. 239; art. 7 de la Résolution de l'I.D.I.; J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelgewijze commentaar*, o.c., n° 53, p. 28; F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, t. II, o.c., n° 1592, p. 746; R. VANDER ELST, o.c., *Rép. not.*, t. XVIII, l. I, n° 86.1, p. 149; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, o.c., n° 732, p. 331.

<sup>88</sup>. R. VANDER ELST, o.c., *Rép. not.*, t. XVIII, l. I, n° 32, p. 87.

<sup>89</sup>. J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelgewijze commentaar*, o.c., n° 53, p. 28; R. VANDER ELST, o.c., *Rép. not.*, t. XVIII, l. I, n° 86.1, p. 149. Voy. d'ailleurs le texte de l'art. 56 C.soc. ('*bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger*').

<sup>90</sup>. Cass. (1<sup>ère</sup> ch.) 12 avril 1888, *Tant/Boutmy*, *Pas.* 1888, I, p. 186.

<sup>91</sup>. Cass. (1<sup>ère</sup> ch.) 5 janvier 1911, *Pas.* 1911, I, p. 68; Cass. 13 janvier 1978, *Anstalt Del Sol*, *R.P.S.* 1979, p. 35; J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelgewijze commentaar*, o.c., n° 52, p. 27; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, o.c., n° 733, p. 331.

<sup>92</sup>. Comm. Anvers (3<sup>e</sup> ch.) 3 juillet 1906, *J.D.I.* 1907, p. 810; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, o.c., n° 77; J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelgewijze commentaar*, o.c., n° 52, p. 27.

<sup>93</sup>. Cass. (1<sup>ère</sup> ch.) 12 avril 1888, *Tant/Boutmy*, *Pas.* 1888, I, p. 186; Comm. Bruxelles 31 décembre 1907, *J.D.I.* 1908, p. 1231; Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, o.c., *Juris-Classeur Droit international*, fasc. n° 564-30, n° 26, p. 6; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, o.c., n° 77; J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelgewijze commentaar*, o.c., n° 52, p. 27.

<sup>94</sup>. Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, o.c., *Juris-Classeur Droit international*, fasc. n° 564-30, n° 32, p. 6.

<sup>95</sup>. Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, o.c., *Juris-Classeur Droit international*, fasc. n° 564-30, n° 41, p. 7; A. PILLET, *Des personnes morales en droit international privé*, o.c., n° 163, p. 243.

<sup>96</sup>. Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, o.c., *Juris-Classeur Droit international*, fasc. n° 564-30, n° 73, p. 10; R. VANDER ELST, o.c., *Rép. not.*, t. XVIII, l. I, n° 87.3, p. 151.

<sup>97</sup>. R. ABRAHAMS, *Les sociétés en Droit International Privé*, o.c., p. 146; Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, o.c., *Juris-Classeur Droit international*, fasc. n° 564-30, n° 76, p. 10; R. VANDER ELST, o.c., *Rép. not.*, t. XVIII, l. I, n° 87.3, p. 151.

<sup>98</sup>. Bruxelles 27 mars 1908, *Pas.* 1908, II, p. 178, note, et le commentaire de R. ABRAHAMS, *Les sociétés en Droit International Privé*, o.c., p. 146, note n° 3.

<sup>99</sup>. Comm. Bruxelles 12 juillet 1910, *J.C.B.* 1910, p. 479; Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, o.c., *Juris-Classeur Droit international*, fasc. n° 564-30, n° 83, p. 10.

<sup>100</sup>. J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelgewijze commentaar*, o.c., n° 54, p. 28; F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, t. II, o.c., n° 1593, p. 747.

<sup>101</sup>. Artt. 81 à 87 C.soc.

<sup>102</sup>. Artt. 88 à 89 et 107 C.soc.

conformément à ces dispositions, ces sociétés ne peuvent, par exemple, agir en justice<sup>103</sup>.

**23.** La *lex societatis* étant compétente en matière de constitution de la société, elle régit également l'acte contraire, à savoir la dissolution de la société. Par conséquent, tant les causes de dissolution (telle que l'expiration du terme de la société<sup>104</sup>) que leurs conséquences (en ce compris le régime de la liquidation<sup>105</sup>) sont réglées par la *lex societatis*<sup>106</sup>.

### C. Existence, capacité et représentation

**24.** Si la société remplit les conditions de forme et de fond fixées par sa loi, c'est elle qui octroie la *personnalité morale* au groupement et en détermine la portée ou le '*contenu*', selon les termes utilisés par la Cour de cassation. Celle-ci a ainsi décidé, dans l'affaire *Sonatrach*, que la question de savoir si les entreprises socialistes de droit algérien disposaient d'une personnalité juridique distincte et d'une autonomie patrimoniale à l'égard de l'État algérien devait être résolue au regard de la loi algérienne<sup>107</sup>.

Par ailleurs, tant la capacité générale<sup>108,109</sup> que le pouvoir de représentation des organes de la société<sup>110</sup> – y compris la

capacité à agir et la représentation en justice – sont réglés par la *lex societatis*.

**25.** On pourrait *a priori* s'étonner que les questions de l'attribution et de l'étendue de la personnalité morale, de la capacité générale et de la représentation soient ici traitées simultanément et soumises à une loi unique.

En réalité, ces questions présentent des liens assez étroits. Ainsi, par exemple, l'analyse du droit comparé révèle que le principe de la spécialité statutaire des personnes morales peut être abordé, tantôt sous l'angle de l'existence de la personne morale (ou, si l'on préfère du '*contenu*' de celle-ci), tantôt sous celui de sa capacité, tantôt enfin sous celui de sa représentation<sup>111</sup>. Il est dès lors souhaitable que ces trois questions soient soumises à une loi unique, et ce afin d'éviter de délicats problèmes de qualification.

**26.** La compétence de la *lex societatis* dans ces matières n'est cependant pas absolue. Elle doit en effet composer avec la compétence concurrente d'autres lois.

Tout d'abord, le législateur peut, par des *lois de police*, réglementer l'exercice d'une activité sur son territoire. La liberté de la société sera dès lors limitée par la loi locale, qui peut

<sup>103.</sup> Art. 58, al. 2, C.soc.

<sup>104.</sup> Cass. (1<sup>ère</sup> ch.) 12 novembre 1965, cité à la note n° 34.

<sup>105.</sup> Voy. l'art. 110, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>, du Code de DIP; art. 9, a), de la Résolution de l'I.L.A.; J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelgewijze commentaar*, o.c., n° 64, p. 38; R. PRIoux, o.c., Dernières évolutions en droit des sociétés, n° 9, p. 317; F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, t. II, o.c., n° 1606, p. 755; VAN RYN, t. II, 1<sup>ère</sup> éd., n° 1059, p. 108.

Le droit international privé français semble par contre ménager une certaine place à l'intervention de la *lex rei sitae* et de la *lex fori*: voy.: Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, o.c., *Juris-Classeur Droit international*, fasc. n° 564-30, p. 26 et s.; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, o.c., n° 83; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. V, o.c., n° 1551, pp. 596 et s.

<sup>106.</sup> Nous n'examinerons pas ici la question de la dissolution prononcée à titre de sanction pénale (voy.: l'art. 35 du Code pénal). Sur l'interaction entre le droit pénal et le droit international privé, voy. Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, o.c., n° 121, p. 120; F. RIGAUX, *Droit international privé*, t. I, Théorie générale, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 1987, n° 51, p. 35; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, o.c., n°s 119 et s., p. 76; et les réf. citées.

<sup>107.</sup> Cass. 6 décembre 1996, *R.D.C.* 1997, p. 300; Gent (1<sup>ère</sup> ch.) 6 décembre 2001, *T.R.V.* 2002, p. 376; B. DE GROOTE, o.c., *R.D.C.* 1997, n° 15, p. 289.

<sup>108.</sup> Art. 110, § 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>, du Code de DIP; art. 6, al. 1<sup>er</sup>, de la Résolution de l'I.D.I.; art. 5.1 de la Résolution de l'I.L.A.; Civ. Bruxelles (5<sup>e</sup> ch.) 20 mars 1950, *R.P.S.* 1950, p. 226, obs.; Civ. Bruxelles 1<sup>er</sup> mars 1905, *R.P.S.* 1905, p. 261; J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelgewijze commentaar*, o.c., n° 50, p. 26; F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, t. II, o.c., n° 1599, p. 750; R. VANDER ELST, o.c., *Rép. not.*, t. XVIII, I, I, n° 87.2, p. 150; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, o.c., n° 742, p. 334; VAN RYN, t. II, 1<sup>ère</sup> éd., n° 1130, p. 147. La capacité octroyée par la *lex societatis* est reconnue de plein droit en Belgique (art. 58, al. 1<sup>er</sup>, du Code des sociétés; voy. les réf. citées *supra* à la note n° 13).

<sup>109.</sup> Les incapacités spéciales font par contre l'objet d'un rattachement accessoire à l'institution dont elles dérivent (R. VANDER ELST, o.c., *Rép. not.*, t. XVIII, I, I, n° 11.1, p. 58). C'est probablement en application de ce principe que la section de législation du Conseil d'État a complété (mais sans s'en justifier) le texte du nouvel art. 524, § 5, du Code des sociétés, tel que modifié par la loi du 2 août 2002 dite de 'Corporate governance', pour préciser que cette disposition – qui interdit aux filiales d'accomplir certains actes sans l'autorisation de leur mère – ne s'appliquerait qu'aux sociétés belges (Projet de loi modifiant le Code des sociétés et la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.* Ch., s.o., 2001-02, n° 1211/001, p. 56). Cette disposition peut en effet être interprétée comme instaurant une incapacité spéciale dérivant du fonctionnement des sociétés (voy. P.A. FORIERS et C. DE POTTER, 'Conflits d'intérêts et droit des groupes en émergence. Quelques réflexions', *Recueil 10 ans. Actualité en droit des affaires*, s.l., Vanham & Vanham, 2003, pp. 311 et s., n° 16, p. 327; comp. M. WYCKAERT, 'De nieuwe belangenconflictrekening: op naar een Belgisch groepsrecht?', *Nieuwe vennootschapsrecht 2002: Wet Corporate Governance*, Kalmthout, Biblo, 2003, pp. 157 et s., n° 17, p. 173; voy. aussi M. CALUWAERTS, 'Conflits d'intérêts et droit des groupes', *Dernières évolutions en droit des sociétés*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2003, pp. 161 et s., n° 32, p. 192).

<sup>110.</sup> Art. 110, § 1<sup>er</sup>, 10<sup>o</sup>, du Code de DIP; art. 11 de la Résolution de l'I.D.I.; art. 5.1 de la Résolution de l'I.L.A.; Cass. (2<sup>e</sup> ch.) 24 septembre 1963, *Pas.* 1964, I, p. 86; Cass. fr. (1<sup>ère</sup> ch. civ.) 8 décembre 1998, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1999, p. 284, note M. MENJUCQ, *Rev. soc.* 1999, p. 93, note Y. GUYON; Liège 27 mars 2001, *R.D.C.* 2003, p. 144, note N. WATTÉ et V. MARQUETTE, n° 4, p. 147; Comm. Liège 2 janvier 1948, *R.P.S.* 1948, p. 250, obs.; J. ERAUW, o.c., *Rechtspersonenrecht*, n° 39; R. VANDER ELST, o.c., *Rép. not.*, t. XVIII, I, I, n° 87.2, p. 150; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, o.c., n° 743, p. 334; VAN RYN, t. II, 1<sup>ère</sup> éd., n° 1130, p. 147.

<sup>111.</sup> Voy. P. VAN OMMESLAGHE, 'Observations sur les limites imposées à l'activité des personnes morales en droit comparé', note sous Cass. 31 mai 1957, *R.C.J.B.* 1958, pp. 286 et s., n° 7, pp. 295 et s.

subordonner l'exercice d'une activité déterminée (banques, assurances, etc.) à telles ou telles conditions<sup>112</sup>.

Ensuite, la société pourra se voir imposer le respect des *lois d'application immédiate* locales, même si celles-ci relèvent d'un autre statut que celui des lois de police<sup>113</sup>. Ainsi, par exemple, une loi belge réglementant la possibilité pour une personne morale d'acquérir des immeubles ou de recevoir des libéralités pourrait être appliquée à la fois aux personnes morales de droit belge agissant à l'étranger, en tant que *lex societatis*, et aux personnes morales de droit étranger dans la mesure où elles agissent en Belgique, en raison d'une application immédiate de cette loi justifiée par le souci d'éviter les abus de la mainmorte<sup>114</sup>.

