



Haut Comité Juridique  
de la Place financière de Paris

# ***RAPPORT SUR LE RATTACHEMENT DES SOCIÉTÉS***

*du Haut Comité Juridique  
de la Place Financière de Paris*

***Le 31 mars 2021***



## RAPPORT SUR LE RATTACHEMENT DES SOCIÉTÉS

### Rapport et proposition de règles de conflit de lois en matière de sociétés

1. Le Haut Comité Juridique de la place financière de Paris a été saisi par, conjointement, la Direction des affaires civiles et du Sceau (DACS, Ministère de la Justice) et la Direction générale du Trésor (DGT, Ministère de l'économie) d'une demande d'étude sur le thème « *Opportunité, faisabilité et conditions du passage de la théorie du siège réel à la théorie de l'incorporation* ».

La lettre de saisine, datée du 18 février 2020, souligne l'importance du choix de l'implantation des sièges sociaux pour l'attractivité de la France et le rayonnement de l'économie nationale. Elle rappelle la coexistence en droit international privé des sociétés de deux théories alternatives, la première prônant un rattachement par le siège réel, lieu où le contrôle et la direction de la société sont exercés de manière stable, la seconde, d'origine anglaise, soumettant la société à la loi d'incorporation, c'est-à-dire à la loi de l'État où elle s'est immatriculée. Sur cette base, la lettre de mission pose la question de savoir si le ralliement du droit français au système de l'incorporation ne pourrait pas être un facteur d'attractivité, en permettant à des sociétés d'établir leur siège en France et d'être soumises à la loi française, tout en développant leurs activités à l'étranger.

D'un autre côté, la lettre de saisine n'entend pas passer sous silence que l'adoption d'une règle de conflit libérale serait de nature à favoriser des comportements opportunistes, et que, conjuguée aux instruments juridiques de la mobilité des sociétés, elle pourrait faciliter le départ de sociétés françaises vers l'étranger.

2. C'est pourquoi le groupe de travail a été invité à examiner les questions suivantes :

- quelles seraient les conséquences de l'adoption du système de l'incorporation sur l'attractivité de la France pour l'implantation de sièges sociaux ?
- Quels enseignements peut-on tirer d'une comparaison de la règle de rattachement française avec les solutions retenues dans les droits étrangers, en particulier ceux des autres États membres de l'Union européenne ?
- La réforme envisagée serait-elle compatible avec le droit de l'Union et comment s'articulerait-elle avec le droit des autres États membres, en particulier le droit allemand ?
- Quels seraient les risques de *law shopping* et de *forum shopping* attachés à une évolution de la règle de conflit et, le cas échéant, par quels moyens pourrait-on prévenir de tels risques ?
- Une évolution de la règle de conflit de lois en matière de sociétés serait-elle susceptible d'avoir des incidences dans des matières connexes (droit fiscal, droit social, droit de l'insolvabilité, droit des marchés financiers, réglementation des investissements étrangers en France).



La lettre de saisine demande, enfin, que soient proposées « *les modifications législatives et réglementaires nécessaires, en ce compris en ce qui concerne les formalités à accomplir et les contrôles à mettre en œuvre* ».

3. Pour répondre à cette demande, un groupe de travail a été constitué au sein du Comité de droit des sociétés du HCJP. Il a été placé sous la présidence du professeur Hervé Synvet<sup>1</sup>.

Le groupe de travail a tenu sept réunions. Celles-ci lui ont permis :

- d'examiner les réponses à un questionnaire sur l'opportunité d'un passage à la théorie de l'incorporation, préparé par des représentants de la CCI Paris Ile-de-France et diffusé, après relecture, auprès d'adhérents au MEDEF et à l'AFEP ;

- de procéder à des auditions (Maître Hervé Letrégilly, principal artisan, sur le terrain juridique, du transfert du siège d'une SE des Pays-Bas vers la France ; Monsieur Mark Rollinger, alors directeur juridique de la société PSA Peugeot Citroën, qui a décrit les modalités de la fusion en cours avec la société Fiat et explicité les raisons du choix d'un siège social aux Pays-Bas pour la société tête du nouveau groupe)<sup>2</sup> ;

- de discuter le contenu des notes établies sur les enjeux fiscaux de la localisation du siège social (Niels Dejean et Benjamin Lambert, avocats à la Cour, « *L'adoption du critère de l'incorporation en droit français comme seul critère de la lex societatis est-elle susceptible d'avoir des effets de bord négatifs en droit fiscal ?* »), les conséquences d'une éventuelle adoption du système de l'incorporation sur les procédures d'insolvabilité (Pr Michel Menjucq, avec la participation d'Aruna Soogrim, « *Les incidences de l'adoption du système d'incorporation au regard du droit international de la faillite et du droit européen de l'insolvabilité* »), les aspects de droit social de la réforme envisagée (Laetitia Tombarello, avocat à la Cour, Cabinet Bredin Prat, « *Note sociale* »), l'impact d'une adoption de la théorie de l'incorporation sur la réglementation boursière (Antoine Bonnasse, avocat à la Cour, « *Note droit des marchés financiers* »), les conséquences potentielles d'une réforme sur la réglementation des investissements directs (Didier Martin, avocat à la Cour, « *Incidences de l'adoption de la théorie du siège statutaire sur le contrôle des investissements étrangers en France* »).

D'autre part, le groupe de travail a bénéficié d'études réalisées par deux de ses membres :

- une « *Étude de droit comparé sur la loi applicable aux sociétés commerciales* », dont l'auteur est Monsieur Aurélien Hamelle ;

---

<sup>1</sup> La composition du groupe de travail figure en annexe 10.

<sup>2</sup> La crise sanitaire a empêché l'audition du professeur Marc-Philippe Weller, vice-recteur de l'université de Heidelberg, qui devait présenter l'état du droit positif allemand et des réflexions de la doctrine germanique.



- une « *Note comparative sur les exceptions concevables à l'application de la lex societatis* », rédigée par le professeur Louis d'Avout.

Sur la base de ces travaux<sup>3</sup>, le professeur Hervé Synvet, président du groupe de travail, a proposé une réécriture de l'article 1837 du Code civil et l'ajout d'articles 1837-1 et 1837-2, pour faire évoluer la règle de conflit de lois française et matière de sociétés. Cette proposition a été soumise à la discussion du groupe.

4. Il résulte des travaux ainsi menés que :

- une modification de la règle de conflit de lois en matière de sociétés n'aurait pas de conséquences significatives sur d'autres branches du droit (ce que la lettre de mission appelle « *les effets de bord de la mesure au-delà du droit des sociétés* ») ;

- de fortes raisons invitent à faire évoluer le droit international privé français des sociétés vers le système de l'incorporation, sous réserve de quelques aménagements.

Ces deux axes de réflexion seront successivement développés.

## **I- L'absence d'incidence significative d'une évolution de la règle de conflit de lois en matière de sociétés sur d'autres branches du droit**

### **1.1 - Droit fiscal**

5. Les principaux impôts français ont été examinés sous l'angle d'une éventuelle modification de la règle de rattachement des sociétés.

6. S'agissant de l'impôt sur les sociétés, une société ayant son siège en France est imposable à l'IS sur l'ensemble de ses bénéfices à l'exception de ceux des entreprises qu'elle exploite à l'étranger, tandis que les sociétés dont le siège est situé hors de France sont imposables à l'IS sur les profits dégagés par leur exploitation en France. C'est donc le lieu d'exploitation des entreprises qui détermine en principe les bénéfices passibles de l'IS. En conséquence, les entreprises ayant leur siège en France qui exploitent exclusivement des établissements à l'étranger échappent normalement à toute taxation en France ; inversement, les entreprises étrangères exploitant exclusivement des établissements situés en France et ne possédant à l'étranger que leur siège statutaire sont assujetties à l'IS à raison de l'ensemble de leurs opérations.

---

<sup>3</sup> Ces notes figurent en annexes au présent rapport.



7. La doctrine administrative s'est prononcée sur la notion de siège. En principe, il s'agit du siège indiqué dans les statuts. Toutefois, si le siège statutaire est fictif, il y a lieu de retenir le siège réel, défini comme le lieu où sont, en fait, principalement concentrés les organes de direction, d'administration et de contrôle de la société. Le juge de l'impôt contrôle pareillement la réalité du siège statutaire<sup>4</sup>.

Au résultat, si une société cherchait à minorer ses bénéfices imposables en France en se prévalant d'un siège statutaire à l'étranger alors que son siège réel serait situé en France, l'administration pourrait écarter le siège statutaire et imposer la société en la tenant pour française.

8. Il faut également prendre en compte les conventions fiscales tendant à éviter les doubles impositions.

Selon la plupart des conventions, une société est considérée comme un résident d'un État lorsque, selon la législation de cet État, elle y est assujettie à l'impôt sur les sociétés en raison de son siège de direction. Des conventions plus anciennes (avec certains pays africains) se réfèrent au siège statutaire. Lorsqu'une société est résidente de deux États différents en application de leurs droits internes respectifs, les conventions confèrent généralement le droit d'imposer à l'État dans lequel l'entreprise a son siège de direction effective. L'adoption du système de l'incorporation en droit international privé n'aurait donc pas d'incidence sur l'application des conventions fiscales qui attribuent la qualité de résident à la société ayant son siège de direction effective dans le pays concerné, puisque le siège statutaire n'est tout simplement pas pris en compte.

9. On observe à l'époque récente en fiscalité internationale un mouvement tendant à déconnecter la taxation des bénéfices ou revenus des sociétés de leur présence physique dans un État (taxe française sur certains services fournis par les grandes entreprises du secteur numérique – TSN –, travaux de l'OCDE). Mais cette évolution serait indépendante du rattachement des sociétés en droit international privé, puisque les transferts de base fiscale envisagés résulteraient de la prise en compte du lieu de réalisation effectif de certaines fonctions à haute valeur ajoutée et de la localisation des consommateurs finaux.

10. S'agissant de la taxe sur la valeur ajoutée, le lieu du siège d'une entreprise est pris en compte lorsqu'il s'agit de déterminer si elle est redevable de la TVA. Dans le processus de localisation, il convient de prendre en considération un faisceau d'indices, tels que le siège statutaire, le lieu de l'administration centrale, le lieu où se réunissent les dirigeants sociaux, celui où est arrêtée la politique générale de la société. Si ces indices ne sont pas convergents, le lieu du siège est celui où sont adoptées les décisions essentielles relevant de la direction générale de la société.

---

<sup>4</sup> Ex. : CE, 7 mars 2016, n° 371435, *Wagons-lits*.

Pour une étude d'ensemble, on peut se référer à S. Reeb, *La réception du concept de nationalité des sociétés par le juge fiscal français*, thèse Paris II, 2018.



Cette méthode de localisation est indépendante de la loi régissant la société concernée.

Par conséquent, le basculement du droit international privé français vers le système de l'incorporation serait sans portée sur la détermination du siège de l'activité économique d'un assujéti pour les besoins de la TVA.

11. S'agissant, enfin, de la contribution économique territoriale, on dira, d'un mot, que les bases d'imposition de cette contribution (la valeur locative des biens passibles de taxe foncière pour la CFE, la valeur ajoutée produite par l'entreprise pour la CVAE) sont telles qu'aucune interférence n'est envisageable avec la loi applicable à la société.

12. Au résultat, on peut conclure sans hésitation que « *les règles fiscales françaises prémunissent le Trésor français contre d'éventuels effets de bord négatifs au regard des principaux impôts qui résulteraient de l'adoption du critère de l'incorporation en droit français comme seul critère de la lex societatis* »<sup>5</sup>.

## 1.2 - Droit de l'insolvabilité

13. Deux séries de règles coexistent en la matière, le règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015, applicable aux débiteurs ayant le centre de leurs intérêts principaux sur le territoire de l'un des États membres de l'Union européenne ; le droit international privé (français) de la faillite, de source largement jurisprudentielle, qui appréhende les débiteurs n'ayant pas le centre de leurs intérêts principaux dans l'Union européenne ainsi que les procédures non mentionnées dans l'Annexe A du règlement 2015/848 (par exemple la conciliation).

14. Dans les deux systèmes, la question de la compétence juridictionnelle pour ouvrir une procédure d'insolvabilité est première. En effet, la règle de conflit de lois désigne la *lex fori concursus*. En conséquence, à chaque fois qu'un tribunal français est compétent, soit sur la base du règlement européen, soit par application des règles nationales, il réglera la procédure et ses effets conformément aux dispositions du livre VI du Code de commerce.

15. Sur le terrain du conflit de juridictions, en droit de l'Union, les articles 3.1 et 4 du règlement 2015/848 commandent à tout tribunal d'un État membre saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale de vérifier d'office sa compétence, notamment en examinant si le centre des intérêts principaux du débiteur est situé dans son ressort. La juridiction saisie peut donc renverser la présomption simple édictée en faveur du siège statutaire, dès lors qu'elle considère que

---

<sup>5</sup> N. Dejean et B. Lambert, *étude précitée*, p. 10.



le centre des intérêts principaux est situé dans un autre État membre que celui du siège statutaire. Cette démarche est indépendante de la loi applicable au débiteur revêtant la forme d'une société, de sorte que l'évolution de la règle de conflit de lois en matière de sociétés la laisserait inchangée. Tout au plus peut-on noter que le rattachement de la société à la loi de son siège statutaire, sans exception ni tempérament, augmenterait les chances d'une dissociation concrète de la *lex societatis* et de la *lex fori concursus*.

16. En droit international privé français, l'article R. 600-1 du Code de commerce, dont les dispositions ont été étendues aux situations internationales par la jurisprudence, désigne comme tribunal territorialement compétent « celui dans le ressort duquel le débiteur, personne morale, a son siège ». Comme en droit européen, il existe une présomption en faveur du siège statutaire ; mais celle-ci peut être renversée. On observera qu'en pratique la caractérisation d'un siège réel distinct du siège statutaire joue au profit de la compétence du juge français pour ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'une société de droit étranger, et non dans l'hypothèse symétrique. Ces solutions seraient maintenues en cas de modification de la règle de conflit de lois en matière de sociétés.

17. Le fait qu'aussi bien en droit de l'Union qu'en droit international privé français il puisse y avoir absence de coïncidence entre la *lex societatis* et la *lex fori concursus* et que la fréquence d'une telle situation puisse être accrue par l'adoption du système de l'incorporation, n'engendre pas de réelles difficultés. Les domaines respectifs des deux lois sont en effet assez nettement distincts. Et, dans les quelques cas où des recoupements se laissent constater (par exemple en ce qui concerne la responsabilité des dirigeants sociaux), des solutions satisfaisantes peuvent être dégagées. L'arrêt *Kornhaas* de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>6</sup> est là pour montrer qu'un rattachement de la société sur la base du système de l'incorporation ne met pas nécessairement les dirigeants sociaux à l'abri d'une action en responsabilité selon les règles en vigueur dans l'État du centre des intérêts principaux de la société débitrice.

18. Au total, « *Les incidences de l'adoption du système d'incorporation en droit français paraissent relativement limitées, surtout si l'on tient compte du fait que le droit français en vigueur ne confère d'ores et déjà qu'un rôle résiduel au siège réel* »<sup>7</sup>.

### 1.3 - Droit social

19. La question des rapports avec la *lex societatis* ne se pose sérieusement qu'en matière de relations collectives de travail, le contrat individuel de travail relevant des dispositions du règlement (CE) n° 593/2008 (règlement Rome I), qui combinent choix par les parties de la loi applicable et rattachement par le lieu d'exécution du contrat de travail.

---

<sup>6</sup> CJUE, 10 décembre 2015, aff. C-594/14, JCP G 2016.241, n° 10, obs. M. Menjucq. V. aussi *Louis d'Avout*, Suite de la jurisprudence *Centros*, les sociétés offshore rattrapées par le droit local de l'insolvabilité, JCP 2016.304.

<sup>7</sup> Note M. Menjucq, p. 9.





20. S'agissant des institutions représentatives du personnel, le Conseil d'État a décidé dans l'affaire de la Compagnie des Wagons-Lits<sup>8</sup>, que la loi française, en ce qu'elle prévoyait la mise en place d'un comité d'entreprise, s'appliquait « à toute personne exerçant en France les responsabilités de l'employeur » et que « la circonstance qu'une entreprise employant en France plus de cinquante salariés a son siège social à l'étranger ne saurait la faire échapper à la législation sur les comités d'entreprise ». La solution vaudrait, aujourd'hui, pour le comité social et économique. La Cour de cassation est sur la même ligne. Elle juge que « les lois relatives à la représentation du personnel et à la défense de leurs droits et intérêts sont des lois de police s'imposant à toutes les entreprises et organismes assimilés qui exercent leur activité en France et qui sont dès lors tenus de mettre en place les institutions qu'elles prévoient à tous les niveaux des secteurs de production situés sur le territoire national »<sup>9</sup>. L'élément de rattachement décisif est ainsi l'exercice en France d'une activité, la localisation du siège social étant indifférente. On relèvera simplement que, lorsque la société employeur est de droit étranger, certaines attributions du comité social et économique auront parfois plus de difficulté à s'exercer.

21. Les choses sont différentes en ce qui concerne la participation des salariés aux organes sociaux. La composition et le fonctionnement des organes sociaux sont nécessairement régis par la *lex societatis*. Par conséquent, une société de droit étranger employant des salariés en France ne peut mettre en place la représentation facultative du personnel au conseil d'administration ou au conseil de surveillance prévue à l'article L. 225-27 du Code de commerce, et ne saurait être davantage assujettie à la représentation obligatoire imposée par l'article L. 225-27-1 du même code. Avec la réforme envisagée, la localisation à l'étranger du siège statutaire ferait donc échapper la société au régime français de participation des salariés aux organes sociaux.

22. S'agissant de l'épargne salariale, les différents mécanismes qui coexistent en droit positif (participation, intéressement, plan d'épargne d'entreprise) s'appliquent aux entreprises exerçant une activité en France, y compris aux établissements français d'une société ayant son siège à l'étranger<sup>10</sup>. En revanche, les instruments de promotion de l'actionnariat salarié – stock-options, attribution gratuite d'actions – supposent le respect des dispositions de la *lex societatis*, dans la mesure où ils requièrent une prise de décision de la part des organes sociaux. Il y a donc lieu d'être attentif aux contraintes éventuelles liées à la mise en œuvre de ces mécanismes pour leurs utilisateurs, si l'on souhaite attirer les sièges des grands groupes sur notre territoire.

23. En conclusion, et sous les réserves précédemment évoquées, « la notion cardinale permettant la détermination de la loi sociale applicable aux relations de travail est celle du lieu d'exécution du travail, indépendamment du lieu du siège social, l'adoption du système de l'incorporation en droit français serait sans incidence sur l'application des règles de droit social »<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> CE, 29 janvier 1972, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1974.344, concl. N. Questiaux.

<sup>9</sup> Cass. soc., 3 mars 1988, n° 86-60.507, *Bull. civ. V*, n° 64, p. 109.

<sup>10</sup> Cass. soc., 8 février 2012, n° 10-28.526.

<sup>11</sup> Laetitia Tombarello, *Cabinet Bredin Prat*, Note sociale, p. 1.





## 1.4 - Droit des marchés financiers

24. Aujourd'hui, la source principale du droit des marchés financiers est européenne. Or, les principaux règlements et directives régissant la matière prennent le soin de répartir les compétences entre États membres et de fixer les modalités de leur application aux émetteurs extérieurs à l'Union européenne. Il en va ainsi de la directive 2004/109/CE du 15 décembre 2004 « *sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs sont admises à la négociation sur un marché réglementé* », qui utilise le siège statutaire comme critère de rattachement dans les matières qu'elle couvre (notamment les franchissements de seuils). Le règlement Prospectus (UE) n° 2017/1129 du 14 juin 2017 fait de même, au moins lorsqu'il s'agit de titres de capital. Le règlement (UE) n° 596/2014 du 16 avril 2014 sur les abus de marché délaisse en revanche le critère du siège social pour exiger de chaque État membre qu'il veille à l'application de ses dispositions « *sur son territoire, en ce qui concerne l'ensemble des actions réalisées sur son territoire, et les actions réalisées à l'étranger se rapportant à des instruments admis à la négociation sur un marché réglementé* ». La directive 2004/25/CE du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition utilise quant à elle, entre autres, le critère de rattachement du « *siège social* ». Même si cette notion n'est pas définie par la directive 2004/25/CE, il nous semble qu'il faille considérer qu'elle doit s'entendre comme une référence à la notion de siège statutaire, notamment dans la mesure où l'objectif de la directive est de coordonner les règles applicables en matière d'offres publiques au sein de l'Union européenne et où la version anglaise de cette directive fait référence au « *registered office* ».

25. On observe que, même lorsque le siège social est utilisé comme facteur de rattachement dans les textes français, la solution est indépendante de la règle de conflit de lois en matière de sociétés. C'est directement que le siège social est pris en compte, non parce que la société est régie par la loi de son siège (sauf peut-être, en ce qui concerne les offres publiques obligatoires et les offres publiques de retrait, en ce compris le retrait obligatoire). D'autre part, ces règles appartenant au droit de l'Union, seul le juge européen, donc la Cour de justice de l'Union européenne, est *in fine* compétent pour fixer le sens qu'il convient d'attribuer à la notion de siège social lorsqu'elle est employée dans un règlement ou une directive. Une évolution de la règle française de conflit de lois ne changerait rien à ce sujet.

26. Dans les segments du droit des marchés financiers qui ne sont pas couverts par le droit de l'Union, le législateur français retrouve sa liberté. Une évolution de la règle de conflit de lois en matière de sociétés n'aurait d'incidence que sur les questions qui, quoique intéressant le fonctionnement des marchés financiers, appellent une qualification sociétaire (exemple possible : l'article L. 233-11 du Code de commerce, qui impose la transmission à l'AMF et la publication des clauses prévoyant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions admises aux négociations sur un marché réglementé et portant sur au moins 0,5% du capital ou des droits de vote de la société émettrice). En l'état de ses recherches, le groupe de travail n'a pas identifié de difficulté prévisible.



27. On observera, enfin, que les autorités de marché disposent d'un moyen indirect d'influer sur le droit applicable à la société, en subordonnant sa cotation, ou l'octroi d'une autorisation ou d'une dispense, à une rédaction déterminée de certaines clauses statutaires. La pratique est peu répandue en France, quoique non inconnue (par exemple lorsque l'AMF est appelée à dispenser de l'offre publique de retrait prévue à l'article 236-6 de son règlement les promoteurs de certaines fusions intra-européennes). Elle est plus fréquente dans certains pays comme les États-Unis et le Royaume-Uni, où la bourse subordonne l'admission à la cotation de sociétés étrangères à certaines conditions touchant à son statut interne (« *listing rules* »). Il conviendra de se souvenir de l'existence de ce moyen d'action, si certaines sociétés cotées à Paris devaient fixer leur siège social statutaire dans des pays dont la législation sur les sociétés recèlerait quelques faiblesses.

28. Toutes choses réunies, « *l'abandon du critère du siège réel au profit du seul siège statutaire et de la théorie de l'incorporation en droit français ne paraît avoir que des conséquences très limitées au regard de la réglementation boursière* »<sup>12</sup>.

## 1.5 - Réglementation des investissements étrangers

29. L'impact d'une éventuelle évolution de la règle de conflit de lois en matière de sociétés sur la réglementation des investissements directs pose des problèmes différents de ceux jusqu'à présent examinés. Ils ne ressortissent pas au droit international privé. Ils procèdent de la manière dont l'article R. 151-2 du Code monétaire et financier fixe la liste des investissements susceptibles d'être contrôlés (s'ils touchent à des activités sensibles). Il s'agit des opérations consistant à (i) acquérir le contrôle, au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce, d'une entité de droit français, (ii) acquérir tout ou partie d'une branche d'activité d'une entité de droit français et (iii) franchir, directement ou indirectement, seul ou de concert, le seuil de vingt-cinq pour cent de détention des droits de vote d'une entité de droit français. À chaque fois, il est fait référence à une « *entité de droit français* ». La modification de la règle de conflit de lois aurait donc une incidence sur l'une des notions utilisées par la réglementation des investissements étrangers.

Reste à en évaluer les conséquences concrètes. Plusieurs cas de figure doivent à cet égard être distingués.