Enfin, la compétence de la *lex societatis* peut être arrêtée par celle de la *lex fori*, en tant que loi applicable aux procédures diligentées en Belgique<sup>115</sup>. Ainsi, si la capacité à agir en justice et la représentation de la société devant les tribunaux sont réglées par la *lex societatis*<sup>116</sup>, c'est la *lex fori* qui fixe les conditions relatives à l'intérêt à agir<sup>117</sup>. Par ailleurs, l'obligation faite par l'article 703 du Code judiciaire d'indiquer le siège social dans les actes de procédure relève de la *lex fori*, mais la question de savoir si le siège social indiqué dans l'acte correspond bien à celui de la société – et, par conséquent, le point de savoir s'il est satisfait au prescrit de l'article 703 – relève de la *lex societatis*<sup>118</sup>.

## D. Régime des titres

27. La *lex societatis* a vocation à fixer le régime des titres émis par la société. Plus précisément, elle détermine en principe le régime des actions<sup>119</sup> émises par la société (1), sous

réserve d'une interférence de la *lex rei sitae* (2), de la *lex contractus* (3) et des lois d'application immédiate (4). Ces principes ne peuvent cependant être transposés sans nuances aux autres variétés de titres émis par la société (5).

### 1. Régime des actions

28. Il est très généralement admis que la *lex societatis* régit les relations existant entre la société et ses associés, et, par conséquent, les droits et obligations attachés aux actions<sup>120</sup>. Cette solution se justifie dans la mesure où les associés, en adhérant librement au contrat de société, se sont placés sous son empire pour le règlement de leur situation<sup>121</sup>.

Notamment, la *lex societatis* détermine dans quelle mesure les associés jouissent du droit de vote (actions sans droit de vote, actions à vote plural, modalités d'exercice), du droit de participer aux bénéfices (distribution d'un dividende, dividende privilégié), du droit d'obtenir le remboursement de leurs apports, mais aussi la manière dont ils peuvent intervenir dans la vie sociale autrement que par l'exercice du droit de vote (droit à l'information, droit de convoquer une assemblée générale, etc.).

29. Un arrêt important de la Cour de cassation de France, rendu dans l'affaire *Royal Dutch*, décide que '*les obligations de la société envers ses actionnaires sont régies par la loi nationale de la société [...] d'où il suit que cette loi seule détermine, quel que soit le pays où les titres sont détenus, les conditions dans lesquelles s'acquiert, se conserve et se perd la qualité d'actionnaire*'<sup>122</sup>.

Cette décision fut rendue dans une espèce où les Pays-Bas

<sup>112</sup> Art. 5, al. 2, de la Résolution de l'I.D.I. Pour une application, voy.: Liège 27 mars 2001, *R.D.C.* 2003, p. 144, note N. WATTE et V. MARQUETTE, pp. 147 et s., n° 9, p. 149.

<sup>113</sup> Sur la différence entre ces deux notions, voy. *supra*, n° 9.

<sup>114</sup> Voy. F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, t. II, *o.c.*, n° 1599, p. 750; N. WATTÉ et V. MARQUETTE, *o.c.*, *R.D.C.* 2003, n° 9, p. 149, note n° 11. Voy. aussi l'art. 260octies, § 3, al. 3, de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations, telle que modifiée par la loi du 2 mai 2002, qui rend (immédiatement) applicable aux ASBL de droit étranger l'art. 16 de cette loi, applicable aux ASBL de droit belge au titre de loi du siège réel.

<sup>115</sup> Cass. (1<sup>ère</sup> ch.) 11 janvier 1979, *Pas.* 1979, I, p. 521, avec concl. de M. l'avocat général Velu.

<sup>116</sup> Pour une application, voy. Civ. Bruxelles 20 septembre 2002, *R.D.C.* 2003, p. 170.

<sup>117</sup> Bruxelles (8<sup>e</sup> ch.) 29 juin 1989, *J.T.* 1989, p. 749; J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar*, *o.c.*, n° 73, p. 44; F. PETILLION, 'Het vorderingsrecht van buitenlandse vennootschappen en offshore-vennootschappen in het bijzonder', note sous Cass. (1<sup>ère</sup> ch.) 15 décembre 1994, *T.R.V.* 1995, pp. 412 et s., n° 4, p. 413. Par contre, la qualité pour agir est régie par la *lex societatis* (F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, t. II, Bruxelles, Larquier, 1993, n° 897, p. 159; J. VELU, concl. av. Cass. (1<sup>ère</sup> ch.) 11 janvier 1979, *Pas.* 1979, I, pp. 521 et s., n° 11, p. 530; *contra*: F. PETILLION, *ibid.*).

<sup>118</sup> Bruxelles (7<sup>e</sup> ch.) 11 février 1988, *R.G.D.C.* 1989, p. 479, note R. PRIOUX, 'L'article 197 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, disposition méconnue de droit international privé belge', pp. 482 et s., n° 6, p. 486; J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar*, *o.c.*, n° 73, p. 44.

<sup>119</sup> Par ce terme générique, nous entendons également les parts d'associés émises par une société de personnes.

<sup>120</sup> Art. 110, § 1<sup>er</sup>, 6° à 8° du Code de DIP; art. 8 de la Résolution de l'I.D.I.; art. 4 de la Résolution de l'I.L.A.; J. ERAUW, *o.c.*, *Rechtspersonenrecht*, n° 42; Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *o.c.*, *Juris-Classeur Droit international*, fasc. n° 564-30, n° 183, p. 16; J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar*, *o.c.*, n° 58, p. 31; G. VAN BOXSOM, *Rechtsvergelijkende studie over de nationaliteit der vennootschappen*, *o.c.*, n° 51, p. 47; R. VANDER ELST, *o.c.*, *Rép. not.*, t. XVIII, I, I, n° 87.2, p. 150; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, *o.c.*, n° 736 et 738, pp. 332 et 333.

<sup>121</sup> Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *o.c.*, *Juris-Classeur Droit international*, fasc. n° 564-30, n° 183, p. 16.

<sup>122</sup> Cass. fr. (1<sup>ère</sup> ch. civ.) 17 octobre 1972, *J.D.I.* 1973, p. 716, note B. OPPETIT, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1973, p. 520, note H. BATIFFOL. Voy. l'art. 110, § 1<sup>er</sup>, 7°, du Code de DIP; J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar*, *o.c.*, n° 57, p. 30; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, *o.c.*, n° 734, p. 332.

avaient, dans le but de remédier aux spoliations intervenues au cours de la seconde guerre mondiale, promulgué un arrêté prescrivant aux porteurs de titres émis par des sociétés néerlandaises – et ce, indépendamment du lieu de la situation de ces titres – de souscrire avant une date limite une déclaration assortie de divers documents justificatifs. À défaut, les titres perdaient leur validité et étaient attribués à l'État néerlandais.

À l'issue d'une longue saga judiciaire, la Cour de cassation française accepta de donner effet à l'arrêté néerlandais en estimant que la détermination de la qualité d'associé relevait de la *lex societatis*. Ce faisant, elle écartait donc la compétence de la *lex rei sitae*, c'est-à-dire la loi française dès lors que les titres au porteur étaient situés en France.

**30.** La solution donnée par la Cour de cassation française paraît largement justifiée.

Elle a certes fait l'objet de certaines critiques, dues à la particularité des circonstances de l'espèce. L'on a en effet fait valoir que l'arrêté néerlandais comportait une mesure d'expropriation, dont l'effet devait rester strictement territorial<sup>123</sup>.

Cette critique, qui ne nous paraît pas déterminante<sup>124</sup>, ne remet en tout cas pas en cause le bien-fondé de la solution lorsque l'acquisition ou la perte de la qualité d'associé résulte d'un pur mécanisme de droit des sociétés, étranger à toute idée d'expropriation. Ainsi, par exemple, les dispositions réglant le rachat d'actions propres fixent les conditions auxquelles une société peut acquérir ou perdre la qualité d'actionnaire, et relèvent à ce titre de la *lex societatis*<sup>125</sup>. Il en va de même, selon nous, des mécanismes d'exclusion, de retrait et de démission des associés.

Cette compétence de la *lex societatis* n'exclut cependant pas totalement l'intervention d'une autre loi. Ainsi, par exemple, l'article 504, alinéa 2, du Code des sociétés, aux termes

duquel '*La cession des titres au porteur s'opère par la seule tradition du titre*', confère, selon nous, implicitement compétence à la *lex rei sitae* pour déterminer ce qu'il faut entendre par la tradition du titre. La notion de tradition est en effet un concept préjudiciel dont le contenu sera défini par la *lex rei sitae*<sup>126</sup>. Cette solution paraît cohérente avec l'idée selon laquelle c'est également la *lex rei sitae* qui règlera les rapports des porteurs successifs des titres entre eux<sup>127</sup>.

## 2. Interférence de la *lex rei sitae*

**31.** L'action représente les droits (et les devoirs) de l'associé envers la société et la communauté de ses membres. Elle est, à ce titre, régie par la *lex societatis*.

Cependant, les rapports entre l'associé et la société intéressent également les tiers. En effet, l'action représente une valeur patrimoniale pour l'associé. Cette valeur peut être transmise, à titre gratuit ou onéreux, entre vifs ou à cause de mort, être grevée d'un usufruit, d'un gage, être volée ou perdue, etc.

Il est traditionnellement admis que ce second aspect du régime des titres, désigné sous le nom de statut réel, ne peut être soumis à la *lex societatis*<sup>128</sup>. Il relève au contraire de la loi de la situation du titre, aussi appelée *lex rei sitae*.

**32.** Comment déterminer la *lex rei sitae*? Le facteur de rattachement utilisé diffère selon la forme du titre. Celle-ci est fixée conformément à la *lex societatis*<sup>129</sup>. Il importe donc de consulter d'abord cette dernière pour apprécier la possibilité d'émettre des titres au porteur, nominatifs ou dématérialisés. Dans un deuxième temps, il convient de rechercher où ces titres sont réputés être localisés<sup>130</sup>.

Les titres au porteur ne posent guère de difficultés. Dans la mesure où ils constituent de véritables meubles corporels

<sup>123.</sup> Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *o.c.*, *Juris-Classeur Droit international*, fasc. n° 564-30, n° 178, p. 16.

<sup>124.</sup> S'il appartient en effet à la *lex rei sitae* d'imposer une mesure d'expropriation ayant pour effet de transférer la propriété du titre, la *lex societatis* reste compétente pour 'désincorporer' le droit du titre, c'est-à-dire mettre fin à l'existence du droit constaté par le titre, et attribuer ensuite ce droit à un tiers (H. BATIFFOL, note précitée, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1973, p. 524). Afin d'éviter des complications inextricables, il convient de confier à une loi unique – la *lex societatis* – le soin de déterminer qui est ou non actionnaire aux yeux de la société (voy. P. FRANCESKAKIS, note sous Cass. (civ., 1<sup>ère</sup> sect.) 25 janvier 1966, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1966, pp. 254 et s., spéc. p. 258; B. OPPETIT, note précitée, *J.D.I.* 1973, p. 720).

<sup>125.</sup> J. ERAUW, M. CLAEYS, F. BOUCKAERT, K. LAMBEIN et B. WYLLEMAN, 'Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht. Overzicht van rechtspraak (1985-1992)', *T.P.R.* 1993, pp. 513 et s., n° 314, p. 1194; P.A. FORIERS et C. DE POTTER, 'Conflits d'intérêts et droit des groupes en émergence. Quelques réflexions', *Recueil 10 ans. Actualité en droit des affaires*, s.l., Vanham & Vanham, 2003, pp. 311 et s., n° 20, p. 328. Voy. également l'art. 625 du Code des sociétés, qui prévoit la perte de la qualité d'actionnaire comme sanction de la méconnaissance des articles qui précèdent.

<sup>126.</sup> Sur cette notion en droit international privé, voy. F. RIGAUD, *Droit international privé*, t. I, *o.c.*, n°s 488 et s., pp. 332 et s.; N. WATTÉ, *Rép. not.*, t. XVIII, *Le droit international privé*, l. III, *Les successions internationales. Conflits de lois. Conflits de juridictions*, Bruxelles, Larcier, 1992, n°s 94 et s., pp. 108 et s. Pour une analyse des concepts préjudiciels comme étant une variété de questions préalables, voy. J. MEEUSEN, *Nationalisme en Internationalisme in het Internationaal Privaatrecht*, *o.c.*, n° 439, p. 248.

<sup>127.</sup> Voy. *infra*, n° 33.