30. Le premier est celui d'une société de droit français qui transférerait son siège à l'étranger tout en continuant à exercer des activités en France à travers des filiales. En cas d'acquisition du contrôle de la holding par un investisseur étranger, le ministre chargé de l'économie serait compétent pour autoriser l'opération, l'article R. 151-2 du Code monétaire et financier visant les prises de contrôle indirectes. En revanche, si l'investisseur étranger franchissait le seuil de détention de vingt-cinq

---

<sup>12</sup> Antoine Bonnasse, *Note de droit des marchés financiers*, n° 38, page 7.



pour cent des droits de vote de la holding sans en acquérir le contrôle, la procédure d'autorisation préalable ne devrait pas être applicable.

31. Dans l'hypothèse inverse d'une société de droit étranger qui ferait le choix de déplacer son siège social en France, tout en maintenant ses activités à l'étranger, il apparaît que l'opération par laquelle un investisseur étranger acquerrait ces activités étrangères échapperait à l'obligation de solliciter l'autorisation du ministre chargé de l'économie. Dans cette mesure, la réglementation des investissements étrangers ne constituerait pas un frein à l'implantation de sièges sociaux en France.

32. Troisième cas, plus délicat : une société de droit français déciderait de transférer son siège à l'étranger tout en conservant en France une succursale ou un établissement secondaire. Que se passerait-il si un investisseur étranger faisait l'acquisition des actifs français ? La difficulté tient à ce que l'on peut hésiter à assimiler la succursale ou l'établissement à une « *entité de droit français* » au sens de l'article R.151-2 du Code monétaire et financier. Il existe en effet une incertitude sur le point de savoir si cette notion recouvre uniquement les personnes morales soumises à la loi française ou si elle englobe à la fois ces personnes et les structures dépourvues de personnalité juridique, à l'instar des succursales et établissements secondaires<sup>13</sup>, qui obéissent au droit français. Il nous semble que la logique des textes qui gouvernent le contrôle des investissements étrangers en France commande de retenir l'acception la plus extensive de la notion d'« *entité de droit français* »<sup>14</sup>. Sans doute le point mériterait-il un éclaircissement, soit à travers une interprétation officielle de la réglementation, soit de préférence par l'inclusion dans celle-ci de la précision souhaitable.

33. La question se pose enfin de savoir si le transfert à l'étranger du siège social d'une entité de droit français est susceptible, en tant que tel, d'être soumis à l'autorisation préalable du ministre chargé de l'économie. Il pourrait être considéré que tel est le cas, dans la mesure où ce transfert a pour effet de conférer à une entité de droit étranger les droits attachés à des actifs sensibles français. Toutefois, l'application de la procédure d'autorisation préalable ne pourrait se justifier juridiquement que dans le cas où, à l'occasion du transfert, la société serait dissoute et une nouvelle personne morale serait constituée à l'étranger.

34. Au final « *l'adoption de la théorie du siège statutaire en droit français n'impliquerait pas nécessairement un toilettage des dispositions du Code monétaire et financier. La plupart des situations décrites seraient « contrôlables » par le ministre chargé de l'économie, à la faveur dans certains cas d'une interprétation extensive des textes. Dans un souci de sécurité juridique, le texte réglementaire*

---

<sup>13</sup> On a relevé que l'incertitude à ce sujet est sans doute à l'origine de la pratique administrative subordonnant l'autorisation de certains investissements étrangers à l'engagement de maintenir sur le territoire français les activités sensibles ou à les « loger » dans une société de droit français.

<sup>14</sup> D. Martin, *Incidences de l'adoption de la théorie du siège statutaire sur le contrôle des investissements étrangers en France*, p. 4.



*pourrait être complété ou modifié, à tout le moins une circulaire ou des lignes directrices pourraient être adoptées pour préciser l'interprétation à retenir »<sup>15</sup>.*

## **1.6 - Droit bancaire et financier**

35. Postérieurement à la clôture des travaux du groupe de travail, Madame Laurene Duffa a, pour le compte de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, produit une note<sup>16</sup> sur les conséquences, en matières bancaire et financière, d'une modification de la règle de conflit de lois française dans le sens de la consécration du siège statutaire comme critère de rattachement des sociétés.

36. La note souligne que les textes spéciaux applicables aux établissements de crédit, aux entreprises d'investissement et aux entreprises d'assurance, qui trouvent leur origine dans le droit de l'Union, exigent que les entreprises assujetties fixent leur administration centrale dans le pays de leur siège statutaire. Madame Duffa conclut que « *la réforme de la règle du conflit de lois envisagée par le groupe de travail ne modifiera pas l'obligation faite aux entreprises sous supervision de l'ACPR et/ou de la BCE de disposer de leur siège réel en France* »<sup>17</sup>.

## **Conclusion intermédiaire**

37. Il résulte de l'ensemble de ces analyses que la modification de la règle de conflit de lois en matière de sociétés produirait peu d'effets sur les autres branches du droit qui intéressent l'entreprise, et en tout cas pas d'effets négatifs de nature à faire hésiter devant une éventuelle réforme. À dire vrai, il n'y a pas lieu de s'en étonner. D'une part, chacun des chapitres du droit concerné dispose de ses propres règles de droit international privé (ou règles d'application spatiale), et les catégories de rattachement ont des frontières assez nettement tracées. D'autre part, le fait que le siège social puisse jouer un rôle en dehors de la matière des sociétés est indifférent : il appartient à chaque règle de droit qui utilise la notion d'en donner sa définition. Rattacher les sociétés à la loi de leur siège statutaire ne préjugerait en rien du recours au siège réel en dehors du droit international privé des sociétés.

38. Le choix d'une règle de conflit de lois en matière de sociétés échappant ainsi à des contraintes qui trouveraient leur source dans l'environnement juridique de l'entreprise, il convient d'examiner l'opportunité d'une évolution du droit positif sur ce point.

---

<sup>15</sup> D. Martin, *Incidences de l'adoption de la théorie du siège statutaire sur le contrôle des investissements étrangers en France*, p. 6.

<sup>16</sup> Annexe 9.

<sup>17</sup> Note, p. 6.



## II- Les facteurs d'une évolution de la règle de conflit de lois en matière de société

39. On évaluera, dans un premier temps, les avantages qu'il y aurait à rejoindre les systèmes juridiques promouvant le système de l'incorporation ou rattachant la société à la loi de son siège statutaire, ainsi que les risques attachés à une telle évolution (2.1). On explicitera, ensuite, la proposition de textes découlant de l'analyse ainsi menée (2.2).

### 2.1 - Appréciation de l'opportunité d'une évolution de la règle de conflit de lois en matière de sociétés

40. La règle de conflit actuelle est exprimée, en termes quasi identiques, aux articles 1837 du Code civil et L. 210-3 du Code de commerce. Le premier dispose :

*« Toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française.*

*Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu ».*

Une certaine place est ainsi faite au siège réel, lorsqu'il est distinct du siège statutaire. Certainement à l'alinéa 2, grâce à l'option ouverte aux tiers. De façon plus hypothétique à l'alinéa 1<sup>er</sup>, dans la mesure où le siège érigé en facteur de rattachement unilatéral n'est pas autrement qualifié. Les premiers commentateurs de la loi du 24 juillet 1966, où cette rédaction trouve sa source, avaient tendance à y voir un siège réel, conformément à la tradition de l'époque. La doctrine contemporaine penche en faveur du siège statutaire.

41. La question est aujourd'hui de savoir si toute référence au siège réel ne doit pas être abandonnée, pour consacrer un « pur » rattachement des sociétés à la loi de l'État où elles ont fixé leur siège statutaire (en bilatéralisant au passage la règle de conflit).

42. À cet égard, la discussion peut être placée sur quatre terrains différents mais complémentaires : l'attractivité de la France quant à l'implantation de sièges sociaux ; la simplification de l'organisation des groupes français ; les tendances du droit international privé comparé ; l'environnement européen.

43. **Sous le premier rapport**, il ne faut sans doute pas surestimer la place de la règle de conflit de lois en matière de sociétés parmi les motifs qui guident les entreprises dans le choix de la localisation de leur centre de décision. Le groupe de travail a d'ailleurs pu constater, notamment à travers le taux de réponse au questionnaire qu'il avait fait diffuser auprès de nombreuses sociétés adhérentes des organisations représentatives des entreprises, que le choix d'une règle de conflit ne fait pas partie



de leurs préoccupations premières. En outre, s'agissant des facteurs de décision d'ordre juridique, les opérateurs ont indiqué être sensibles d'abord à la stabilité fiscale ainsi qu'à celle du droit des sociétés matériel<sup>18</sup>.

Pour autant, l'apport d'une règle de conflit simple, désignant la loi de l'État du siège statutaire, ne saurait être négligé. Elle conférerait en effet la sécurité juridique, et ce doublement. D'une part, elle rendrait sans objet les discussions, jamais totalement éteintes, sur la place exacte dévolue au siège réel dans les articles 1837 du Code civil et L. 210-3 du Code de commerce. Ces discussions sont source d'insécurité juridique dans la mesure où les conseils des parties peuvent hésiter, dans certaines situations, à s'engager sur la compétence de la loi du siège déterminé par les statuts pour régir les relations entre associés et la représentation de la société par ses organes dirigeants. D'autre part, vue du côté des opérateurs, elle garantirait que le choix d'une loi qu'ils ont effectué pour régir leur société à travers la localisation de son siège statutaire ne saurait être remis en cause. Ainsi, une société pourrait sans aucun risque fixer son siège statutaire en France tout en exerçant ses activités à l'étranger et en dirigeant celles-ci depuis l'étranger. Réciproquement, il serait loisible à une société de droit étranger d'implanter son centre de décision en France sans craindre d'éventuelles contestations sur la loi qui lui serait applicable<sup>19</sup>.

**44. Un autre avantage** de la désignation de la loi du siège statutaire serait spécifique aux groupes de sociétés. Aujourd'hui, une société française qui se développe à l'étranger a tendance à constituer des filiales de droit local. Elle est donc contrainte d'être attentive aux particularismes de divers systèmes de droit des sociétés, spécialement dans les rapports intra-groupe. Avec la nouvelle règle de conflit, il serait envisageable de faire régir l'ensemble des sociétés membres du groupe par la loi française, tout en dirigeant localement chaque filiale dédiée à un marché national déterminé. Il y aurait là un facteur de simplification appréciable pour les groupes français.

**45. Un troisième argument** en faveur du basculement vers le système de l'incorporation peut être puisé dans le droit international privé comparé.

Le groupe de travail a procédé à une étude de droit comparé sur la loi applicable aux sociétés commerciales<sup>20</sup>. En retenant les principaux pays d'accueil des sièges sociaux de grandes entreprises (Allemagne, Irlande, Luxembourg, Pays-Bas et Royaume-Uni), ainsi que le Delaware, on est en mesure de dresser de façon synthétique le tableau suivant.

---

<sup>18</sup> À cet égard, des membres du groupe de travail ont suggéré que les comptes sociaux d'une société de droit français puissent être établis en une autre monnaie que l'euro.

<sup>19</sup> On décrit là le schéma adopté par la future entité issue du rapprochement entre PSA et Fiat-Chrysler.

<sup>20</sup> V. la note de M. Aurélien Hamelle, annexe 7 de ce rapport. On peut également utilement se référer au comparatif des solutions en vigueur dans les États membres de l'Union dressé in *Study on the Law Applicable to Companies*, rapport à la Commission européenne, LSE Enterprise, 2016.





46. Le droit allemand se réfère toujours en principe à la théorie du siège réel. Toutefois, depuis l'arrêt *Überseering* de la Cour de justice des Communautés européennes, le *Bundesgerichtshof* applique la loi de l'immatriculation aux sociétés étrangères originaires d'un État membre de l'Union<sup>21</sup>.

47. Le droit irlandais se rallie au système de l'incorporation. Le siège social ne coïncide pas nécessairement avec le lieu de l'activité centrale de la société. Il convient cependant que la société déploie un minimum d'activités en Irlande lorsqu'elle est constituée dans ce pays.

48. Le Luxembourg adhère formellement à la théorie du siège réel. Le siège réel est défini comme le lieu de l'établissement principal, c'est-à-dire le lieu où les décisions sociales les plus importantes sont prises. L'application de cette exigence de localisation est toutefois très souple : il est admis que la gestion quotidienne d'une société de droit luxembourgeois soit effectuée depuis l'étranger ; les réunions dématérialisées (par exemple par visio-conférence) d'un conseil d'administration sont réputées avoir eu lieu au siège statutaire ; enfin les décisions les plus importantes sont présumées, de façon réfragable, avoir été prises là où se trouve le siège statutaire.