<sup>128.</sup> *Contra*: R. PRIoux, 'L'admissibilité en Belgique de l'administratiekantoor, de la fiducie et du trust portant sur des actions d'une société de droit belge', *J.T.* 1996, pp. 449 et s., n° 11, p. 452, note n° 37, qui plaide en faveur d'une application généralisée de la *lex societatis*. Cette proposition n'a cependant pas trouvé d'écho dans le Code de DIP.

<sup>129.</sup> La convertibilité du titre au porteur en titre nominatif et réciproquement relève également de la *lex societatis* (Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *o.c.*, *Juris-Classeur Droit international*, fasc. n° 564-30, n° 122, p. 13).

<sup>130.</sup> Voy. F. BOUCKAERT, 'Nederlandse administratiekantoren en Belgisch internationaal privaatrecht', *T.R.V.* 1989, pp. 182 et s., n° 5, p. 183; J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar*, *o.c.*, n° 71, p. 43.

auxquels les droits sociaux sont incorporés, leur *lex rei sitae* est la loi de l'État sur le territoire duquel ils se trouvent physiquement<sup>131</sup>.

On considère généralement que la *lex rei sitae* des titres nominatifs se confond avec la *lex societatis*. Lorsqu'un registre des actionnaires a été – régulièrement<sup>132</sup> – établi dans un État autre que celui du siège réel, il paraît cependant plus adéquat de localiser les titres nominatifs dans l'État où le registre est situé, et de retenir la loi de cet État comme *lex rei sitae*<sup>133</sup>.

De manière analogue, les titres dématérialisés devront être localisés dans l'État où se situe le teneur de comptes agréé<sup>134</sup>.

### 33. La *lex rei sitae* fixe le statut réel des titres.

Elle détermine ainsi la nature et la portée des droits réels qui peuvent être constitués sur ces titres<sup>135</sup>.

Elle fixe également, en cas de cession, le moment où la propriété des titres est transférée et la manière dont doivent être tranchés les conflits opposant des tiers qui font valoir des droits concurrents sur ces titres (créancier du cédant, cessionnaires multiples, créancier gagiste, etc.)<sup>136</sup>. Par contre, l'opposabilité de la cession à la société sera régie par la *lex societatis*<sup>137</sup>.

Enfin, la *lex rei sitae* régit les rapports entre les porteurs successifs de titres ayant fait l'objet d'une dépossession involontaire. Ainsi, l'article 16 de la loi du 24 juillet 1921 relative à la dépossession involontaire des titres au porteur – qui frappe de nullité les actes de disposition portant sur les titres postérieurement à la publication d'une opposition au *Bulletin des oppositions* – s'applique sur le territoire belge à tous

les titres au porteur, qu'ils soient émis par une société de droit belge ou de droit étranger<sup>138</sup>. Par contre, les dispositions de la loi imposant des obligations spécifiques à l'émetteur, tel l'article 24 de la loi – aux termes duquel le titre mentionné pendant quatre an au *Bulletin* perd de plein droit toute valeur et entraîne l'émission d'un titre de remplacement au profit de l'opposant –, relèvent de la *lex societatis*, et ne peuvent donc être imposées à une société de droit étranger<sup>139</sup>.

### 3. Interférence de la *lex contractus*

34. La *lex societatis* n'a pas pour fonction de régir toutes les conventions intéressant de près ou de loin la vie sociale. Sa compétence sera limitée, voire parfois entièrement supplantée, par celle de la *lex contractus*, soit la loi applicable à la convention.

Sans vouloir ici épuiser le sujet, nous dirons quelques mots des conventions d'actionnaires et des conventions de portage.

35. Par convention d'actionnaires, on vise ici toutes espèces de conventions par lesquelles les actionnaires modalisent entre eux par contrat, à l'exclusion du pacte statutaire, l'exercice des droits qu'ils tirent de leur qualité d'associé ou, de manière plus générale, le fonctionnement de la société.

La loi applicable à ces conventions relève en principe de l'autonomie de la volonté des parties. Celle-ci s'exprimera dans le respect des principes fixés par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, que l'on décide de l'appliquer en tant que telle ou par analogie<sup>140</sup>.

L'autonomie de la volonté n'est cependant pas absolue. Les conventions dont il est question concernent en effet, par

<sup>131</sup>. Proposition de Code de DIP, p. 116.

<sup>132</sup>. L'établissement d'un registre secondaire dans un pays autre que celui du siège social doit être admis par les lois des deux États concernés (Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *o.c.*, *Juris-Classeur Droit international*, fasc. n° 564-30, n° 135, p. 13).

<sup>133</sup>. Art. 91, § 1<sup>er</sup>, du Code de DIP, et son commentaire, pp. 116-117 de la Proposition de Code de DIP; J. ERAUW, *o.c.*, *Rechtspersonenrecht*, n° 54. Comp. Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *o.c.*, *Juris-Classeur Droit international*, fasc. n° 564-30, n° 127, p. 13.

<sup>134</sup>. Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935 et modifiant l'arrêté royal n° 62 du 10 novembre 1967 favorisant la circulation de valeurs mobilières, Exposé des motifs, *Doc. parl. Sénat*, s.o., 1994-95, n° 1321/1, p. 11; M. VAN DER HAEGEN, 'La loi du 7 avril 1995 sur les titres dématérialisés: régime des actions et obligations dématérialisées émises par les sociétés anonymes de droit belge', *R.P.S.* 1996, pp. 1 et s., n° 16, p. 22. *Contra*: J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar, o.c.*, n° 71, p. 43 (en faveur de la loi du siège réel).

<sup>135</sup>. J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar, o.c.*, n° 71, p. 42.

<sup>136</sup>. Comp. V. SAGAERT, 'De zakenrechtelijke werking van de cessie: de nieuwe IPR-regeling na de wet van 2 augustus 2002', *T.P.R.* 2003, pp. 561 et s., n° 9, p. 569. Il faut noter que la nouvelle règle de conflit instaurée par l'art. 145 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers ne paraît pas applicable aux valeurs mobilières (*ibid.*, n° 12, p. 571).

<sup>137</sup>. *Ibid.*, n° 43, p. 602, et *supra*, n° 29.

<sup>138</sup>. Sous réserve des difficultés suscitées par un éventuel conflit mobile dû à un déplacement des titres.

<sup>139</sup>. Sur le traitement de la loi du 24 juillet 1921 en droit international privé, voy. Bruxelles 12 juin 1996, *T.R.V.* 1997, pp. 409 et s., note P. VANDEPITTE, 'Ongewilde buitenbezitting van titels aan toonder: proeve tot begripsomschrijving – enkele vraagstukken van internationaal privaatrecht'; Comm. Bruxelles 31 octobre 1930, *B.J.* 1931, p. 287; DE PAGE, t. V, 2<sup>e</sup> éd., n°s 1094-1095, p. 964; J. ERAUW, *o.c.*, *Rechtspersonenrecht*, n°s 51 et s.; FREDERICQ, *Traité*, t. II, n° 340, p. 529; J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar, o.c.*, n° 72, p. 43.

<sup>140</sup>. La convention exclut en effet de son champ d'application les questions relevant du droit des sociétés (art. 1<sup>er</sup>, § 2, e), mais il n'est pas certain que cette exclusion vise nécessairement toutes les conventions d'actionnaire. Quoiqu'il en soit, le principe de l'autonomie de la volonté était consacré en matière contractuelle avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome (Cass. 24 février 1938, *Pas.* 1938, I, p. 66) et il est généralement admis que celle-ci peut recevoir une application analogique aux contrats exclus de son champ d'application (voy. l'art. 98 du Code de DIP; F. RIGAUX et M. FAL-LON, *Droit international privé*, t. II, *o.c.*, n° 1268, p. 507).



hypothèse, le fonctionnement de la société. Il nous semble par conséquent que, nonobstant la loi qui leur est applicable, elles ne sont aptes à produire des effets dans les relations entre associés ou, de manière plus générale, dans le cadre du fonctionnement de la société, que dans la mesure où ces effets sont admis par la *lex societatis*<sup>141</sup>.

L'on considère ainsi qu'une convention restreignant la libre cessibilité des actions<sup>142</sup> ou un pacte de votation<sup>143</sup> ne sera efficace que dans la mesure où la *lex societatis* admet les effets d'une telle convention.

**36.** En ce qui concerne les *conventions de portage*, se pose fréquemment la question de leur validité au regard de l'interdiction de la clause léonine. À supposer que la *lex societatis* frappe de nullité la convention de portage, cette sanction sera-t-elle applicable lorsque la convention est soumise à une autre loi au regard de laquelle le contrat est valable?

Cette question fut abordée, mais sous l'angle inverse, dans une intéressante espèce tranchée par le tribunal de commerce de Bruxelles par un jugement du 13 mai 1996<sup>144</sup>. Celui-ci dut notamment examiner si l'actuel article 32 du Code des sociétés, prohibant la clause léonine, était applicable à une convention de portage, soumise par les parties à la loi belge, et portant sur des actions d'une société de droit kenyan.

Le tribunal conclut à l'applicabilité de l'article 32, au motif qu'en choisissant la loi belge, les parties avaient rendu applicable à leur convention l'ensemble des dispositions, tant supplétives qu'impératives, du droit belge.

L'explication n'emporte cependant pas notre conviction. S'il est vrai que le choix des parties entraîne l'application d'un système juridique au contrat, c'est uniquement dans les limi-

tes du domaine de la *lex contractus*. Si, par exemple, deux parties concluent une vente qu'elles soumettent au droit allemand portant sur un bien situé en Belgique, le transfert de propriété interviendra néanmoins *solo consensu* conformément à la loi belge, compétente en tant que *lex rei sitae*. Or, précisément, la question était de savoir si l'interdiction de la clause léonine relevait de la *lex contractus*, auquel cas les parties s'y étaient soumises en optant pour la loi belge, ou de la *lex societatis*, ce qui aurait impliqué que seule la loi kenyane aurait dû être prise en considération.

Il nous semble que l'interdiction de la clause léonine est une disposition relevant plutôt de la *lex societatis*<sup>145</sup>. *Lege fori*, elle est en effet insérée sous le Titre II du Livre II du Code des sociétés, intitulé '*Des engagements des associés entre eux*'. Elle est, par ailleurs, liée aux conditions de validité du contrat de société<sup>146</sup>. Dans cette analyse, l'article 32 du Code des sociétés était inapplicable à la convention de portage, même soumise par les parties au droit belge, dès lors que celle-ci avait pour objet des actions d'une société de droit kenyan<sup>147,148</sup>.

#### 4. Interférence des lois d'application immédiate

**37.** Nonobstant la compétence de principe de la *lex societatis* pour régir l'émission des titres représentatifs du capital de la société, la réglementation locale peut s'imposer à la société en tant que loi d'application immédiate. On vise principalement ici la réglementation spécifique des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, et plus particulièrement les sociétés dont les titres font l'objet d'une cotation en Belgique<sup>149</sup>. En ce sens, l'article 10 de la Résolution de

<sup>141</sup>. Voy. le commentaire de l'art. 111 de la Proposition de Code de DIP, p. 131: '*La référence de l'article 111, § 1<sup>er</sup>, 6<sup>o</sup>, aux rapports 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*'. *Contra*: R. PRIoux, *o.c.*, *J.T.* 1996, n<sup>o</sup> 11, p. 452. Même si la comparaison paraît peut-être audacieuse, il nous semble possible de tracer un parallèle avec le raisonnement tenu par une partie de la doctrine concernant la loi applicable au régime matrimonial secondaire conventionnel. Dès lors qu'un tel régime déroge au régime légal, c'est la loi applicable au régime légal qui détermine dans quelle mesure il est loisible aux époux de choisir une loi autre pour leur régime conventionnel (N. WATTÉ et L. BARNICH, *o.c.*, *Rép. not.*, t. XVIII, I, II, n<sup>o</sup> 41, p. 66). De la même manière, il appartient à la *lex societatis* de fixer dans quelle mesure il est permis aux associés de déroger au fonctionnement normal de la société par des conventions passées entre eux.

<sup>142</sup>. J. ERAUW *e.a.*, *o.c.*, *T.P.R.* 1993, n<sup>o</sup> 314, p. 1193.

<sup>143</sup>. J.-L. BISMUTH, 'Les opérations fiduciaires en droit international privé', *Les opérations fiduciaires (pratiques, validité, régime juridique dans plusieurs pays européens et dans le commerce international)*, Paris, Feduci et L.G.D.J., 1985, pp. 187 et s., n<sup>o</sup> 28, p. 198; J. ERAUW, *o.c.*, *Rechtspersonenrecht*, n<sup>o</sup> 56; J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar*, *o.c.*, n<sup>o</sup> 58, p. 32; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, *o.c.*, n<sup>o</sup> 737, p. 333.