49. Le droit néerlandais rattache les sociétés à la loi de l'État où a été fixé leur siège statutaire, sous réserve des dispositions de la loi du 17 décembre 1997 « *sur les sociétés étrangères de pure forme* »<sup>22</sup>.

50. Le Royaume-Uni applique, depuis toujours, le système de l'incorporation dont il est, à vrai dire, le concepteur.

51. Le Delaware est exactement sur la même ligne. Ses juridictions ont résisté aux tentatives d'autres États fédérés (New York et Californie notamment) de contester la compétence de la loi du Delaware à l'égard des sociétés immatriculées dans cet État mais n'y exerçant pas d'activité.

52. On citera enfin – en dehors de l'Union européenne mais entretenant un lien de proximité avec la France – la loi suisse de droit international privé, en date du 18 septembre 1987, dont l'article 154 dispose :

« *Les sociétés sont régies par le droit de l'État en vertu duquel elles sont organisées si elles répondent aux conditions de publicité ou d'enregistrement prescrites par ce droit ou, dans le cas où ces prescriptions n'existent pas, si elles se sont organisées selon le droit de cet État.*

*La société qui ne remplit pas ces conditions est régie par le droit de l'État dans lequel elle est administrée en fait ».*

---

<sup>21</sup> Pour plus de détails, on peut consulter M.-P. Weller, *Internationales Gesellschaftsrecht*, dans le *Münchener Kommentar, GmbHG*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., 2017.

<sup>22</sup> Ce sont certaines de ces dispositions qui sont à l'origine de l'arrêt *Inspire Art* de la Cour de justice des Communautés européennes. V. *infra*, n° 54.





53. Il n'est pas nécessaire de prolonger cette énumération pour constater une tendance forte, au moins dans le monde occidental, à la généralisation de la théorie de l'incorporation ou de ses avatars. Le droit français fait partie des quelques systèmes qui n'ont pas encore franchi le pas. On peut douter qu'il soit opportun de laisser perdurer cette situation même si, en pratique, la dissociation des sièges statutaire et réel est rarement sanctionnée. D'une part, en effet, la lisibilité de notre règle de conflit, vue de l'extérieur, sortirait améliorée de la consécration du siège statutaire comme facteur de rattachement. D'autre part, toute hésitation serait levée pour les opérateurs projetant d'implanter leur siège en France tout en dirigeant leurs affaires depuis l'étranger.

54. **En quatrième lieu**, la contemplation du droit de l'Union milite également en faveur d'une évolution de la règle française de conflit de lois en matière de sociétés. Certes, le droit de l'Union n'impose pas directement une solution, et, comme l'avait rappelé la Cour de justice dans l'affaire *Daily Mail*<sup>23</sup>, les États membres conservent la liberté de choisir entre les divers critères de rattachement en concurrence. Il n'en reste pas moins que les développements du droit de l'Union sont davantage en consonance avec le système de l'incorporation qu'avec le critère du siège social réel.

C'est tout d'abord la jurisprudence de la Cour de justice qui se révèle peu sensible à l'impératif de lutte contre les rattachements de convenance, qui sous-tend la théorie du siège. La quadrilogie *Centros*<sup>24</sup>- *Überseering*<sup>25</sup>- *Inspire Art*<sup>26</sup>- *Polbud*<sup>27</sup> est à cet égard remarquable.

Ce sont ensuite plusieurs règlements et directives de droit des marchés financiers qui, dans des domaines connexes au droit des sociétés, attribuent compétence aux autorités et à la loi de l'État

---

<sup>23</sup> CJCE, 27 septembre 1988, aff. 81/87, *Daily Mail and General Trust*.

<sup>24</sup> CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, Rec. CJCE I.1459 : les articles 52 et 58 du Traité CE s'opposent à ce qu'un État membre refuse l'immatriculation de la succursale d'une société constituée en conformité avec la législation d'un autre État membre dans lequel elle a son siège sans y exercer d'activités commerciales lorsque la succursale est destinée à permettre à la société en cause d'exercer l'ensemble de son activité dans l'État où cette succursale sera implantée, en y évitant d'y constituer une société et en éludant ainsi l'application des règles de constitution des sociétés qui y sont plus contraignantes en matière de libération d'un capital social minimal.

<sup>25</sup> CJCE, 5 novembre 2002, aff. C-208/00 : contrariété à la liberté d'établissement de la règle allemande refusant la reconnaissance à une société immatriculée dans un État de l'Union et ayant son siège réel en Allemagne.

<sup>26</sup> CJCE, 30 septembre 2003, aff. C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c/Inspire Art* : les articles 43 et 48 du Traité CE s'opposent à une législation nationale (la loi hollandaise du 17 décembre 1997 sur les sociétés étrangères de pure forme) qui soumet l'exercice de la liberté d'établissement à titre secondaire dans cet État, par une société constituée en conformité avec la législation d'un autre État membre, à certaines conditions prévues en droit interne des sociétés pour la constitution de sociétés, relatives au capital minimum et à la responsabilité des administrateurs.

<sup>27</sup> CJUE, 23 octobre 2017, aff. C-106/16. La Cour de justice y dit pour droit que « les articles 49 et 54 TFUE doivent être interprétés en ce sens que la liberté d'établissement est applicable au transfert du siège statutaire d'une société constituée en vertu du droit d'un État membre vers le territoire d'un autre État membre, aux fins de sa transformation, en conformité avec les conditions imposées par la législation de cet autre État membre, en une société relevant du droit de ce dernier, sans déplacement du siège réel de cette dernière société ». La Cour de justice admet ainsi qu'une société transfère son siège statutaire d'un État à l'autre de l'Union, tout en conservant son siège réel dans l'État de départ.

Dans l'arrêt *Cartesio* (16 décembre 2008, aff. C-210/06), la Cour de justice avait déjà jugé que le transfert de siège social avec changement de loi applicable constitue une opération relevant de la liberté d'établissement.



membre du siège statutaire<sup>28</sup>.

Ce sont enfin les articles 3 et 9 du règlement (CE) n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 qui rattachent les sociétés européennes, pour les questions non réglées par ses dispositions, à l'État membre de leur siège statutaire (l'exigence de la fixation de l'administration centrale de la SE dans cet État constituant une règle matérielle, non une règle de conflit).

En ralliant le camp de ceux qui privilégient le siège statutaire, le droit français rejoindrait donc un courant qui irrigue le droit européen. Ce serait un atout dans la compétition internationale.

55. Face à ces considérations, les risques attachés au choix d'une règle de conflit libérale sont apparus d'un moindre poids. Le principal est évidemment celui d'un développement du *law shopping*<sup>29</sup>. Par construction, une règle de conflit qui abandonne aux fondateurs de la société, à travers la détermination de son siège statutaire, la liberté de choisir la loi applicable, permet, au moins en théorie, un rattachement déconnecté des réalités économiques. Au sein du groupe de travail, les représentants de l'Autorité des marchés financiers se sont déclarés sensibles à cette préoccupation, spécialement concernant les dispositions du droit des sociétés auxquelles sont soumises les sociétés cotées. Mais, de l'avis de la majorité du groupe, le risque ne doit pas être surestimé. D'une part, l'existence de directives en matière des sociétés constitue un socle commun aux législations de tous les États membres, de sorte qu'une « *race to the bottom* » semblable à celle qui fut constatée il y a maintenant un siècle aux États-Unis paraît peu vraisemblable au sein de l'Union. D'autre part, c'est d'abord à travers le transfert de siège que serait susceptible de se concrétiser la recherche de l'application du droit des sociétés le plus accommodant. Or, le transfert de siège dans l'Union est encadré assez strictement par le règlement 2157/2001 en ce qui concerne la société européenne, et par la directive 2019/2121 du 27 novembre 2019 pour d'autres formes sociales. En outre ce transfert est difficile, pour ne pas dire pratiquement impossible, de la France vers un pays tiers. Les autorités nationales ne sont donc pas dépourvues de moyens d'action à l'égard de certaines tentatives de *law shopping*.

56. Pour l'ensemble de ces raisons le groupe de travail recommande une évolution de la règle française de conflit de lois en matière de sociétés, par l'adoption du siège statutaire comme critère de rattachement. Il suffirait probablement, pour éviter tout effet secondaire, d'y ajouter une disposition protectrice des tiers appelés à contracter avec la société<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> *Supra*, n° 24.

<sup>29</sup> Le *forum shopping* est en revanche moins à craindre : le règlement Bruxelles I bis offre au demandeur une véritable option en lui permettant d'assigner la société défenderesse devant le tribunal de son siège statutaire, celui de son administration centrale ou celui de son principal établissement. En droit international privé français, la jurisprudence privilégie le siège réel, et la modification de la règle de conflit de lois n'obligerait pas à l'abandonner.

<sup>30</sup> Dans la ligne tracée par le professeur Louis d'Avout dans la note figurant à l'annexe 8 du présent rapport.



## 2.2 - Proposition de nouveaux textes sur les conflits de lois en matière de sociétés

57. Le groupe de travail propose de régler les conflits de lois en matière de sociétés par trois nouveaux articles qui trouveraient leur place dans le Code civil (ils figurent en annexe au présent rapport). S'il était donné suite à cette proposition, il conviendrait d'abroger l'article L. 210-3 du Code de commerce : les nouvelles règles de conflit vaudraient pour l'ensemble des sociétés – civiles, commerciales, autres – de sorte qu'il n'y aurait plus de place pour des législations particulières.

58. Il paraît utile d'accompagner les textes proposés de commentaires susceptibles d'en éclairer le sens et la portée.

59. Le cœur de la réforme se situerait à l'article 1837, al. 1<sup>er</sup>, nouveau du Code civil. Y serait énoncée la nouvelle règle de conflit bilatérale désignant la loi du siège statutaire.

Deux formulations étaient possibles : loi de l'État dans lequel la société a son siège statutaire, ou loi de l'État où la société s'est immatriculée. Après discussion, le groupe de travail a marqué sa préférence pour la première. Elle présente un double mérite : se situer dans une continuité de terminologie avec l'actuel article 1837 du Code civil ; calquer l'expression de la règle française de conflit sur celle du règlement 2157/2001 applicable aux SE.

60. L'alinéa 2 proposé pour l'article 1837 est rendu nécessaire par le fait que certaines sociétés sont dépourvues de siège statutaire, de sorte que la règle de rattachement de principe ne leur est pas adaptée. On pense en droit français à la société en participation. C'est pourquoi une règle de conflit spéciale leur est destinée. Comme ces sociétés auront généralement une nature exclusivement contractuelle, la rédaction proposée est inspirée des solutions retenues par le règlement Rome I.

61. Le nouvel article 1837-1 du Code civil constituerait une nouveauté en législation française. Son ambition serait de fixer le domaine de la *lex societatis*. D'autres pays ont tracé la voie (ex. : la loi suisse du 18 septembre 1987). L'ajout de cette disposition accroîtrait la lisibilité du droit français, ce qui contribuerait à son attractivité.

62. Certains choix de méthode ont présidé à la rédaction de ce texte.

On s'est efforcé d'être aussi complet que possible, en n'omettant aucune des questions qui relèvent naturellement du droit des sociétés. Leur liste est ainsi sensiblement plus longue que celle que l'on trouve dans le modèle suisse.

Toutefois, par une prudence indispensable, la liste proposée est affichée comme non exhaustive. Tel est le sens de la présence, en tête d'article, de l'adverbe « *notamment* ». Ainsi sera évité tout vide juridique si une question de droit des sociétés devait surgir qui n'entrerait pas dans l'une des rubriques énumérées à l'article 1837-1.



Enfin, on s'est efforcé à la synthèse. Il s'agit de donner une vue concise du domaine de la *lex societatis*, sans explications inutiles et précisions que le raisonnement peut reconstituer. Pour ne donner qu'un exemple, le f) vise « *la dissolution et la liquidation de la société* ». Il faut comprendre : liquidation au sens du droit des sociétés (telle qu'organisée en droit français dans le Code civil, dans le livre II du Code de commerce et par les statuts), et non liquidation prise comme une procédure d'insolvabilité.

63. À ces observations générales on ajoutera quelques indications sur tel ou tel point de l'énumération qui figurerait au nouvel article L. 1837-1.

Le b) vise « *la capacité juridique de la société* ». C'est donc à la *lex societatis* qu'il faut demander si des sociétés du type *partnership* (en Angleterre ou aux États-Unis) ou *Offene Handelsgesellschaft* (en Allemagne) peuvent contracter ou ester en justice en France.