<sup>144</sup>. *Comm. Bruxelles* 13 mai 1996, *T.R.V.* 1997, p. 177, note.

<sup>145</sup>. J.-L. BISMUTH, *o.c.*, *Les opérations fiduciaires*, n<sup>o</sup> 28, p. 199. *Contra*: M. FAJTMANN, 'La promesse unilatérale d'achat d'actions d'une société anonyme belge au regard des articles 1855 du Code civil et 13<sup>ter</sup> de la loi sur les sociétés', *R.P.S.* 1993, pp. 69 et s., n<sup>o</sup> 24, p. 94.

<sup>146</sup>. Voy. not. M. FAJTMANN, *o.c.*, *R.P.S.* 1993, n<sup>o</sup> 8, p. 76; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, *o.c.*, n<sup>o</sup> 569, p. 426. Voy. toutefois M. COIPEL, 'Réflexions sur le 'portage' d'actions au regard de l'article 1855 du Code civil. - Le porteur et le lion', note sous *Bruxelles* 3 décembre 1986, *R.C.J.B.* 1989, pp. 553 et s., n<sup>os</sup> 32 et s., pp. 580 et s.

<sup>147</sup>. Rien ne permet de penser, en effet, que l'art. 32 du Code des sociétés serait une disposition d'ordre public au sens du droit international privé ou une loi d'application immédiate (M. FAJTMANN, *o.c.*, *R.P.S.* 1993, n<sup>os</sup> 24 et s., pp. 94 et s.).

<sup>148</sup>. *Comp.* avec K. GEENS, M. DENEFF, R. TAS, F. HELLEMANS et J. VANANROYE, 'Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen (1992-1998)', *T.P.R.* 2000, pp. 99 et s., n<sup>o</sup> 549, p. 536. Ces auteurs font appel à la théorie de la fraude à la loi pour éviter que le choix par les parties d'une loi étrangère ne puisse énerver la compétence de la *lex societatis*. Le détournement par la théorie de la fraude à la loi est cependant inutile dès lors que la compétence de la *lex contractus* est arrêtée par celle de la *lex societatis* (*comp.* F. BOUCKAERT, *o.c.*, *T.R.V.* 1989, n<sup>o</sup> 8, p. 184).

<sup>149</sup>. Voy. not. les art. 58, al. 2, 88 et 107 du Code des sociétés; J. ERAUW, *o.c.*, *Rechtspersonenrecht*, n<sup>o</sup> 60; Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *o.c.*, *Juris-Classeur Droit international*, fasc. n<sup>o</sup> 564-30, n<sup>os</sup> 27 et s., p. 6; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, *o.c.*, n<sup>o</sup> 77; R. VANDER ELST, *o.c.*, *Rép. not.*, t. XVIII, I, I, n<sup>o</sup> 89.3, p. 153; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, *o.c.*, n<sup>o</sup> 744, p. 335.

l'I.D.I. énonce que *'L'émission publique des actions est soumise cumulativement aux dispositions tant de la loi de la société que du pays où a lieu l'émission'*<sup>150</sup>. Ainsi, par exemple, certaines dispositions de l'arrêté royal du 8 novembre 1989 relatif aux offres publiques d'acquisition et aux modifications du contrôle des sociétés peuvent se voir reconnaître le caractère de lois d'application immédiate<sup>151</sup>.

Nous ne nous appesantirons pas plus longtemps sur ces règles, dont l'examen mériterait une contribution à part entière.

## 5. Régimes des autres variétés de titres

**38.** À côté des actions, les sociétés émettent parfois des *parts bénéficiaires*. On considère généralement, *lege fori*, que le titulaire d'une part bénéficiaire est un associé *sui generis*<sup>152</sup>. Étant membre de la société, ses relations-ci avec celle-ci doivent par conséquent être régies par la *lex societatis*<sup>153</sup>. C'est donc la loi de la société qui détermine si des parts d'associés non représentatives du capital peuvent être émises par la société, ainsi que le régime auquel elles sont soumises.

**39.** La société peut également émettre des *obligations*. Celles-ci incorporent en réalité les obligations dérivant pour la société emprunteuse du contrat de prêt conclu avec les obligataires. Bien qu'il s'agisse de titres émis par la société, nous nous situons donc plutôt dans la sphère contractuelle. C'est la raison pour laquelle la loi applicable aux obligations est généralement déterminée en vertu du principe de l'autonomie de la volonté<sup>154</sup>. Deux précisions doivent toutefois être apportées.

Premièrement, à défaut de choix de la loi applicable par les parties, il faudra probablement considérer que l'obligation présente les liens les plus étroits avec la *lex societatis*, et qu'elle devra par conséquent être soumise à la même loi<sup>155</sup>.

Deuxièmement, il nous semble que, même lorsque les parties ont opté pour une loi différente de la *lex societatis*, ce

choix ne peut avoir pour effet de priver les obligataires de la protection accordée par la *lex societatis* lorsque celle-ci contient des règles impératives sur l'émission des obligations<sup>156</sup>. Par ailleurs, l'institution d'une assemblée générale des obligataires, dotée de compétences spéciales par la loi de la société dans un souci de protection des obligataires, dès lors qu'elle crée un nouvel organe de la société, nous paraît être intrinsèquement liée au fonctionnement de celle-ci. Par conséquent, la loi choisie par les parties n'aurait pas compétence pour priver cet organe de ses pouvoirs<sup>157</sup>. De même, les règles relatives à la conversion d'une obligation en action fixent les conditions dans lesquelles une personne peut acquérir la qualité d'associé, et relèvent également, à ce titre, de la *lex societatis*.

**40.** La société est également susceptible d'émettre des *warrants*. Encore faut-il bien s'entendre sur la signification donnée à ce terme.

Si l'on entend par là des titres représentatifs d'un *droit de souscription*, il s'agit d'un droit permettant d'acquérir la qualité d'associé. En cette qualité, il paraît logique de soumettre ces titres à la *lex societatis*<sup>158</sup>.

Si, par contre, l'on vise une simple *option d'achat* d'actions exerçable contre la société, il s'agit en réalité d'une promesse de vente qui, pas plus qu'une vente d'actions<sup>159</sup>, n'a vocation à être régie par la *lex societatis*. On se situe donc dans le domaine de la loi d'autonomie, bien que, comme en matière d'obligations, il puisse être raisonnablement présumé que le contrat présentera généralement les liens les plus étroits avec la *lex societatis*.

**41.** Par ailleurs, les titres émis par la société sont susceptibles de faire l'objet d'une opération de *certification* par un tiers émetteur. Les actions (ou autres titres émis par la société) sont remises par leurs titulaires à un tiers, qui émet en échange des certificats représentatifs des titres qui lui ont été remis.

Différentes lois se trouveront ainsi en conflit. On peut, schématiquement, esquisser les solutions suivantes<sup>160</sup>:

<sup>150</sup>. Comp. avec le système prévu à l'art. 114 du Code de DIP et le Rapport Nyssens-Willems, pp. 206-207.

<sup>151</sup>. Voy. J. MEEUSEN, *Nationalisme en Internationalisme in het Internationaal Privaatrecht*, o.c., n° 694, p. 371; S. VANDEGINSTE, 'Het toepassingsgebied van de Belgische regeling inzake openbare overnameaanbiedingen vanuit grensoverschrijdend perspectief', *T.R.V.* 1991, pp. 400 et s.

<sup>152</sup>. J.-P. BLUMBERG, 'Over participatiecertificaten (CPC) of de uitgifte van winstbewijzen voor een geldinbreng', *T.R.V.* 1991, pp. 325 et s., spéc. p. 333; P. DEMEUR, 'La part bénéficiaire confère-t-elle qualité d'associé?', *R.P.S.* 1957, pp. 57 et s., n° 8; VAN RYN, t. I, 1<sup>ère</sup> éd., n° 552; J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, 'Examen de jurisprudence (1957 à 1960). Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.* 1962, pp. 359 et s., n° 33, p. 394.

<sup>153</sup>. Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, o.c., *Juris-Classeur Droit international*, fasc. n° 564-30, n° 194, p. 17.

<sup>154</sup>. Art. 10 de la Résolution de l'I.D.I. (solution implicite); Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, o.c., *Juris-Classeur Droit international*, fasc. n° 564-30, n° 196, p. 17; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, o.c., n° 77.

<sup>155</sup>. Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, o.c., n° 367, p. 433; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, o.c., n° 77. Cette solution est souhaitable afin que tous les obligataires soient traités de la même manière.

<sup>156</sup>. Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, o.c., *Juris-Classeur Droit international*, fasc. n° 564-30, n° 22, p. 5.

<sup>157</sup>. Comp. avec le raisonnement suivi *supra*, n° 36, concernant les limites du domaine de la *lex contractus*.

<sup>158</sup>. Comp.: J. ERAUW, o.c., *Rechtspersonenrecht*, n° 42.

<sup>159</sup>. Voy. J. ERAUW, o.c., *Rechtspersonenrecht*, n° 43.

<sup>160</sup>. Voy. F. DE BAUW et E. POTTIER, 'La certification des titres émis par une société anonyme', *R.D.C.* 1999, pp. 523 et s., spéc. pp. 557 et s., et réf. citées; J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar*, o.c., n° 59, p. 33.

- la *lex societatis* de l'émetteur de certificats (soit la loi du lieu de son siège réel) régira son fonctionnement;
- la *lex contractus* régira les relations entre l'émetteur de certificats et leurs titulaires (la prestation caractéristique étant, nous semble-t-il, effectuée par l'émetteur, on peut raisonnablement présumer, sauf choix contraire des parties, que la *lex contractus* coïncidera avec la *lex societatis* de l'émetteur);
- la *lex societatis* de la société dont les titres sont certifiés régira les relations existant entre cette société et l'émetteur (telle que l'obligation pour l'émetteur de porter à la connaissance de la société l'existence d'une certification) et celles entre la société et les titulaires de certificats (on pense principalement à la possibilité pour ces derniers de redevenir associés en échangeant leurs certificats contre les titres certifiés);
- la *lex concursus* de l'émetteur prévoira, le cas échéant, des mesures spéciales de protection des titulaires de certificats en cas de faillite de l'émetteur (on vise notamment ainsi l'art. 503, § 2, du Code des sociétés).

42. Enfin, il est possible que la société émette des titres *sui generis*. Dans ce cas, il conviendra de procéder en deux temps<sup>161</sup>. Il conviendra d'abord d'examiner précisément les caractéristiques des droits conférés par ces titres. Il faudra ensuite vérifier si les titulaires de ces titres se rapprochent plus d'un associé de la société, auquel cas les titres seront régis par la *lex societatis*, ou d'un simple créancier, auquel cas il y aura lieu d'appliquer la *lex contractus*.

Par ailleurs, et quel que soit le titre envisagé (action, part bénéficiaire, obligation, warrant, certificat ou autre), la compétence de la *lex societatis* ou de la *lex contractus* ne s'étendra pas aux questions relevant du statut réel du titre, et donc de la *lex rei sitae*<sup>162</sup>.

## E. Responsabilité

43. Il convient de distinguer soigneusement différentes hypothèses, à savoir le régime spécial de responsabilité prévu en cas de faillite (1), la responsabilité de la société (2), celle de ses administrateurs (3) et celle des associés (4)<sup>163</sup>.

### 1. Responsabilité aggravée en cas de faillite

44. La loi prévoit parfois un régime de *responsabilité aggravée en cas de faillite* de la société. Tel est le cas, par exemple, de l'article 530 du Code des sociétés. Dans quelle mesure une telle disposition peut-elle être rendue applicable à une société étrangère?

Il nous semble que ces régimes particuliers de responsabilité sont si étroitement liés à celui de la faillite, dont l'ouverture constitue un préalable nécessaire à leur application, qu'ils doivent être soumis à la *lex concursus*, c'est-à-dire la loi applicable à la faillite, à l'exclusion de la *lex societatis*<sup>164</sup>.

Cette solution nous paraît conforme aux développements du droit communautaire. On sait en effet que les faillites intra-communautaires sont désormais régies par le règlement n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité<sup>165</sup>. Or, ce règlement donne à la *lex concursus* une compétence définie en termes très larges, puisqu'elle a vocation à régir l'ensemble de la procédure ainsi que ses effets, qu'ils soient procéduraux ou substantiels, sur les personnes et les rapports juridiques concernés<sup>166</sup>. La responsabilité aggravée édictée par l'article 530 du Code des sociétés nous paraît constituer un effet de la faillite au sens du règlement.

45. La question des champs d'application respectifs de la *lex concursus* et de la *lex societatis* n'est pas purement théo-

<sup>161</sup>. Voy. *supra*, n° 18.

<sup>162</sup>. Voy. *supra*, n°s 31 et s.

<sup>163</sup>. Sur l'hypothèse, très spécifique, de la responsabilité des directeurs d'une succursale belge d'une société étrangère, voy. l'art. 59 du Code des sociétés et *R.P.D.B.*, v° *Sociétés anonymes*, n°s 3101 et s.; H. DE WULF, 'Commentaar bij art. 59 W. Venn. (oude art. 198 Venn. W.)', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Mechelen, Kluwer, 2000; F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, t. II, o.c., n° 1580, p. 736, et n° 1597, p. 749; VAN RYN, t. II, 1<sup>ère</sup> éd., n° 1142, p. 153.

<sup>164</sup>. Paris (3<sup>e</sup> ch.) 31 octobre 1957, *Rev. trim. dr. com.* 1958, p. 452, note Y. LOUSSOUARN; Douai 1<sup>er</sup> décembre 1955, *D.* 1956, II, p. 223, note F. GORE. Ce dernier arrêt a reçu en Belgique l'exequatur de Gent (5<sup>e</sup> ch.) 16 novembre 1959, *R.W.* 1959-60, col. 1994, conf. Civ. Gent 14 juillet 1958, *Rev. trim. dr. com.* 1958, p. 876, note Y. LOUSSOUARN. Voy. aussi C. DE BUSSCHERE, 'Beheerder zijn in een Franse vennootschap is gevaarlijk bij faillissement van deze vennootschap', *Jura Falc.* 1973-74, pp. 39 et s., spéc. p. 40; Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, o.c., n° 381, p. 449; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. V, o.c., n° 1550, p. 594.

En ce sens, il a été relevé, au cours de l'examen de la Proposition de Code de DIP, que l'art. 111, § 1<sup>er</sup>, 9<sup>o</sup>, du Code ne réglait pas la question de la responsabilité aggravée en cas de faillite (Rapport Nyssens-Willems, pp. 205-206). La question est cependant obscurcie par le fait que les intervenants n'ont pas indiqué clairement s'ils se situaient sur le plan des conflits de lois ou de juridictions.

Comp., en matière de conflits de juridictions, avec CJCE 22 février 1979, 133/78, *Henri Gourdain/Franz Nadler*, *Rec.* 1979, p. 733. Dans cette affaire, la Cour de justice a estimé que l'action en comblement de passif social organisée par le droit allemand tire exclusivement son fondement juridique des dispositions du droit de la faillite, au sens de l'art. 1<sup>er</sup>, al. 2, de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968.

Comp. aussi avec F. RIGAUX, 'Les créanciers et la faillite à l'intérieur d'un groupe transnational de sociétés', *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 559 et s. Selon cet auteur, la responsabilité découlant de l'actuel art. 530 du Code des sociétés est un incident de la procédure de faillite, soumis par conséquent à la *lex concursus* (n° 21, p. 575, et n° 27, p. 583). Cet auteur considère cependant qu'au-delà des problèmes de qualification, cette disposition constitue une loi d'application immédiate dont un tribunal belge, ayant ouvert la procédure de faillite, doit faire application (n° 34, p. 590).

<sup>165</sup>. Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, *J.O.C.E.* (L) 160 du 30 juin 2000, p. 1.

<sup>166</sup>. Art. 4, § 1<sup>er</sup>, et considérant n° 23 du règlement.

rique. Certes, dès lors que le facteur de rattachement de la *lex concursus* est le lieu du principal établissement du failli<sup>167</sup>, ou, dans le cadre des relations intracommunautaires, celui du centre des intérêts principaux du débiteur<sup>168</sup>, il y aura le plus souvent coïncidence entre la *lex concursus* et la *lex societatis*. Il n'en ira cependant pas toujours ainsi.

Ainsi, par exemple, en cas de transfert intracommunautaire du siège réel, la *lex societatis* devrait être 'figée', selon une certaine interprétation de la jurisprudence de la Cour de justice, pour coïncider avec la loi de l'État d'origine<sup>169</sup>, alors que la *lex concursus* pourrait être déterminée par le nouveau siège réel en cas de renversement de la présomption établie en faveur du siège statutaire.

Par ailleurs, l'application de la théorie du renvoi – admise en matière de *lex societatis*<sup>170</sup>, exclue à l'égard de la *lex concursus*<sup>171</sup> – pourrait aboutir à la désignation de deux lois différentes.

**46.** Les régimes de responsabilité aggravée en cas de faillite doivent être distingués de l'hypothèse d'une extension de la faillite d'une société au maître de l'affaire. *Lege fori*, cette extension n'est pas analysée comme une conséquence automatique de la faillite de la société, mais comme une faillite distincte subordonnée à la réunion, dans le chef du maître de l'affaire, de toutes les conditions de la faillite<sup>172</sup>.

Il nous semble par conséquent que, sur le plan du droit international privé, et conformément au principe de la qualification *lege fori*, la faillite du maître de l'affaire doit également être traitée comme une procédure distincte de la faillite de la société. La faillite du maître de l'affaire ne pourra donc être ouverte en Belgique que si le maître de l'affaire y possède son principal établissement ou, dans le cadre des relations intracommunautaires, le centre de ses intérêts principaux.

## 2. Responsabilité de la société

**47.** Examinons ensuite la question de la *responsabilité de la société*. Il n'y a ici aucune raison de déroger à la solution donnée par les règles ordinaires de conflit de lois<sup>173</sup>. La responsabilité contractuelle de la société sera donc régie par la *lex contractus*, désignée par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, et sa responsabilité quasi-délictuelle sera soumise à la *lex loci delicti*<sup>174</sup>.

Une précision doit toutefois être apportée. Une personne morale ne pouvant agir qu'à l'intervention de ses organes, il reste à indiquer la loi compétente pour déterminer si un comportement fautif d'un organe peut être imputé à la société.

Sur la base d'un rattachement accessoire, il serait possible de soutenir que cette question est régie par la loi applicable à la responsabilité envisagée (*lex contractus* ou *lex loci delicti*)<sup>175</sup>.

Il nous paraît plus exact de considérer que, la *lex societatis* étant compétente pour déterminer les pouvoirs de représentation des organes<sup>176</sup>, c'est au regard de cette loi que la question doit être tranchée. Après avoir, dans un premier temps, relevé l'existence d'une faute dans le chef de l'organe conformément à la *lex contractus* ou à la *lex loci delicti*, il faudrait ensuite se tourner vers la *lex societatis* pour savoir si cette faute engage la responsabilité de la société.

La responsabilité de la société pour une faute de ses préposés sera, par contre, soumise à la *lex loci delicti*<sup>177</sup>. Cette forme de responsabilité pour autrui est en effet étrangère au fonctionnement de la société<sup>178</sup>.

<sup>167</sup>. Art. 631 du Code judiciaire. Voy. I. VEROUSTRÆTE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, n° 1200, p. 744.

<sup>168</sup>. Art. 3, § 1<sup>er</sup>, du règlement n° 1346/2000.

<sup>169</sup>. Voy. *supra*, n° 13.

<sup>170</sup>. Voy. *supra*, note n° 44.

<sup>171</sup>. Voy. l'art. 16 du Code de DIP. Par ailleurs, le renvoi ne se conçoit en principe pas lorsque le facteur de rattachement a été uniformisé, dans les relations entre les États concernés, par un instrument unique tel que le règlement n° 1346/2000.

<sup>172</sup>. Voy. T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, o.c., n° 759, p. 579.

<sup>173</sup>. J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar*, o.c., n° 69, p. 42; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, o.c., n° 741, p. 334. Voy. aussi J. ERAUW, o.c., *Rechtspersonenrecht*, n° 61.

<sup>174</sup>. Cass. (1<sup>ère</sup> ch.) 17 mai 1957, *Pas.* 1957, I, p. 1111, concl. du procureur général R. Hayoit de Termicourt. Depuis l'entrée en vigueur du Code de DIP, le facteur de rattachement de la *lex loci delicti* n'est plus le lien de fait générateur de la responsabilité (voy. l'art. 99 du Code de DIP). *Contra*: R. VANDER ELST, o.c., *Rép. not.*, t. XVIII, I, I, n° 87.3, p. 151, qui semble considérer, sans s'en expliquer, que la responsabilité (quasi-délictuelle) de la société du fait de ses organes serait régie par la *lex societatis*.

<sup>175</sup>. En ce sens, voy. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. V, o.c., n° 1567, p. 639: 'C'est encore à la *lex loci delicti*, et non à la loi organique de la personne morale à déterminer si elle est engagée par un fait ayant occasionné un préjudice à autrui. [...] le fait du président de la société, c'est-à-dire de son organe, s'identifiera avec la personne morale et l'engagera par application de l'art. 1382 C.civ.' Voy. aussi l'art. 7, § 2, de la Résolution de l'I.L.A.

<sup>176</sup>. Voy. *supra*, n° 24.

<sup>177</sup>. R. VANDER ELST, o.c., *Rép. not.*, t. XVIII, I, I, n° 87.3, p. 151.

<sup>178</sup>. Et ce, bien qu'elle procède, historiquement, d'une idée de représentation. Voy. sur ce point: P.A. FORIERS, 'Aspects de la représentation en matière contractuelle', *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2000, pp. 221 et s., n° 38, p. 266.

### 3. Responsabilité des administrateurs

48. Dans les *rappports avec la société*, la question ne pose guère de difficulté. Que l'on envisage la responsabilité de l'administrateur comme dérivant de son 'mandat' ou comme découlant des règles du droit des sociétés, elle se rattache à la *lex societatis* et doit y être soumise<sup>179</sup>. Cette loi régit ainsi tant la responsabilité pour violation des statuts ou du droit des sociétés que celle résultant d'une simple faute de gestion. Elle détermine également selon quelles modalités cette responsabilité peut être engagée (action intentée par l'assemblée générale, action minoritaire ou action individuelle)<sup>180</sup>.

49. Dans les *rappports avec les tiers*, la question de la responsabilité des administrateurs est plus complexe. Il faut en effet distinguer plusieurs sous-hypothèses.

Tout d'abord, lorsque les tiers se fondent sur une responsabilité particulière instaurée par le droit des sociétés<sup>181</sup>, celle-ci sera soumise à la *lex societatis*<sup>182</sup>. Il en va notamment ainsi lorsqu'il est reproché à l'administrateur d'avoir violé le droit des sociétés ou les statuts<sup>183</sup>.

Ensuite, il peut être reproché à l'administrateur d'avoir commis une faute aquilienne n'impliquant, en soi, aucune violation du droit des sociétés. On pense par exemple à une *culpa in contrahendo* dans la conclusion d'un contrat au nom et pour le compte de la société. Cette faute devrait, conformément au droit commun, être soumise à la *lex loci delicti*<sup>184</sup>.

Enfin, il existe un courant favorable à l'idée selon laquelle, en cas d'excès de pouvoir, l'administrateur pourrait être rendu responsable sur la base de la *lex loci delicti*<sup>185</sup>. Toutefois, dans la mesure où tout excès de pouvoir constitue, par définition, une violation du droit des sociétés et/ou des sta-

tuts, nous ne voyons *a priori* pas de raison d'écarter la compétence de la *lex societatis*. On ne pourrait, en effet, mettre en lumière un excès de pouvoir sans consulter au préalable cette loi afin de connaître les limites des pouvoirs des administrateurs.

50. Une dernière question doit être abordée en rapport avec la responsabilité des administrateurs. Il s'agit du problème de l'*immunité de l'organe*. On sait en effet qu'en droit belge, la Cour de cassation a développé une jurisprudence ayant pour effet d'exonérer de leur responsabilité les administrateurs pour les fautes commises dans l'exécution d'un contrat conclu par la société<sup>186</sup>, voire même au stade de la conclusion du contrat<sup>187</sup>. Dans quelle mesure cette jurisprudence est-elle de nature à profiter aux administrateurs de sociétés étrangères?

En droit interne, bien que l'immunité de l'organe ait été, dans un premier temps, rattachée à l'immunité dont bénéficie l'agent d'exécution, l'on tend de plus en plus à considérer qu'elle résulte d'une application rigoureuse de la théorie de l'organe<sup>188</sup>. L'immunité de l'organe résulterait donc des règles du droit des sociétés, et non véritablement de celles relatives au concours des responsabilités aquilienne et contractuelle.