Au point g) sont mentionnées « *les opérations emportant transmission universelle de patrimoine* ». Cette expression compréhensive est là pour inclure dans le domaine de la *lex societatis*, non seulement les fusions et scissions, mais aussi des figures juridiques plus particulières de droit français (ex. : l'apport partiel d'actif de l'article L. 236-22 du Code de commerce) ou des institutions qu'il ignore (par exemple la fusion triangulaire du Delaware).

Derrière l'expression « *force obligatoire des statuts* », utilisée au point h), se profile la question des rapports entre les statuts et un pacte d'actionnaires ou un règlement intérieur du conseil d'administration.

Le point l) inclut dans le champ de la *lex societatis* la preuve de la qualité d'associé. Cela vise, notamment, la portée probatoire de l'inscription en compte d'actions au nom du titulaire du compte.

Il convient d'être attentif au fait que, si le point m) fait dépendre de la *lex societatis* « *la détermination des titres susceptibles d'être émis par la société* », il n'y ajoute pas le **régime** des titres émis. Ainsi, des obligations émises par une société de droit français pourront continuer à être soumises à une loi étrangère par le contrat d'émission.

Le rattachement à la *lex societatis*, au point o), de certains aspects de la responsabilité civile des dirigeants sociaux n'est pas exclusif d'autres rattachements, notamment sur une base délictuelle. Il n'a pas été jugé utile de prévoir une protection des tiers victimes à l'étranger de comportements fautifs de dirigeants d'une société de droit français, qui pourraient être surpris par l'application de la jurisprudence sur les fautes non détachables ; ce sont les systèmes étrangers qui, le cas échéant, y pourvoiront.

64. Le texte proposé de nouvel article 1837-2 du Code civil constitue une règle matérielle de droit international privé tendant à protéger des cocontractants « *français* » de sociétés étrangères contre des causes d'incapacité ou des dépassements de pouvoirs par les représentants sociaux qu'ils ne pouvaient que difficilement anticiper.



Le droit de l'Union est déjà très protecteur des tiers qui contractent avec une société, puisque la directive 2017/132 du 14 juin 2017 décide que les restrictions statutaires aux pouvoirs des dirigeants sociaux sont inopposables aux tiers, et que, dans certaines formes sociales, la société ne peut se prévaloir vis-à-vis des tiers d'un dépassement de son objet. S'agissant de sociétés immatriculées dans d'autres États membres de l'Union, le risque ne concerne donc, pour leurs cocontractants français, que des restrictions légales aux pouvoirs des dirigeants sociaux qui leur seraient inconnues. En revanche, le risque potentiel est plus large dans les rapports avec des sociétés extérieures à l'Union, à l'image des sociétés américaines auxquelles est applicable la doctrine de l'*ultra vires*. C'est la raison pour laquelle le texte proposé comporte l'incidente « *selon la loi régissant la société* » lorsqu'il fait état de restrictions légales ou statutaires à la capacité juridique ou aux pouvoirs des dirigeants d'une société étrangère.

Tous les contractants n'ont pas vocation à être protégés. Encore faut-il qu'ils soient de bonne foi. Tel est l'objet de la précision apportée par la proposition de texte lorsqu'elle vise le « *cocontractant ayant légitimement ignoré ces restrictions* ». Le recours à des conseils juridiques dans des opérations importantes du commerce international donnera toute sa portée à la condition de bonne foi.

65. On ajoutera une préconisation qui n'est pas traduite en proposition de rédaction de texte.

L'article 7 du règlement 2157/2001 impose que le siège statutaire d'une SE soit situé dans le même État membre que celui de son administration centrale. Il donne ensuite une option aux États membres : soit siège statutaire et administration centrale sont fixés au même endroit ; soit ils se situent dans le même État membre. Le législateur français a fait le choix de la première branche de l'alternative (article L. 229-1, al. 3, du Code de commerce). Si une nouvelle règle de conflit de lois devait être inscrite à l'article 1837 du Code civil, il serait plus cohérent, s'agissant de la SE, que le droit français bascule vers la seconde option ouverte par l'article 7 du règlement 2157/2001.



## **ANNEXE 1**

### *Proposition de règles de conflit de lois en matière de sociétés*



## PROPOSITION DE RÈGLES DE CONFLIT DE LOIS EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉS

### Article 1837 du Code civil :

La société est régie par la loi de l'État dans lequel elle a son siège statutaire.

À défaut de siège statutaire, la société est régie par la loi choisie par ses associés ou, à défaut de choix, par la loi de l'État avec lequel elle présente les liens les plus étroits.

### Article 1837-1 du Code civil :

La loi applicable à la société en vertu de l'article précédent régit notamment :

- a) la nature juridique de la société ;
- b) la capacité juridique de la société ;
- c) la dénomination ou la raison sociale ;
- d) la constitution de la société ;
- e) la nullité de la société, ainsi que celle des délibérations sociales ;
- f) la dissolution et la liquidation de la société ;
- g) les opérations emportant transmission universelle de patrimoine et le transfert du siège statutaire ;
- h) l'interprétation et la force obligatoire des statuts ;
- i) la modification des statuts, en particulier la transformation de la société ;
- j) l'organisation et le fonctionnement de la société, ainsi que sa représentation ;
- k) les droits et obligations des associés ;
- l) la preuve, l'acquisition et la perte de la qualité d'associé ;
- m) la détermination des titres susceptibles d'être émis par la société ;
- n) la détermination des personnes responsables des dettes sociales et l'étendue de leur responsabilité ;
- o) la responsabilité civile encourue en cas de violation des règles gouvernant la constitution, le fonctionnement ou la liquidation des sociétés, ou d'obligations statutaires.

### Article 1837-2 du Code civil :

Les restrictions légales ou statutaires à la capacité juridique ou aux pouvoirs des représentants d'une société de droit étranger concluant un acte juridique en France qui, selon la loi régissant la société, produiraient effet dans ses relations externes, sont inopposables au cocontractant ayant légitimement ignoré ces restrictions.





## **ANNEXE 2**

### *Note fiscale*



## NOTE FISCALE

Par Niels Dejean et Benjamin Lambert, avocats à la Cour, Shearman & Sterling LLP

### **L'adoption du critère de l'incorporation en droit français comme seul critère de la *lex societatis* est-elle susceptible d'avoir des effets de bord négatifs en droit fiscal ?**

L'objet de cette note est d'analyser si l'adoption du critère de l'incorporation en droit français comme seul critère de la *lex societatis* est susceptible d'avoir des effets de bord négatifs sur les principaux impôts français (impôt sur les bénéfices, TVA, contribution économique territoriale).

#### **I- Impôts sur les bénéfices des sociétés**

Selon la forme sociale des sociétés, leurs bénéfices peuvent être soumis à l'impôt sur les sociétés (IS) au niveau de la société elle-même ou à l'impôt au niveau des associés. Les commentaires qui suivent en matière d'impôt sur les sociétés sont également pertinents pour déterminer les bénéfices imposables des sociétés françaises dont les bénéfices sont soumis à l'impôt au niveau de leurs associés.

##### **1.1 - Pertinence du lieu du siège au regard de la détermination des bénéfices imposables en droit interne**

Une société ayant son siège en France est imposable à l'IS sur l'ensemble de ses bénéfices à l'exception de ceux des entreprises exploitées à l'étranger.

Les entreprises dont le siège est situé hors de France sont, indépendamment de leur nationalité, imposables à l'IS à raison des profits dégagés par leurs exploitations en France.

L'enjeu du pays où une société a son siège social au regard de l'IS est donc clair :

- si elle a son siège en France, l'ensemble de ses bénéfices est présumé imposable en France sauf à ce qu'elle démontre qu'en tout ou partie, ils se rattachent à des entreprises exploitées à l'étranger. Ainsi, les bénéfices imposables en France comprennent notamment ceux qui proviennent des éléments suivants lorsqu'ils ne sont pas rattachables par nature à un établissement situé hors de France :

- . immeubles situés hors de France ou droits correspondants ;
- . brevets, licences d'exploitation ou autres droits incorporels cédés ou concédés hors de France ;
- . placements financiers effectués hors de France<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> BOHS-CHAMP-60-10-20, § 40.



- Dans le cas d'une société ayant son siège à l'étranger, c'est à l'administration qu'il appartient de faire la preuve que des bénéfices étrangers qui n'auraient pas été déclarés en France sont imposables en France car rattachables à une exploitation française.

Le lieu d'exploitation des entreprises détermine donc en principe les bénéfices passibles de l'IS<sup>2</sup>.

Échappent à l'IS les bénéfices des entreprises exploitées à l'étranger par des sociétés ayant leur siège en France :

- les entreprises dont le siège est situé hors de France sont imposables à l'IS à raison des profits tirés de l'exercice habituel d'une activité en France, cette condition étant réputée remplie lorsque l'entreprise :

- . exploite en France un « *établissement* » ;
- . y réalise des opérations par l'intermédiaire de représentants n'ayant pas de personnalité professionnelle indépendante ;
- . ou encore lorsque les opérations effectuées en France y forment un cycle commercial complet<sup>3</sup>.

De surcroît, les entreprises étrangères sont également imposables à l'impôt sur les sociétés sur :

- les produits visés à l'article 182 B du Code général des impôts (CGI)<sup>4</sup> qu'elles perçoivent, lorsque le débiteur exerce en France une activité ;

- les revenus de leurs immeubles situés en France ;

- les plus-values réalisées sur leurs biens immobiliers, leurs droits immobiliers ou actions ou parts de sociétés à prépondérance immobilière en France.

En application de ces principes, les entreprises qui exploitent exclusivement des établissements situés à l'étranger et ne possèdent en France que leur siège social échappent généralement à toute taxation dans notre pays<sup>5</sup> ; alors que les entreprises étrangères exploitant exclusivement des

---

<sup>2</sup> BOI-IS-CHAMP-60-10-10 §50.

<sup>3</sup> BOI-IS-CHAMP-60-10-30 §1.

<sup>4</sup> L'article 182 B du CGI concerne les produits suivants :

- sommes payées en rémunération des prestations de toute nature fournies ou utilisées en France ;
- produits de la propriété industrielle ou commerciale et droits assimilés ;
- sommes versées en rémunération d'une activité déployée en France dans l'exercice de l'une des professions mentionnées à l'article 92 du CGI ;
- produits définis à l'article 92 du CGI et perçus par les inventeurs ou au titre des droits d'auteur ;
- produits perçus par les obtenteurs de nouvelles variétés végétales ;
- sommes, y compris les salaires, correspondant à des prestations artistiques ou sportives fournies ou utilisées en France, nonobstant les dispositions de l'article 182 A du CGI.

<sup>5</sup> BOI-IS-CHAMP-60-10-20 §280.



établissements situés en France et ne possédant à l'étranger que leur siège social statutaire sont passibles de l'IS à raison de l'ensemble de leurs opérations<sup>6</sup>.

La doctrine administrative précise que la notion de siège doit en principe s'entendre comme étant le siège social indiqué dans les statuts. Toutefois, si le siège social apparaît fictif, il y a lieu de retenir le siège réel, qui s'entend du lieu où sont, en fait, principalement concentrés les organes de direction, d'administration et de contrôle de la société<sup>7</sup>. Le juge de l'impôt contrôle la réalité du siège social statutaire<sup>8</sup>.

Si une société tentait de minorer ses bénéfices imposables en France en se prévalant de son siège statutaire à l'étranger alors que son siège réel est situé en France, l'administration, sous le contrôle du juge, pourrait écarter le siège statutaire afin de l'imposer comme une société française.

Les critères ci-dessus ne s'appliquent qu'à défaut de convention internationale relative aux doubles impositions.

## 1.2 - Pertinence du lieu du siège dans le cadre des conventions fiscales

La France a signé un grand nombre de conventions internationales tendant à répartir les droits d'imposer entre les États signataires, éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale.

Une société résidente d'un État trouve généralement avantage à se prévaloir des dispositions conventionnelles au titre :

- de ses revenus d'activités (la convention prévoyant en règle générale que les bénéfices d'un établissement stable situé dans l'autre État sont imposés exclusivement dans cet autre État et que les bénéfices non rattachés à un établissement stable situé dans l'autre État sont imposés exclusivement dans l'État de résidence de la société) ;
- des intérêts, dividendes et redevances qu'elle perçoit, qui ont leur source dans l'autre État et ne sont pas rattachables à un établissement stable de la société dans cet autre État (ces revenus dits passifs peuvent être soumis dans l'État de la source à un prélèvement fiscal à un taux fixé ou plafonné par la convention ; l'État de la résidence impose alors en second et il élimine la double imposition en accordant un crédit d'impôt)<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> BOI-IS-CHAMP-60-10-30 §110.