C'est la raison pour laquelle il nous paraît raisonnable de considérer qu'il appartient à la *lex societatis* de déterminer si un administrateur peut exciper de sa qualité d'organe pour échapper à la responsabilité qu'il devrait, en principe, encourir, en vertu de la *lex loci delicti*<sup>189</sup>.

Cette solution a le mérite de soumettre à une seule et même loi – la *lex societatis* – la question de savoir, d'une part, si la responsabilité de la société peut être engagée par la faute de son organe<sup>190</sup>, et, d'autre part, si l'organe reste tenu de son

179. Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *o.c.*, *Juris-Classeur Droit international*, fasc. n° 564-30, n° 226, p. 20; J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelgewijze commentaar*, *o.c.*, n° 58, p. 31; G. VAN BOXSOM, *Rechtsvergelijkende studie over de nationaliteit der vennootschappen*, *o.c.*, n° 54, p. 49.

180. Comm. Bruxelles (5<sup>e</sup> ch.) 18 novembre 1924, *R.P.S.* 1926, p. 160; J. ERAUW, *o.c.*, *Rechtspersonenrecht*, n° 57; J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelgewijze commentaar*, *o.c.*, n° 58, p. 31; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, *o.c.*, n° 736, p. 332.

181. Voy., en droit belge, pour les sociétés anonymes, les art. 528, 529 et 633 du Code des sociétés. Sur l'art. 530, voy. *supra*, n° 44.

182. G. VAN BOXSOM, *Rechtsvergelijkende studie over de nationaliteit der vennootschappen*, *o.c.*, n° 54, p. 48 (solution déduite de la jurisprudence analysée par l'auteur, qui opterait plutôt pour une application généralisée de la *lex loci delicti*).

183. Art. 110, § 1<sup>er</sup>, 9<sup>o</sup>, du Code de DIP; art. 7, § 1<sup>er</sup>, de la Résolution de l'I.L.A.; art. 13 de la Résolution l'I.D.I.; Gand (1<sup>ère</sup> ch.) 21 juillet 1888, *R.P.S.* 1889, p. 164; Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, *o.c.*, n° 380, p. 448; J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelgewijze commentaar*, *o.c.*, n° 58, p. 31.

184. Art. 7, § 2, de la Résolution de l'I.L.A.; Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, *o.c.*, n° 380, p. 448; G. VAN BOXSOM, *Rechtsvergelijkende studie over de nationaliteit der vennootschappen*, *o.c.*, n° 54, p. 49.

185. Art. 6 de la Résolution de l'I.L.A.; art. 11 de la Résolution de l'I.D.I.

186. Cass. (1<sup>ère</sup> ch.) 7 novembre 1997, *R.C.J.B.* 1999, p. 730, note V. SIMONART.

187. Cass. 16 février 2001, *R.D.C.* 2002, p. 698, note C. GEYS.

188. Voy. V. SIMONART, 'La quasi-immunité des organes de droit privé', note sous Cass. (1<sup>ère</sup> ch.) 7 novembre 1997, *R.C.J.B.* 1999, pp. 732 et s., n° 38, p. 764; P.A. FORIERS, 'Les obligations de l'entrepreneur: les sanctions de l'inexécution', *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, Liège, Formation permanente CUP, 2003, pp. 5 et s., n° 5, pp. 12 et s. Voy. aussi l'appréciation nuancée de I. CLAEYS, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid. De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent herbekeken*, Antwerpen, Groningen et Oxford, Intersentia, 2003, n°s 153 et s., pp. 181 et s.

189. Si la responsabilité de l'administrateur dérive de la *lex societatis*, alors son immunité peut être directement écartée par celle-ci. Voy. p. ex. l'art. 528 du Code des sociétés, qui ouvre expressément aux tiers le droit d'agir en réparation contre les administrateurs pour violation du Code des sociétés ou des statuts.

190. Voy. *supra*, n° 47.

manquement envers les tiers. Si l'on soumettait cette dernière question à une autre loi – telle que la *lex loci delicti* ou la loi applicable au contrat conclu ou exécuté par l'organe pour le compte de la société –, l'on risquerait en effet d'aboutir à une contradiction de solutions préjudiciable pour les tiers. En effet, cette loi pourrait accorder à l'organe une immunité, alors qu'en vertu de la *lex societatis*, le fait de l'organe ne pourrait être imputé à la société.

Au demeurant, la règle de conflit applicable à l'immunité de l'agent d'exécution non revêtu de la qualité d'organe n'étant pas clairement fixée en droit positif<sup>191</sup>, la solution préconisée paraît mieux à même de sauvegarder les impératifs de la sécurité juridique.

#### 4. Responsabilité des associés

51. Vient enfin la question de la *responsabilité des associés*.

La responsabilité des fondateurs est régie par la *lex societatis*<sup>192</sup>. Celle-ci détermine également si les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation sont personnellement tenus des engagements souscrits en cette qualité<sup>193</sup>. Il en va de même de la question de savoir si les associés bénéficient ou non du régime de la responsabilité limitée à leurs apports pour les dettes de la société<sup>194</sup>. Par ailleurs, la *lex societatis* décide à quelles conditions un associé commanditaire qui s'est immiscé dans la gestion de la société perd le bénéfice de la responsabilité limitée<sup>195</sup>. Enfin, la nécessité d'obtenir un jugement de condamnation de la société avant de pouvoir réclamer aux associés en nom collectif ou commandités le paiement du passif social (art. 203 du Code des sociétés) relève également de cette loi<sup>196</sup>.

52. La doctrine s'est penchée en particulier sur le problème de la responsabilité de l'actionnaire de contrôle dans un groupe de sociétés. Une série d'institutions, regroupées sous le nom de théorie de la levée du voile social (*doorbraak van aansprakelijkheid*), visent à permettre aux créanciers d'une filiale d'obtenir le paiement de leurs créances par la société mère.

Il convient en la matière d'examiner soigneusement le fondement de l'institution invoquée par les créanciers. Schématiquement, il est possible de distinguer trois hypothèses<sup>197</sup>.

Tout d'abord, la société mère peut avoir garanti volontairement les engagements de sa filiale. La loi applicable pour déterminer la portée de cet engagement sera fonction de la nature de celui-ci. Ainsi, il s'agira le plus souvent d'une sûreté personnelle de type contractuel, soumise à la *lex contractus*<sup>198</sup>, mais une place pourrait être réservée, dans certaines circonstances, à la *lex loci delicti*<sup>199</sup>.

Ensuite, il est parfois reproché à la société mère de s'être fautivement immiscée dans la gestion de sa filiale. Le dommage qui en est résulté pour les tiers devra être réparé conformément à la *lex loci delicti*<sup>200</sup>. Il en va de même lorsque la responsabilité de la société mère est engagée sur la base d'une apparence qu'elle a suscitée. On tend en effet, en droit interne, à rattacher la théorie de l'apparence au fondement plus général de la responsabilité civile<sup>201</sup>, la faute consistant pour la société mère à tromper la confiance des tiers en relevant sur une situation apparente qui lui est imputable. Si l'on fait toutefois de l'apparence une théorie autonome, il conviendrait alors de la soumettre à la loi du lieu où elle a été suscitée<sup>202</sup>.

Enfin, il existe certains mécanismes spécifiques au droit des sociétés permettant de rendre une société mère responsable des dettes de sa filiale. On pense notamment au *Konzern-*

<sup>191</sup> Sur les subtiles distinctions existant en la matière, voy. J. MEEUSEN, 'De samenloop en de coëxistentie van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid in het internationaal privaatrecht', note sous Comm. Antwerpen (1<sup>ère</sup> ch.) 24 octobre 1994, *R.W.* 1994-95, pp. 1066 et s.; C. TUBEUF et L. MERTENS, *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, dos. 4, La loi applicable à la responsabilité, Bruxelles, Kluwer, 2002, n° 42, p. 31.

<sup>192</sup> J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar, o.c.*, n° 58, p. 31.

<sup>193</sup> Bruxelles (2<sup>e</sup> ch.) 9 mars 1988, *J.T.* 1988, p. 606.

<sup>194</sup> J. ERAUW, *o.c.*, *Rechtspersonenrecht*, n° 42; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. V, *o.c.*, n° 1550, p. 590; K. VANDEKERCKHOVE, *o.c.*, *T.R.V.* 2002, n° 7, p. 382; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht, o.c.*, n° 738, p. 333.

<sup>195</sup> Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *o.c.*, *Juris-Classeur Droit international*, fasc. n° 564-30, n° 191, p. 17.

<sup>196</sup> Cass. 29 septembre 1927, *Pas.* 1927, I, p. 296. Il ne s'agit donc pas d'une disposition procédurale (J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar, o.c.*, n° 58, p. 32).

<sup>197</sup> Pour une analyse détaillée, voy. J. ERAUW, *o.c.*, *La coopération entre entreprises*, pp. 378 et s.; J. ERAUW, *o.c.*, *Rechtspersonenrecht*, n° 62; M. FAL-LON, 'La responsabilité du fait d'autrui au sein d'un groupe international de sociétés en droit belge', *Rapports belges au XI<sup>e</sup> Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Anvers, Kluwer et Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 313 et s.; J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar, o.c.*, pp. 33 et s.; F. RIGAUX, *o.c.*, *Les créanciers et le droit de la faillite*, n° 10, pp. 559 et s.; B. VAN BRUYSTEGEM, 'De vennootschap van de multinationale onderneming', *R.W.* 1979-80, pp. 2278 et s., spéc. p. 2294; K. VANDEKERCKHOVE, *o.c.*, *T.R.V.* 2002, p. 380 et s. En droit interne, voy. T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, *o.c.*, n°s 757 et s., pp. 575 et s.

<sup>198</sup> B. VAN BRUYSTEGEM, *o.c.*, *R.W.* 1979-80, p. 2294.

<sup>199</sup> J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar, o.c.*, n° 61, p. 34.

<sup>200</sup> J. ERAUW, *o.c.*, *La coopération entre entreprises*, p. 379; J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar, o.c.*, n° 61, p. 34; B. VAN BRUYSTEGEM, *o.c.*, *R.W.* 1979-80, p. 2294.

<sup>201</sup> Voy. P.A. FORIERS, obs. sous Cass. 20 janvier 2000, *R.D.C.* 2000, pp. 485 et s., n° 13.

<sup>202</sup> J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar, o.c.*, n° 61, p. 34. Voy., en matière de mandat apparent, R. VANDER ELST, *o.c.*, *Rép. not.*, t. XVIII, I, 1, n° 64.2, p. 121; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht, o.c.*, n° 682, p. 310.

*recht* en droit allemand<sup>203</sup>. On considère généralement que ces mécanismes doivent être régis par la *lex societatis* de la filiale, afin de préserver les attentes des créanciers de cette dernière<sup>204</sup>. On peut également se référer à l'appui de cette solution à la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle le '*contenu*' de la personnalité morale est déterminé par la *lex societatis*<sup>205</sup>.

## F. Capital

### 1. Généralités

53. Les règles relatives au capital des sociétés – qu'il s'agisse de son augmentation, sa réduction, son amortissement ou son maintien<sup>206</sup> – participent sans conteste du fonctionnement interne de la société et de l'organisation des relations de celle-ci avec ses membres. La compétence de la *lex societatis* ne paraît par conséquent pas devoir soulever de grandes discussions<sup>207</sup>.

Nous souhaitons cependant examiner plus en détail une question particulière, à savoir celle de l'application aux sociétés de droit étranger du régime belge des participations croisées, qui sera traitée sous l'angle des relations entre une société mère et ses filiales (2) et sous celui des participations réciproques entre deux sociétés indépendantes l'une de l'autre (3).

### 2. Participations croisées entre mère et filiales

54. Le régime belge des participations croisées entre une société mère et ses filiales organisé par l'article 631 du Code des sociétés est *asymétrique*. Les obligations qu'il édicte s'imposent en effet principalement aux filiales, et sont sanctionnées dans le chef de ces dernières. La mère ne se voit imposer que des obligations accessoires.

Ainsi, l'article 631, § 1<sup>er</sup>, empêche les filiales d'une société d'acquérir, ensemble, des titres leur conférant plus de 10%

des droits de vote attachés à l'ensemble des titres de la société mère. Par contre, il ne limite nullement l'importance de la participation de la mère dans ses filiales.

Le non-respect de cette obligation des filiales est sanctionné, premièrement, par une suspension du droit de vote attachée à toutes les titres détenus par la filiale dans la société mère (art. 631, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> phrase), et, deuxièmement, par l'obligation d'aliéner les titres excédentaires dans l'année (art. 631, § 3).