<sup>7</sup> BOI-IS-CHAMP-60-10-20, §1.

<sup>8</sup> CE 07-03-2016 n° 371435, Wagons-lits ; CAA Bordeaux 10-03-2008 n° 05-1906, Sté Madrigal ; CAA Nantes 11-06-2008 n° 06-1437, SA Ana Holding. Décisions rendues dans un contexte conventionnel mais le principe du contrôle par le juge de l'impôt de la réalité du siège social statutaire s'applique à plus fortes raisons en l'absence de convention fiscale.

<sup>9</sup> BOI-INT-DG-20-20-10, § 10.



Les dispositions d'une convention fiscale s'appliquent aux personnes qui sont des résidents d'un État contractant. Selon la plupart des conventions, une société est considérée comme un résident d'un État lorsque, selon la législation de cet État, elle y est assujettie à l'impôt en raison de son siège de direction<sup>10</sup>. Des conventions plus anciennes avec certains pays africains francophones prévoient que pour l'application de la convention, le domicile des personnes morales est au lieu du siège social statutaire<sup>11</sup>.

Lorsqu'une personne morale est résidente de deux États différents, en application de leur droit interne respectif, les conventions règlent généralement le conflit de résidence en attribuant le droit d'imposer à l'État dans lequel l'entreprise a son siège de direction effective<sup>12</sup> (correspondant au siège réel en droit interne<sup>13</sup>) ou de son siège de direction générale<sup>14</sup>. Ainsi a en France son siège de direction effective la société dont le siège social est en Belgique, mais qui n'y emploie aucun personnel et ni ne dispose de ligne téléphonique, alors que son gérant est domicilié en France où il signe les contrats<sup>15</sup>.

L'adoption du critère de l'incorporation comme critère unique de la *lex societatis* n'aura donc pas d'incidence sur l'application des conventions fiscales qui prévoient que la résidence dépend du pays où la société a son siège de direction effective ou générale puisque le pays où la société a son siège statutaire n'est tout simplement pas pris en compte.

Lorsque la convention fiscale prévoit que le domicile de la société est au lieu du siège social statutaire, la convention s'intéresse au seul siège statutaire et non à la *lex societatis* ; l'adoption du critère de l'incorporation comme critère unique de la *lex societatis* n'aura donc pas d'incidence sur l'application de la convention.

### 1.3 - Le cas particulier des transferts de siège hors de France

L'adoption du critère de l'incorporation comme critère unique de la *lex societatis* n'aura pas d'incidence sur les transferts de siège hors de France compte tenu des règles fiscales qui régissent de tels transferts et qui sont rappelées ci-dessous.

---

<sup>10</sup> Par exemple, conventions avec l'Allemagne, l'Espagne ou l'Italie.

<sup>11</sup> Par exemple, conventions avec le Bénin, le Burkina Faso, la République Centrafricaine, le Mali, le Maroc, la Mauritanie, le Niger, le Sénégal et le Togo.

<sup>12</sup> Il faut entendre par siège de direction effective le lieu où sont, en fait, principalement concentrés les organes de direction, d'administration et de contrôle de la personne morale (commentaires OCDE, C (4) n° 22). Les conventions citées en note 10 appliquent ce mode de règlement des conflits de résidence.

<sup>13</sup> BOI-IS-CHAMP-60-10-20 §1.

<sup>14</sup> Par exemple, convention avec la Chine.

<sup>15</sup> CAA Nantes 11-06-2008 n° 06-1437, SA Ana Holding, précité.



### 1.3.1 - Transfert du siège social d'une société française dans un autre État de l'Union européenne ou certains États partie à l'Espace économique européen

Le 2 de l'article 221 du CGI organise le régime fiscal applicable aux transferts de siège dans un autre État membre de l'Union européenne (UE) ou dans un État partie à l'Espace économique européen (EEE) ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ainsi qu'une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement ayant une portée similaire à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures. En pratique, sont concernés par cette seconde catégorie d'États l'Islande et la Norvège uniquement, le Liechtenstein n'ayant pas signé avec la France de convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement.

Dans tous les cas de figure, le transfert du siège dans l'un des États ci-dessus est neutre à l'égard des associés (le transfert n'est pas analysé comme une cessation d'activité et les bénéfices et réserves de la société ne sont donc pas réputés distribués aux associés). En revanche, les conséquences en matière d'IS sont différentes selon que le transfert de siège s'accompagne ou non d'un transfert d'éléments de l'actif immobilisé :

- Le transfert du siège réalisé sans transfert d'un élément de l'actif immobilisé est neutre au regard de l'IS.
- Lorsque le transfert du siège s'accompagne du transfert d'éléments de l'actif immobilisé, l'IS est calculé à raison des plus-values latentes constatées sur les éléments transférés et des plus-values en report ou en sursis d'imposition sur ces mêmes éléments. La société peut choisir entre le paiement immédiat ou le paiement fractionné de cet impôt sur une période de cinq ans. Le BOFIP précise que cette option vise aussi bien le transfert du siège social statutaire que le transfert du siège de direction effective<sup>16</sup>. S'agissant des déficits éventuels, ils ne sont pas perdus, sauf lorsque le transfert des actifs est constitutif pour la société d'un changement d'activité au sens du 5 de l'article 221 du CGI.
- Lorsque le transfert du siège s'accompagne du transfert de l'ensemble des éléments de l'actif immobilisé, ce transfert met fin à l'assujettissement à l'IS de la société, ce qui conduit à l'imposition immédiate des plus-values se rapportant aux éléments de l'actif immobilisé transférés (avec paiement étalé ou non de l'impôt) ainsi que des bénéfices d'exploitation non encore taxés et des provisions constatées à raison d'une perte ou d'une charge qui doivent être rapportées au résultat de l'exercice de fin d'assujettissement à l'impôt sur les sociétés.

---

<sup>16</sup> BOI-IS-CESS-30, §40.



Dans les deux premiers cas, le transfert du siège d'une société mère intégrante n'affecte pas la continuité du groupe, une société étrangère pouvant se constituer tête de groupe d'intégration dès lors qu'elle dispose d'un établissement stable soumis à l'IS en France, au bilan duquel les titres des filiales du groupe sont inscrits<sup>17</sup>.

### **1.3.2 - Transfert du siège social d'une société française dans un État autre que ceux visés au paragraphe 3.1 ci-dessus**

Le transfert du siège social statutaire d'une société française dans un État autre que ceux visés au paragraphe 3.1 ci-dessus, qu'ils s'accompagnent ou non d'un transfert d'actifs, emportent cessation d'entreprise en application du premier alinéa du 2 de l'article 221 du CGI. Les associés sont imposables sur les bénéfices et réserves de la société qui sont réputés leur être distribués.

Le transfert du siège réel (avec maintien d'un siège fictif statutaire en France) emporte les mêmes conséquences.

## **1.4 - Évolution de la fiscalité vers une déconnexion entre taxation des bénéfices ou des revenus des sociétés et présence dans un pays**

On observe que faute de pouvoir assujettir à l'impôt les bénéfices de certaines sociétés, les États évoluent vers une déconnexion entre la taxation des bénéfices ou des revenus des sociétés et leur présence physique dans un pays. Cette tendance s'observe en France avec l'introduction de la taxe sur certains services fournis par les grandes entreprises du secteur numérique et au niveau de l'OCDE avec les travaux du Cadre Inclusif sur le BEPS au titre du Pilier 1 (« *Tax Challenges Arising from Digitalization - Report on Pillar One Blueprint*<sup>18</sup> »).

### **1.4.1 - Taxe sur certains services fournis par les grandes entreprises du secteur numérique (TSN)**

La TSN, introduite par la loi du 24 juillet 2019, vise à imposer les entreprises qui fournissent en France (i) des services de mise à disposition, par voie de communications électroniques, d'une interface numérique qui permet aux utilisateurs d'entrer en contact avec d'autres utilisateurs et d'interagir

---

<sup>17</sup> *Mémento Groupes de sociétés* §50315 ; transfert transfrontalier du siège statutaire d'une société, Art. 34 de la Loi de finance pour 2005, *Droit fiscal* n° 1, 13 janvier 2005, comm. 33, p. 4.

<sup>18</sup> <http://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-digitalisation-report-on-pillar-one-blueprint-beba0634-en.htm>.





avec eux, notamment en vue de la livraison de biens ou de la fourniture de services directement entre ces utilisateurs et (ii) des services de ciblage publicitaire commercialisés auprès des annonceurs.

Sont soumises à la TSN les entreprises pour lesquelles le montant annuel des sommes encaissées en contrepartie des services taxables excède, lors de l'année civile précédant l'année d'imposition, les seuils cumulatifs de sept cent cinquante millions d'euros au titre des services fournis au niveau mondial et de vingt-cinq millions d'euros au titre des services fournis en France, c'est-à-dire les services qui reposent sur l'activité d'internautes qui se connectent au service au moyen d'un terminal situé en France.

Ainsi, seuls sont pris en compte pour déterminer l'assujettissement à la TSN des critères relatifs à la nature des services numériques fournis, au chiffre d'affaires de l'entreprise prestataire et à la localisation du preneur des services numériques.

La question du lieu du siège statutaire de la société prestataire (et *a fortiori* de la loi applicable à la société) est donc neutre à l'égard de la TSN.

#### **1.4.2 - Pilier 1 des travaux du Cadre Inclusif sur le BEPS**

Le Pilier 1 des travaux du Cadre Inclusif sur le BEPS détaille les grands axes de réforme de la fiscalité internationale envisagés à court terme par un groupe de plus de cent trente-cinq pays, dont la France, afin de répondre de façon unifiée aux défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie.

L'approche envisagée dans ce document consiste à accorder de nouveaux droits d'imposer aux juridictions dites « *de marché* », c'est-à-dire aux juridictions où sont situés physiquement les consommateurs d'un produit ou d'un service, y compris lorsque l'entreprise qui commercialise le produit ou le service en question n'est pas considérée juridiquement comme exploitant une entreprise sur le territoire la juridiction de marché au sens du droit interne ou comme y disposant d'un établissement stable au sens des conventions fiscales internationales.

L'idée générale poursuivie par le groupe de travail est *in fine* d'organiser un transfert de base fiscale entre les juridictions au sein desquelles des entreprises d'un groupe international exercent des fonctions contribuant à générer un bénéfice résiduel (c'est-à-dire des fonctions à haute valeur ajoutée) vers les juridictions où sont situés les consommateurs finaux des produits ou des services commercialisés par le groupe.

L'adoption du critère de l'incorporation en droit français comme seul critère de la *lex societatis* ne devrait pas avoir d'incidence, puisque les transferts de base fiscale envisagés ne résulteraient que de la prise en compte du lieu de réalisation effectif de certaines fonctions à haute valeur ajoutée exercées par les entreprises d'un groupe international et de la localisation des consommateurs finaux.



## II- Taxe sur la valeur ajoutée (TVA)

En matière de TVA, le lieu du siège d'un assujetti est pris en compte afin de déterminer s'il est redevable de la TVA.

Conformément à l'article 283-0 du CGI, un assujetti qui réalise à partir du siège de son activité économique ou d'un établissement stable situés hors de France, une livraison de biens ou une prestation de services située en France en application des règles de territorialité, est considéré, pour les seuls besoins de la détermination du redevable de la TVA, comme non établi quand bien même il disposerait d'un établissement stable en France dès lors que ce dernier ne participe pas à la réalisation de cette opération<sup>19</sup>.

Les dispositions de l'article 283-0 du CGI demeurent sans incidence dans le cas d'un assujetti ayant établi le siège de son activité économique en France qui y réalise par ailleurs des opérations imposables. Dans cette hypothèse, l'assujetti doit être considéré comme établi en France pour la détermination du redevable même si ce siège ne participe pas à la réalisation de ces opérations (« *attractivité du siège* »)<sup>20</sup>.

Pour déterminer au regard de la TVA le lieu du siège de l'activité économique d'un assujetti, il est nécessaire de prendre en considération un faisceau d'indices, tels que notamment le siège statutaire de la société, le lieu de son administration centrale, le lieu de réunion de ses dirigeants sociaux et celui, habituellement identique, où est arrêtée la politique générale de cette société. En cas de contradiction d'indices, le lieu du siège de l'activité économique est en définitive le lieu où sont adoptées les décisions essentielles concernant la direction générale de la société, ou encore celui où sont exercées les fonctions d'administration centrale de celle-ci<sup>21</sup>.

Compte tenu des éléments ci-dessus, l'adoption du critère de l'incorporation en droit français comme seul critère de la *lex societatis* n'aura pas d'incidence sur la détermination du siège de l'activité économique d'un assujetti pour les besoins de la TVA.

## III- Contribution économique territoriale (CET)

La contribution économique territoriale (CET) est un impôt local composé :

- d'une cotisation foncière des entreprises (CFE), assise sur la valeur locative des biens passibles de taxe foncière ; **et**

---

<sup>19</sup> BOI-TVA-DECLA-10-10-10, § 1.

<sup>20</sup> BOI-TVA-DECLA-10-10-10, § 40.

<sup>21</sup> BOI-TVA-CHAMP-20-50-10, § 100 et 110.



- d'une cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE), assise sur une fraction de la valeur ajoutée produite par les entreprises dont le chiffre d'affaires excède un certain seuil.

L'adoption du critère de l'incorporation comme critère unique de la *lex societatis* n'aura pas d'incidence sur la CET eu égard aux règles relatives à ces cotisations, le lieu d'incorporation n'ayant pas en tant que tel d'impact sur les cotisations dues.

En effet, la base d'imposition à la CFE est constituée de la seule valeur locative des biens passibles d'une taxe foncière dont dispose l'entreprise au cours de la période de référence et la CFE est établie, dans la généralité des cas, dans chaque commune où le contribuable dispose de locaux<sup>22</sup>.

Les charges et produits pris en compte dans le calcul de la valeur ajoutée imposée à la CVAE sont ceux qui sont, d'une part, dans le champ de la CFE et, d'autre part, qui ne bénéficient pas d'une exonération de plein droit ou facultative<sup>23</sup>. La valeur ajoutée produite par l'entreprise est imposée à la CVAE dans la commune où l'entreprise dispose de locaux ou emploie des salariés exerçant leur activité plus de trois mois.

## IV- Conclusion

Il résulte des développements ci-dessus que les règles fiscales françaises prémunissent le Trésor français contre d'éventuels effets de bord négatifs au regard des principaux impôts (impôt sur les bénéfices, TVA, contribution économique territoriale) qui résulteraient de l'adoption du critère de l'incorporation en droit français comme seul critère de la *lex societatis*.

---

<sup>22</sup> BOI-IF-CFE-20.

<sup>23</sup> BOI-CVAE-BASE-10, § 20.



## **ANNEXE 3**

### *Note droit de l'insolvabilité*



## NOTE DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

Par Michel Menjucq (Université Paris I) avec la collaboration d'Aruna Soogrim (CCI Paris)

### Les incidences de l'adoption du système d'incorporation au regard du droit international de la faillite et du droit européen de l'insolvabilité

En préambule, il convient de préciser qu'**en droit positif, le critère de rattachement de principe des sociétés à la loi française n'est pas le siège réel** (entendu comme le lieu de la direction effective de la société, ou encore celui où se réunissent les organes sociaux).

Comme d'ailleurs dans la plupart des législations des États membres de l'Union européenne attribuant un rôle au siège réel, dont le nombre s'est réduit après l'adoption par la Belgique du système d'incorporation en 2019, la recherche de la localisation du siège réel n'est pratiquement jamais faite.

Dès à présent, on peut donc affirmer que **le critère de rattachement de principe des sociétés à la loi française est le siège statutaire** comme l'a parfaitement démontré le Professeur Hervé Synvet dès 1979 dans sa thèse sur l'organisation juridique du groupe international de sociétés.

En droit international des sociétés, le critère du siège réel n'intervient, effectivement, qu'à titre d'exception de fraude ou en application de l'alinéa 2 des articles 1837 du Code civil et L. 210-3 du Code de commerce énonçant que le siège statutaire n'est pas opposable aux tiers si le siège réel est situé en un autre endroit. Cet alinéa 2 est, par ailleurs, d'une conformité très incertaine à la jurisprudence européenne en matière de liberté d'établissement des sociétés.

Encore faut-il préciser qu'au cours des trente dernières années, il n'y a eu quasiment aucune jurisprudence faisant application de l'exception de fraude ou de l'alinéa 2 des articles précités. C'est dire si le critère du siège réel ne joue plus qu'un rôle résiduel en droit français.

Il en résulte que l'incidence de l'adoption du système d'incorporation au regard des règles de droit international de la faillite et de droit européen de l'insolvabilité ne représenterait pas un changement fondamental, même si l'adoption en droit français du système d'incorporation constituerait un pas supplémentaire puisqu'il conduirait à la compétence de la loi de l'État d'immatriculation pour régir la société, sans aucune exception, même au titre de la fraude, le siège réel n'étant pris en considération en aucune circonstance.

Au sujet du conflit de lois, il faut indiquer que, tant en droit international de la faillite<sup>24</sup> qu'en droit européen des procédures d'insolvabilité, la règle de conflit de lois est la *lex fori concursus*, c'est-à-dire

---

<sup>24</sup> Même si l'expression de droit international de la faillite a beaucoup vieilli, elle continue d'être utilisée dans son sens générique « pour désigner les procédures collectives dont l'ouverture est déclenchée par la défaillance judiciairement constatée d'un débiteur » (H. SYNDET, *Rép. int. Dalloz, Vo Faillite*, n° 1). L'expression de droit international des entreprises en difficulté serait, néanmoins, certainement plus appropriée compte tenu du développement des procédures amiables ou préventives.



la loi de l'État dont une juridiction a ouvert la procédure collective. La compétence juridictionnelle emporte donc application de la loi nationale du juge ayant ouvert la procédure. Ainsi, en droit international de la faillite, chaque fois qu'un tribunal français est compétent, il applique le livre VI du Code de commerce. Il en est de même dans le cadre du règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 sur les procédures d'insolvabilité, sous réserve que le juge national compétent voit son choix limité aux seules procédures de son droit national énumérées dans l'annexe A du règlement précité.

Quoi qu'il en soit, aussi bien en droit international de la faillite que sous l'empire du règlement (UE) n° 2015/848, l'application de la loi nationale applicable à la procédure étant dans la dépendance directe de la compétence du juge, il existe un enjeu à la localisation du siège social, ce qui implique que le choix d'un système de rattachement n'est pas neutre.

Ainsi, comme en droit international de la faillite aussi bien qu'en droit européen des procédures d'insolvabilité, le conflit de juridictions précède le conflit de lois, il convient d'examiner les incidences de l'adoption du système d'incorporation d'abord au regard des règles de compétence juridictionnelle (I) et ensuite au regard des règles de conflits de lois (II).

## I- Incidences au regard des règles de compétence juridictionnelle

Les règles de compétence juridictionnelle sont différentes en droit français des faillites internationales et en droit européen de l'insolvabilité.

Pour résumer, le droit européen est applicable aux procédures collectives mentionnées pour chaque État membre dans l'annexe A du règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 à l'égard d'un débiteur ayant le centre de ses intérêts principaux<sup>25</sup> sur le territoire de l'un des États membres de l'UE.

Le droit international de la « *faillite* » ne s'applique donc qu'à l'égard des débiteurs n'ayant pas le centre de leurs intérêts principaux dans l'Union européenne ou pour une procédure qui n'est pas mentionnée dans l'annexe A du règlement précité (par exemple, la conciliation relève toujours du droit international de la faillite même si elle est ouverte au bénéfice d'un débiteur ayant le centre de ses intérêts principaux en France).

### 1.1 - Absence d'incidence au regard des procédures parallèles ou secondaires

L'adoption du système d'incorporation en droit français serait pratiquement sans incidence sur l'ouverture, en droit international privé, d'une procédure parallèle fondée sur le critère du centre

---

<sup>25</sup> Voir en annexe la définition du critère du centre des intérêts principaux.



principal des intérêts<sup>26</sup> ou sur l'ouverture, application de l'article 3,2 du règlement (UE) n° 2015/848, de procédures secondaires fondées sur le critère de l'établissement<sup>27</sup>.

En effet, ces deux critères de compétence juridictionnelle ont pour point commun d'être, en principe, totalement indépendants du siège social que celui-ci soit statutaire ou réel.

À titre d'exception, on peut relever, néanmoins, en droit international privé, un jugement du 17 octobre 2019 du Tribunal de commerce de Bobigny<sup>28</sup> dans l'affaire Europacorp (groupe du producteur Luc Besson) dans lequel le tribunal s'estime compétent à raison du critère du centre principal des intérêts en France pour ouvrir une sauvegarde à l'égard d'une filiale incorporée aux USA. Simplement, le tribunal retient une interprétation ambiguë du critère du centre principal des intérêts car très proche du critère européen distinct du centre des intérêts principaux, fondée sur le fait que « *toute la stratégie générale de la société Europacorp Filma USA Inc. est définie, discutée et négociée depuis le siège social de sa société mère (en France) y compris la prise des décisions opérationnelles et sociales* » et « *qu'il en est de même des négociations de restructurations financières* ». Dans ce jugement, le critère du centre principal des intérêts est ainsi identifié au centre de décision.

## 1.2 - Existence d'une incidence au regard des procédures principales

L'adoption du système d'incorporation en droit français ne devrait pas, par principe, avoir d'incidence, en droit international privé, sur l'ouverture d'une procédure à raison du siège social en France au titre de l'article R. 600-1 du Code de commerce ou d'une procédure principale à raison du centre des intérêts principaux dans le cadre de l'article 3, 1 du règlement (UE) n° 2015/848.

En effet, dans les deux cas, il existe une présomption qui est jurisprudentielle en droit international et expresse dans le règlement européen en faveur du siège statutaire.

Il convient d'ajouter, concernant le droit international, qu'à notre connaissance il n'y a jamais eu, en jurisprudence, de décision d'une juridiction française refusant d'ouvrir une procédure collective à l'égard d'une société immatriculée en France au RCS au motif que son siège réel aurait été localisé à l'étranger, la caractérisation du siège réel jouant, de manière unilatérale, toujours en faveur de la compétence des juridictions françaises pour ouvrir une procédure collective à l'égard d'une société.

Il en résulte qu'au regard du droit international de la faillite, l'adoption du système d'incorporation n'aurait pas d'incidence puisque, dès à présent, en droit positif, toute société immatriculée en France, peut obtenir l'ouverture d'une procédure de droit français par une juridiction française, l'éventuelle localisation de son siège réel dans un État étranger, non membre de l'Union européenne, n'étant jamais pris en considération.

---

<sup>26</sup> Voir en annexe la définition du critère du centre principal des intérêts.

<sup>27</sup> Voir en annexe la définition du critère de l'établissement.

<sup>28</sup> T. com. Bobigny, 6<sup>e</sup> ch., 17 octobre 2019, Rev. proc. coll. n° 6/2019, comm. 166, obs. M. Menjucq.





Tel n'est pas le cas, en revanche, en droit européen sous l'empire du règlement (UE) n° 2015/848.

Ainsi, comme précédemment vu, en application des articles 3,1 et 4 du règlement (UE) n° 2015/848, toute juridiction d'un État membre saisie d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale doit vérifier d'office sa compétence, notamment en examinant si le centre des intérêts principaux du débiteur est « *réellement* » situé dans son ressort. La juridiction peut donc, au terme de sa vérification d'office, renverser la présomption simple en faveur du siège statutaire si elle considère que le centre des intérêts principaux est situé dans un autre État membre.

En conséquence, dans le cadre du règlement européen précité, une société immatriculée en France qui solliciterait l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité par une juridiction française ne l'obtiendrait pas nécessairement, si après examen d'office de sa compétence par cette juridiction, cette dernière estimait que le centre des intérêts principaux de ladite société est situé dans un autre État membre que celui d'immatriculation de la société demandant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Dans ce cas, effectivement, la juridiction française devrait refuser d'ouvrir la procédure d'insolvabilité (considérant 41 du règlement (UE) n° 2015/848).