Enfin, les filiales sont tenues de notifier à leur mère leur participation dans celle-ci (art. 631, § 2, al. 1<sup>er</sup>). La société mère doit, quant à elle, publier les déclarations qu'elle reçoit sur cette base (art. 631, § 2, al. 3).

55. Il nous semble que, pour que le régime instauré par l'article 631 du Code des sociétés soit applicable, il faut – mais il suffit – que la société mère soit soumise au droit belge, peu importe la loi applicable aux filiales<sup>208</sup>.

La *lex societatis* de la société mère a en effet vocation à déterminer à quelles conditions une personne peut être admise parmi ses associés<sup>209</sup>. Elle peut donc interdire à d'autres sociétés d'acquérir des titres conférant plus de 10% des droits de vote attachés à l'ensemble de ses titres lorsque les acquéreurs sont des filiales de cette société mère.

De même, l'exercice du droit de vote au sein de la société mère est régi par la *lex societatis* de cette dernière<sup>210</sup>. Seule cette loi pourrait donc imposer une suspension du droit de vote des filiales<sup>211</sup>. Par ailleurs, l'obligation d'aliéner les titres prive les filiales de leur qualité d'associé de la société mère, et relève donc de la loi applicable à cette dernière.

Enfin, l'obligation de notification imposée aux filiales est un devoir lié à l'acquisition du titre. Elle relève donc de la *lex societatis* de la société mère. Quant à la mention faite par la mère de cette notification dans l'annexe à ses comptes annuels, il s'agit, comme les autres règles de publicité imposées à la société mère, d'une disposition relevant de sa *lex societatis*<sup>212</sup>.

<sup>203</sup>. Voy. F. RIGAUX, *o.c.*, *Les créanciers et le droit de la faillite*, n° 10, pp. 565 et s.

<sup>204</sup>. J. ERAUW, *o.c.*, *Rechtspersonenrecht*, n° 62; J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelgewijze commentaar*, *o.c.*, n° 62, p. 34; F. RIGAUX, *o.c.*, *Les créanciers et le droit de la faillite*, n° 18, p. 572 et n° 36, p. 591. *Contra*: B. VAN BRUYSTEGEM, *o.c.*, *R.W.* 1979-80, p. 2294, au motif que ne serait pas en cause le statut de l'actionnaire en tant que tel, mais uniquement son comportement. La loi étrangère envisage cependant parfois une responsabilité de plein droit de la société mère pour les dettes de sa filiale (voy., en droit allemand, la réf. citée à la note précédente).

<sup>205</sup>. Voy. *supra*, n° 24 et J. MEEUSEN, 'Commentaar bij art. 56 W. Venn.', *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar*, *o.c.*, n° 63, p. 37. *Contra*: K. VANDEKERCKHOVE, *o.c.*, *T.R.V.* 2002, n° 7, p. 382, note n° 10.

<sup>206</sup>. Sur la question de la loi applicable au rachat d'actions propres, voy. P.A. FORIERS et C. DE POTTER, 'Conflits d'intérêts et droit des groupes en émergence. Quelques réflexions', *Recueil 10 ans. Actualité en droit des affaires, s.l.*, Vanham & Vanham, 2003, pp. 311 et s., n° 20, p. 328 et *supra* n° 30.

<sup>207</sup>. Art. 3 de la Résolution de l'I.L.A.

<sup>208</sup>. La volonté, exprimée dans les travaux préparatoires, d'appliquer ce régime aux sociétés mères étrangères paraît en effet assez illusoire (voy. M. VAN DER HAEGEN et J.-M. GOLLIER, 'Les sociétés commerciales – Loi du 18 juillet 1991', *J.T.* 1992, pp. 185 et s., n° 54, p. 217).

<sup>209</sup>. Voy. *supra*, n° 29.

<sup>210</sup>. Voy. *supra*, n° 28.

<sup>211</sup>. Dans le même sens, voy. M. VAN DER HAEGEN et J.-M. GOLLIER, *o.c.*, *J.T.* 1992, n° 54, p. 217.

<sup>212</sup>. Voy. *supra*, n° 22.

### 3. Participations croisées entre sociétés indépendantes

56. Aux termes de l'article 632, §1<sup>er</sup>, du Code des sociétés, 'Deux sociétés indépendantes dont l'une au moins est une société anonyme dont le siège social est en Belgique ne peuvent pas être dans une situation telle que chacune soit propriétaire d'actions, de parts bénéficiaires ou de certificats qui s'y rapportent, représentant plus de 10% des voix attachées à l'ensemble des titres émis par l'autre'.

Une lecture littérale de cette disposition donnerait à penser que l'article 632 du Code des sociétés est applicable aux deux sociétés en présence dès lors que l'une des deux est soumise au droit belge. L'ensemble du régime des participations croisées serait donc soumis à une loi unique.

Alors que cette solution pouvait se concevoir dans le cadre de l'article 631 du Code des sociétés, et ce en raison de son caractère asymétrique<sup>213</sup>, on ne voit cependant pas, entre sociétés indépendantes, à quel titre l'une des deux lois en présence pourrait avoir vocation à régir l'ensemble de la situation. Si la loi étrangère prévoit également un régime des participations croisées entre sociétés indépendantes, pourquoi celui-ci ne serait-il pas également susceptible de s'appliquer<sup>214</sup>?

Afin de délimiter précisément les domaines des lois belge et étrangère, un rappel des grandes lignes du système prévu par l'article 632 du Code des sociétés s'impose.

57. Lorsqu'une société A acquiert des titres d'une société B conférant à la société A plus de 10% des voix attachées à l'ensemble des titres émis par la société B, la société A est tenue d'en aviser immédiatement la société B (art. 632, § 2, al. 1<sup>er</sup>). Par souci de clarté, nous qualifierons la société A de 'société notificante' et la société B de 'société notifiée'<sup>215</sup>.

Lorsque la société notificante retombe en dessous du seuil de 10%, elle est tenue d'effectuer une nouvelle notification à la société notifiée (art. 632, § 2, al. 2).

Cette double obligation de notification est sanctionnée par une suspension des droits de vote de la société notificante à l'assemblée générale de la société notifiée dans la mesure où ils excèdent le seuil de 10% (art. 632, § 5).

Quant à la société notifiée, elle est tout d'abord tenue de mentionner les notifications qu'elle a reçues dans l'annexe à ses comptes annuels (art. 632, § 2, *in fine*). Ensuite, il lui est interdit d'acquérir des titres de la société notificante dans la mesure où cette acquisition lui conférerait plus de 10% des droits de vote attachés à l'ensemble des titres émis par la société notificante (art. 632, § 3). En cas de méconnaissance de cette interdiction d'acquisition, les droits de vote de la société notifiée à l'assemblée générale de la société notificante sont suspendus dans la mesure où ils excèdent le seuil de 10% (art. 632, § 4, al. 2). En outre, les titres excédentaires doivent être aliénés dans l'année (art. 634, § 4, al. 1<sup>er</sup>).

58. Une analyse des sanctions édictées par l'article 632 du Code des sociétés indique clairement que *les obligations imposées par cette disposition dérivent de l'acquisition de titres d'une société soumise à cet article, et non du fonctionnement de la société acquéreuse de ces titres*. En d'autres termes, une société A ne peut se voir imposer une suspension de ses droits de vote à l'assemblée générale d'une société B ou une obligation d'aliéner les titres qu'elle détient dans la société B que par la loi applicable à la société B. Il s'agit en effet de dispositions relatives au fonctionnement de la société B, et non de la société A<sup>216</sup>.

La solution inverse ne pourrait être admise. Supposons, par exemple, qu'une société A soumise au droit de l'État X acquière des actions d'une société B de droit belge. On ne conçoit guère que la loi de l'État X vienne perturber le fonctionnement de l'assemblée générale de la société B, réglé par la loi belge, en décrétant que la société A ne pourra exercer son droit de vote ou – pourquoi pas? – qu'elle bénéficiera d'un droit de vote plural<sup>217,218</sup>.

<sup>213</sup>. Voy. *supra*, n°s 54 et s.

<sup>214</sup>. Sur cette question, voy. *infra*, note n° 218.

<sup>215</sup>. Cette terminologie est empruntée à C. FISCHER, *Le rachat d'actions et les participations réciproques*, Paris et Bruxelles, De Boeck et Larquier, 1996, p. 163.

<sup>216</sup>. Comp. *supra*, n° 55. Voy. aussi P.A. FORIERS et C. DE POTTER, 'Conflits d'intérêts et droit des groupes en émergence. Quelques réflexions', *Recueil 10 ans. Actualité en droit des affaires, s.l.*, Vanham & Vanham, 2003, pp. 311 et s., n° 20, p. 328.

<sup>217</sup>. En ce sens, voy. le texte de l'art. 632, § 5: '*Les droits de vote afférents aux actions et parts bénéficiaires ou aux actions et parts bénéficiaires auxquelles se rapportent les certificats émises par une société ayant son siège en Belgique, qui n'ont pas été déclarés conformément au § 2, sont suspendus dans la mesure où ils excèdent 10% des voix attachées à l'ensemble des titres émis par cette société*'. On ne conçoit en effet guère que la loi belge suspende les droits de vote attachés à des titres émis par une société de droit étranger. Cette restriction ne figure cependant pas expressément à l'art. 632, § 4, al. 2. Voy. aussi K. GEENS et B. SERVAES, 'Het nieuwe verbod op de kruisparticipaties: een bescheiden rem op de autocontrolé', *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991. Verslagboek van de Leuvense Vennootschapsdag van 4 oktober 1991*, Kalmthout, Biblo, 1992, pp. 165 et s., n° 42.

<sup>218</sup>. Pour la même raison, la question ne peut, selon nous, être résolue en appliquant simultanément aux deux sociétés les lois des deux États dont elles relèvent. On aboutirait, en pratique, à soumettre le fonctionnement d'une société relevant d'un État donné à la loi d'un autre État, ce qui se heurte à l'objection déjà signalée. On pourrait également envisager d'appliquer à une société relevant d'un État X la loi de l'État Y dans la mesure où les obligations prévues par la loi de l'État Y sont également imposées par la loi de l'État X. Une telle solution est cependant inopportune, s'agissant d'un ensemble de droits et d'obligations réciproques (comp., sur la nécessité de désigner une loi unique pour régir les effets du mariage, R. VANDER ELST et M. WESER, *Droit international privé belge et droit conventionnel international*, t. 1<sup>er</sup>, Conflits de lois, par R. VANDER ELST, Bruxelles, Bruylant, 1983, n° 15, p. 82). Une plus grande cohérence nous paraît pouvoir être atteinte en optant pour un système de cumul distributif – chaque société étant soumise à la loi de la société dont elle acquiert les actions –, tempéré par le mécanisme des lois d'application immédiate (voy. *infra*).



59. Par conséquent, la société notifiante ne peut se voir imposer une obligation de notification (art. 632, § 2) sanctionnée par la suspension de son droit de vote à l'assemblée générale de la société notifiée (art. 632, § 5) que pour autant que la *société notifiée* soit soumise au droit belge.

Quelle sera la conséquence de cette notification pour la société notifiée? S'agissant d'une mesure de publicité, on peut raisonnablement penser qu'elle sera tenue de mentionner cette notification dans l'annexe à ses comptes annuels<sup>219</sup>. Par ailleurs, on pourrait *a priori* penser qu'étant soumise au droit belge, elle se verra interdire d'acquérir, en vertu de l'article 632, des titres de la société notifiante au-delà du seuil de 10%. Mais, cette interdiction étant sanctionnée par une suspension des droits de vote à l'assemblée générale de la société notifiante et une obligation d'aliénation des titres dans l'année (art. 632, § 4), il faut en déduire que seule la loi applicable à la *société notifiante* pourrait imposer cette interdiction. En effet, seule cette loi peut fixer les conditions auxquelles il doit être satisfait pour devenir associé de la société notifiante.

À l'inverse, l'interdiction d'acquisition de titres au-delà du seuil de 10%, et les sanctions de cette interdiction, pourraient être imposées à la société notifiée lorsque la *société notifiante* est soumise au droit belge. Mais, dès lors que la *société notifiée* serait soumise au droit étranger, la société notifiante ne pourrait se voir imposer l'obligation de procéder à une notification conformément à l'article 632, § 2, du Code des sociétés.

60. La conclusion pourrait paraître paradoxale. Si la société notifiée est soumise au droit belge, la société notifiante serait tenue de procéder à une notification conformément au droit belge, mais, si la loi applicable à la société notifiante n'attache aucune conséquence à cette notification, celle-ci restera dépourvue d'effets (sous réserve d'une mention dans l'annexe des comptes annuels de la société notifiée). À l'inverse, si la société notifiante est soumise au droit belge, le régime belge des participations croisées pourrait s'appliquer, mais à la condition que la société notifiante procède à une notification; or, seule la loi applicable à la société notifiée peut lui imposer une telle obligation. En définitive, le régime belge des participations croisées serait voué à

l'inefficacité dès lors que l'une des deux sociétés en présence est soumise au droit étranger.

61. Cette conclusion ne paraît cependant guère compatible avec la volonté du législateur, telle qu'elle s'est exprimée lors des travaux préparatoires. Celui-ci a en effet clairement affirmé son souhait d'appliquer l'article 632 aux situations internationales – suscitant ainsi de sérieuses réserves de la doctrine quant à la possibilité d'appliquer effectivement cette disposition lorsqu'une société de droit étranger serait concernée<sup>220</sup>.

Par ailleurs, le régime des participations croisées tend à éviter la fictivité du capital des sociétés, le manque de transparence de leur comptes, ainsi qu'un risque d'autocontrôle<sup>221</sup>. De tels objectifs ne peuvent être atteints que si le régime belge des participations croisées s'applique, à tout le moins, aux sociétés de droit belge, quelle que soit la loi applicable aux autres sociétés en présence.

Enfin, la volonté du législateur d'appliquer de manière effective l'article 632 aux situations internationales découle d'une péripétie survenue au cours de l'élaboration du texte en commission. Un sous-amendement, tendant à supprimer les mots '*ayant son siège en Belgique*' dans le premier alinéa du § 2 de l'article 632, avait été déposé en commission *ad hoc* du Sénat. Ce sous-amendement a été adopté à l'unanimité<sup>222</sup>. Et, en effet, dans la première partie du § 2, les mots litigieux ont été supprimés. Mais, probablement à la suite d'une erreur matérielle, les parlementaires ne se sont pas aperçus que, dans le même alinéa, ainsi que dans le § 1<sup>er</sup>, les mots '*ayant son siège en Belgique*' ont été maintenus<sup>223</sup>.

62. Il est permis de déduire de tous ces éléments la volonté certaine du législateur d'appliquer de manière impérative le régime belge des participations croisées aux situations internationales impliquant une société de droit belge.

Il nous semble dès lors que l'article 632 du Code des sociétés puisse être interprété comme étant une *loi d'application immédiate*.

Reste à maintenir les conséquences de cette hypothèse dans des limites raisonnables. Comme on l'a déjà relevé, on n'imagine guère que la loi belge impose, d'autorité, aux

219. Voy. *supra*, n° 22.

220. Voy. H. BRAECKMANS, 'De nieuwe vennootschapswet van 18 juli 1991 (eerste deel)', *R.W.* 1991-92, pp. 1001 et s., n° 37; L. CORNELIS et J. PEETERS, 'De verkrijging van eigen aandelen en winstbewijzen, het nemen van wederzijdse deelnemingen, de uitgifte van aandelen zonder stemrecht, van obligaties en warrants', *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991. Het nieuwe recht van de N.V., B.V.B.A. en coöperatieve vennootschap na de wetten van 18 en 20 juli 1991*, Antwerpen, Maklu, 1992, pp. 143 et s., spéc. p. 187; C. FISCHER, *Le rachat d'actions et les participations réciproques*, o.c., p. 161; F. HELLEMANS et R. TAS, 'Kruisparticipaties tussen onafhankelijke vennootschappen: de 'Reparatiewet' gerepareerd', *T.R.V.* 1996, pp. 445 et s., n° 3; M. WAGEMANS, 'Les participations croisées et l'autocontrôle', *R.P.S.* 1998, pp. 237 et s., spéc. pp. 259 et s. et 270.

221. Voy. le Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, dans le cadre de l'organisation transparente du marché des entreprises et des offres publiques d'acquisition, Exposé des motifs, *Doc. parl.* Sénat, s.o., 1990-91, n° 1107/1, p. 26; Rapport fait au nom de la Commission '*ad hoc*' Sociétés commerciales par MM. Verhaegen et Bayenet, *Doc. parl.* Sénat, s.o., 1990-91, n° 1107/3, pp. 162 et s.; H. BRAECKMANS, o.c., *R.W.* 1991-92, pp. 1001 et s., n° 33; F. HELLEMANS et R. TAS, o.c., *T.R.V.* 1996, pp. 445 et s., n° 2; K. GEENS et B. SERVAES, o.c., *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, pp. 165 et s., n° 1; P. HERMANT, 'Le capital et sa protection', *Le nouveau droit des sociétés. La réforme de 1995*, Diegem, Kluwer, 1995, pp. 19 et s., spéc. pp. 22 et s.; M. VAN DER HAEGEN et J.-M. GOLLIER, o.c., *J.T.* 1992, n° 53, p. 216.

222. *Doc. parl.* Sénat, s.o., 1990-91, n° 1107/3, p. 257.

223. Comme le relèvent très justement L. CORNELIS et J. PEETERS, o.c., *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991*, p. 187.

sociétés de droit étranger des règles touchant au fonctionnement de leur assemblée générale ou à la composition de leur actionnariat<sup>224</sup>. Une telle solution serait d'ailleurs dépourvue de toute effectivité si la juridiction compétente pour statuer sur un litige en la matière refusait toute compétence à la loi belge pour traiter ces questions. Or, il est fort à craindre que la question se posera le plus souvent devant un juge étranger, qui aura fortement tendance à négliger une compétence aussi exorbitante de la loi belge<sup>225</sup>.

Selon nous, l'article 632 du Code des sociétés ne doit par conséquent recevoir une application immédiate qu'à l'égard des sociétés de droit belge. Cette solution est par ailleurs conforme à l'idée selon laquelle les lois d'application immédiate doivent présenter des liens suffisamment étroits avec la situation qu'elles entendent régir impérativement<sup>226</sup>.

**63.** Tenant compte de ces paramètres, le statut en droit international privé de l'article 632 du Code des sociétés nous semble pouvoir être présenté comme suit.

*Première hypothèse – Société notifiante de droit belge, société notifiée de droit étranger.* Par application immédiate de l'article 632 du Code des sociétés, la société de droit belge est tenue de notifier à la société de droit étranger sa participation dans celle-ci lorsqu'elle excède le seuil de 10%. Cette obligation n'est pas sanctionnée par la suspension des droits de vote de la société de droit belge à l'assemblée générale de la société de droit étranger, puisque cette suspension relève de la loi étrangère. Par contre, la responsabilité des administrateurs de la société de droit belge qui omettent de procéder à la notification pourrait être engagée sur la base de l'article 528 du Code des sociétés, applicable en qualité de *lex societatis*<sup>227</sup>.

Du fait de la notification, la société de droit étranger se voit interdire, par le jeu normal des règles de conflit de lois, d'acquérir des titres de la société de droit belge au-delà du seuil de 10% (application de l'article 632 au titre de *lex societatis* de la société de droit belge). Cette interdiction est sanctionnée par la suspension des droits de vote de la société de droit étranger à l'assemblée générale de la société de droit belge et par l'obligation d'aliéner les titres excédentaires.

Par contre, la loi belge n'a pas le pouvoir d'imposer à la société de droit étranger de mentionner la notification dans l'annexe à ses comptes annuels.

*Seconde hypothèse – Société notifiante de droit étranger, société notifiée de droit belge.* La société de droit étranger qui acquiert plus de 10% des droits de votes de la société de droit belge est tenue, par le jeu normal des règles de conflit de lois, de notifier cette participation à la société de droit belge. À défaut, les droits de votes attachés aux titres excédentaires sont suspendus.

Quant à la société de droit belge qui reçoit une notification, elle doit, en vertu de sa *lex societatis*, en faire mention dans l'annexe à ses comptes annuels. En outre, elle se voit interdire, par une application immédiate de l'article 632 du Code des sociétés, d'acquérir des titres de la société de droit étranger au-delà du seuil de 10%. Cette interdiction ne pourrait, certes, être sanctionnée par une suspension de ses droits de vote à l'assemblée générale de la société de droit étranger. Il ne nous paraît, par contre, pas impossible de soutenir que la loi belge a le pouvoir, toujours au titre d'une disposition d'application immédiate, d'imposer à la société de droit belge une obligation de faire précise, à savoir aliéner les titres excédentaires dans l'année de leur acquisition. Quoi qu'il en soit, la méconnaissance de l'interdiction d'acquisition pourrait être sanctionnée par la responsabilité des administrateurs sur la base de l'article 528 du Code des sociétés.

**64.** Cette solution, quoique mettant en œuvre des mécanismes parfois méconnus du droit international privé (nous visons par là les lois d'application immédiate), nous paraît être équilibrée. Elle permet en effet de concilier, d'une part, la volonté clairement affirmée du législateur d'appliquer l'article 632 du Code des sociétés dans les situations internationales, et, d'autre part, le souci d'éviter de sombrer dans un unilatéralisme excessif qui risquerait, en définitive, de manquer d'effectivité.

L'exercice consistait, en définitive, à rechercher s'il était possible, par le jeu des règles du droit international privé, d'appliquer de manière cohérente le régime des participations croisées 'du côté belge de la frontière'<sup>228</sup>.

<sup>224</sup> Voy. *supra*, n° 58.

<sup>225</sup> Ainsi, par exemple, si l'on envisage une action en annulation d'une délibération d'une assemblée générale d'une société de droit étranger fondée sur le fait qu'un actionnaire, soumis au droit belge, y aurait pris part aux votes alors que ses droits auraient dû être considérés comme suspendus par application de l'art. 632 du Code des sociétés, la juridiction exclusivement compétente, dans le système du règlement 'Bruxelles I', serait celle de l'État du siège de la société de droit étranger (art. 22, 2), du 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).

<sup>226</sup> Voy. *supra*, n° 9.

<sup>227</sup> Voy. *supra*, n° 49.

<sup>228</sup> Comp.: K. GEENS et B. SERVAES, *o.c.*, *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, pp. 165 et s., n° 42: 'Indien één van de twee onafhankelijke vennootschappen een buitenlandse is, zal de regeling uiteraard enkel worden toegepast aan Belgische zijde'.

## IV. CONCLUSION

65. Que retenir de ce tour d'horizon consacré à l'étude de la loi applicable aux sociétés?

Sur le plan de la détermination de la loi applicable, le choix du facteur de rattachement semble clairement fixé, en droit positif, en faveur de la loi du lieu du siège réel de la société. On ne perdra cependant pas de vue que le droit international privé connaît une large gamme de mécanismes correcteurs susceptibles de tempérer la rigueur de ce principe. En particulier, la technique des lois d'application immédiate, révélatrice d'une intervention marquée de l'État dans les rapports privés<sup>229</sup>, nous a servi de fil conducteur pour tenter de trouver une cohérence dans le régime des participations croisées entre sociétés indépendantes. Par ailleurs, l'influence du droit communautaire, perceptible dans toutes les branches du droit, s'est manifestée sur le terrain des règles de conflit de lois sous la forme de la liberté d'établissement, dont l'impact sur le théorie du siège réel ne peut encore, à ce stade, être clairement mesuré.

Sur le plan du domaine de la loi applicable, nous nous sommes efforcés de ne pas entraver inutilement l'action des

sociétés de droit étranger sur le territoire national en accordant à la *lex societatis* une compétence aussi étendue que possible. Cette loi est ainsi appelée à régir des questions aussi fondamentales que la constitution et la dissolution de la société, son existence, sa capacité et sa représentation, les rapports entre la société et ses associés et le régime de son capital. Malgré cela, on ne saurait passer sous silence les limites du domaine de la *lex societatis*, qui ne peut, à elle seule, résoudre toutes les questions intéressant les sociétés. Un rôle, parfois important, a ainsi été reconnu à des lois concurrentes, notamment lorsqu'il s'est agi d'examiner des problèmes aussi variés que le régime des apports et de la propriété des titres (*lex rei sitae*), les procédures en justice (*lex fori*), les conventions d'actionnaires (*lex contractus*) ou la responsabilité des administrateurs (*lex loci delicti* et *lex concursus*).

Tant les mécanismes correcteurs de la théorie du siège réel que les limites du domaine de la loi applicable à la société ne sauraient, toutefois, occulter le principe selon lequel une loi unique a vocation à résoudre l'ensemble des questions relevant du droit des sociétés<sup>230</sup>. *Ubi societas, ibi lex societatis*...

<sup>229</sup>. J. MEEUSEN, *Nationalisme en Internationalisme in het Internationaal Privaatrecht*, o.c., n° 631, p. 338.

<sup>230</sup>. En ce sens: T. TILQUIN, o.c., R.P.S. 1998, n° 4, p. 11.