Cette obligation de vérification d'office de la réalité du centre des intérêts principaux par la juridiction saisie d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité instituée par le règlement (UE) n° 2015/848 pour lutter contre le *forum shopping* favorise donc le renversement de la présomption existant en faveur du siège statutaire et, dès lors, favorise une certaine déconnexion entre d'une part, la loi de l'État membre d'immatriculation de la société, compétente, à titre de *lex societatis*, pour régir la constitution, le fonctionnement et la dissolution de la société *in bonis* et d'autre part, dont la loi de l'État membre d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, compétente, à titre de *lex fori concursus*, pour régir le traitement des difficultés de la même société.

La question qui se pose, par conséquent, consiste à déterminer si, dans le cadre du règlement (UE) n° 2015/848 exclusivement, constitue une difficulté grave le fait que la *lex societatis* et la *lex fori concursus* relèvent pour une même société de deux États membres différents. Une telle dissociation serait facilitée, dans une certaine mesure, par l'adoption du système d'incorporation, même si, le principe actuel de rattachement des sociétés par le siège statutaire à la loi française favorise déjà la dissociation en cause.

## II- Incidences au regard des règles de compétence législative

La problématique de la dissociation des lois nationales applicables à une même société à titre de *lex societatis* d'une part, et à titre de *lex fori concursus* d'autre part, soulève la question des domaines respectifs de la *lex societatis* et de la *lex fori concursus* et celle des risques de conflits entre *lex societatis* et la *lex fori concursus*.



## 2.1 - Les domaines respectifs de la *lex societatis* et de la *lex fori concursus*

### 2.1.1 - Domaine de la *lex societatis*

En résumé, il ressort de la jurisprudence française que la *lex societatis* régit de manière générale la constitution, le fonctionnement et la dissolution des sociétés.

Ainsi, pour toute société immatriculée en France au registre du commerce et des sociétés, la loi française gouverne :

- au titre de la constitution de la société :

- les modalités de constitution,
- la validité de l'acte social et les sanctions des vices de constitution,
- la forme sociale et la capacité de la société,
- le capital social (formation, souscription, libération) ainsi que l'émission et le régime des titres de capital,
- l'acquisition et la perte de la qualité d'associé,

- au titre du fonctionnement de la société :

- les droits (pécuniaires ou non) et obligations des associés, des dirigeants et de la société,
- la détermination et le fonctionnement des organes sociaux,
- le pouvoir des dirigeants à l'égard des tiers,
- la responsabilité des associés, des dirigeants et de la société,

- au titre de la dissolution de la société :

- les causes et modalités de la dissolution,
- les modalités de liquidation de la société,
- le maintien de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation.

### 2.1.2 - Domaine de la *lex fori concursus*

La dissociation entre *lex societatis* et *lex fori concursus* ne devrait essentiellement intervenir que dans le cadre du règlement (UE) n° 2015/848, comme précédemment vu, il faut se reporter pour le domaine de la *lex fori concursus* à la détermination qui en est faite par l'article 7 du règlement précité selon lequel :



« 1. Sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'État membre sur le territoire duquel cette procédure est ouverte (ci-après dénommé « État d'ouverture »).

2. La loi de l'État d'ouverture détermine les conditions liées à l'ouverture, au déroulement et à la clôture de la procédure d'insolvabilité. Elle détermine notamment les éléments suivants :

- a) les débiteurs susceptibles de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité du fait de leur qualité,
- b) les biens qui font partie de la masse de l'insolvabilité et le sort des biens acquis par le débiteur ou qui lui reviennent après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité,
- c) les pouvoirs respectifs du débiteur et du praticien de l'insolvabilité,
- d) les conditions d'opposabilité d'une compensation,
- e) les effets de la procédure d'insolvabilité sur les contrats en cours auxquels le débiteur est partie,
- f) les effets de la procédure d'insolvabilité sur les procédures engagées par des créanciers individuels, à l'exception des instances en cours,
- g) les créances à produire au passif du débiteur et le sort des créances nées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité,
- h) les règles régissant la production, la vérification et l'admission des créances,
- i) les règles régissant la distribution du produit de la réalisation des actifs, le rang des créances et les droits des créanciers qui ont été partiellement désintéressés après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité en vertu d'un droit réel ou par l'effet d'une compensation,
- j) les conditions et les effets de la clôture de la procédure d'insolvabilité, notamment par concordat,
- k) les droits des créanciers après la clôture de la procédure d'insolvabilité,
- l) la charge des frais et des dépenses de la procédure d'insolvabilité,
- m) les règles relatives à la nullité, à l'annulation ou à l'inopposabilité des actes juridiques préjudiciables à la masse des créanciers. »

L'énumération de l'article 7, 2 n'est pas limitative, si bien que la jurisprudence peut compléter le domaine de la loi applicable à la procédure d'insolvabilité.

C'est ce qu'a fait la Cour de cassation, par exemple, à propos de la sanction des dirigeants en dans un arrêt *Nob* du 22 janvier 2013<sup>29</sup> dans lequel elle précise qu'une action en interdiction de gérer

---

<sup>29</sup> Cass. com., 22 janvier 2013, n° 11-17968, *JurisData*, n° 2013-000798 ; *Rev. proc. coll.* 2013, comm. 30, obs. Th. Mastrullo ; *D.* 2013, p. 755, note R. Dammann et A. Rapp ; *BJS* 2013, p. 263, note J.-L. Vallens. Cf. aussi L. D'Avout, « Règlement insolvabilité, procédure territoriale et sanctions personnelles du dirigeant (À propos de l'arrêt NOB) », *Rev. proc. coll.* 2013, étude 19.



relève de la procédure principale (et non de la procédure secondaire, ce qui a été très critiqué en doctrine). Le Tribunal de commerce de Nanterre a, quant à lui, considéré dans un jugement du 24 novembre 2013<sup>30</sup> qu'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif relevait de la loi applicable à la procédure d'insolvabilité secondaire.

Cette compétence de la *lex fori concursus* pour les actions en responsabilité à l'encontre des dirigeants et leurs sanctions rejoint la jurisprudence existant en droit international de la faillite qui admet de longue date que l'action en comblement de passif relève de la loi applicable à la procédure collective<sup>31</sup>.

## 2.2 - Le risque de conflit entre la *lex societatis* et la *lex fori concursus*

Le risque de conflit de lois entre la *lex societatis* et la *lex fori concursus* est en réalité relativement faible, leurs domaines respectifs ne se recoupant que très peu.

Ainsi, en matière de délégation pour déclarer une créance à une procédure d'insolvabilité, la Cour de cassation<sup>32</sup> fait parfaitement la distinction entre ce qui relève de la *lex societatis* (la détermination de l'organe social habilité à donner la délégation du pouvoir de déclarer la créance) et ce qui relève de la *lex fori concursus* (les conditions de la délégation pour valablement procéder à la déclaration).

En fait, il est possible d'identifier au moins deux cas de conflits potentiels entre la *lex societatis* et la *lex fori concursus* :

- la dissolution de la société à l'issue d'une procédure d'insolvabilité de nature liquidative,
- la responsabilité des dirigeants.

**Les causes de dissolution d'une société**, en effet, sont en principe de la compétence de la *lex societatis*. Mais, en cas de procédure d'insolvabilité de nature liquidative, la société débitrice est généralement dissoute, selon le droit national applicable, au début, en cours ou à l'issue de la procédure.

En droit français, ce conflit potentiel est adroitement évité puisque la dissolution de la société par l'effet d'un jugement ordonnant la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif est

---

<sup>30</sup> T. com. Nanterre, 3<sup>e</sup> ch., 24 octobre 2013, n° 2011F04794, D. 2013, p. 2641, obs. A. Lienhard ; Rev. proc. coll., n° 1/2014, comm. 12, obs. M. Menjucq.

<sup>31</sup> Cass. com., 16 juillet 1981, Rev. crit. DIP 1982, p. 124, note J. Lemontey ; Cass. com., 5 mai 2004 n° 726 FS-PB, RJDA 10/04 n° 1149 ; JCP E 2004 n° 1249 ; Rev. jur. com. 2005, p. 253.

<sup>32</sup> Cass. com., 15 décembre 2009, n° 08-14949, Rev. soc. 2010, p. 187, note R. Dammann et E. Sauteraud ; Rev. proc. coll., n° 6/2010, n° 217, obs. M. Menjucq. Cass. com., 22 juin 2010, Rev. proc. coll., n° 217, obs. M. Menjucq. Cass. com., 4 mars 2014, n° 12-29580.



énoncée non dans le livre VI du Code de commerce mais dans le titre du Code civil consacré aux sociétés, précisément à l'article 1844-7, 7°. Donc, la loi française applicable aux sociétés (la *lex societatis*) prévoit la dissolution pour cause de liquidation judiciaire. Mais que se passerait-il si un tribunal français, compétent en raison du centre des intérêts principaux, devait prononcer la clôture de la liquidation judiciaire d'une société immatriculée dans un autre État membre de l'Union européenne ou dans un État tiers ?

En réalité, la question n'a rien de nouveau et se pose déjà tant dans le cadre du droit européen que des procédures d'insolvabilité dans le cadre du droit international de la faillite, de sorte que l'adoption en droit français du système d'incorporation n'aurait qu'un effet très mesuré.

**Quant à la responsabilité des dirigeants sociaux**, elle peut être recherchée sur le fondement tant de la *lex societatis* que de la *lex fori concursus*. Une notion telle que la faute de gestion du dirigeant peut même être commune à une action responsabilité exercée dans le cadre d'une société *in bonis* (donc sur le fondement de la *lex societatis*) ou d'une société soumise à une procédure d'insolvabilité (donc sur le fondement de la *lex fori concursus*). En facilitant la dissociation entre la *lex societatis* et la *lex fori concursus*, l'adoption du système d'incorporation favorise donc un traitement différencié de la responsabilité des dirigeants alors que les actions seraient fondées sur le même élément (en l'occurrence, l'existence d'une faute de gestion).

### **2.3 - Apport de l'arrêt Kornhass (CJCE, 10 décembre 2015, aff. C-594/14)<sup>33</sup> au conflit entre *lex societatis* et *lex fori concursus***

Dans cet arrêt très commenté en Europe, la Cour de justice s'est prononcée sur le domaine respectif de la *lex societatis* et de la *lex fori concursus* à propos justement de l'application à une société immatriculée au Royaume-Uni des dispositions de la loi allemande sur les sociétés à responsabilité limitée relatives à la responsabilité des dirigeants dans un contexte de procédure d'insolvabilité.

En l'occurrence, une société de droit anglais (loi d'incorporation) était soumise à une procédure d'insolvabilité de droit allemand ouverte par un tribunal allemand, le centre de ses intérêts principaux ayant été caractérisé sur le territoire allemand.

---

<sup>33</sup> CJUE, 10 décembre 2015, aff. C-594/14, JurisData n° 2015-029621 ; JCP G 2016, 241, n° 10, obs. M. Menjucq ; Rev. soc. 2016, p. 311, note G. Parléant ; Rev. proc. coll. 2016, comm. 170, obs. T. Mastrullo ; Droit des sociétés juillet 2016, chron. Droit européen des sociétés, p. 11, n° 1, obs. E. Schlumberger ; voir aussi L. D'Avout, « Suite de la jurisprudence Centros, les sociétés off shore rattrapées par le droit local de l'insolvabilité », JCP G 2016, 304 ; A. SCHALL, « The Forthcoming ECJ decision of the Kornhaas case - The final chapter of the European traveller's tales ? », ECFR (European Company and financial Law Review), 2015, p. 280.



La première question posée à la Cour de justice consistait à déterminer si les dispositions du droit des sociétés allemand (art. 64 de la loi sur les *GmbH*) relatives à la responsabilité des dirigeants de *GmbH* (SARL) prévoyant qu'« *en cas d'insolvabilité de la société, les gérants sont tenus d'introduire sans délai, et au plus tard trois semaines après la survenance de l'insolvabilité, une demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité* » étaient applicables à une société de droit anglais. La difficulté venait du fait que cette disposition imposait une responsabilité pour des faits antérieurs à l'ouverture de la responsabilité, donc à une période où en principe, seule la *lex societatis* anglaise était compétente<sup>34</sup>. La question consistait donc à déterminer si une telle responsabilité des dirigeants devait relever du domaine de la *lex fori concursus* au titre de l'article 4 du règlement (CE) n° 1346/2000 (actuel article 7 du règlement (UE) n° 2015/848) donc du droit allemand applicable à la procédure d'insolvabilité, ou du domaine de la *lex societatis*, donc de la loi d'incorporation anglaise. Dans le premier cas, l'article 64 de la loi allemande sur les sociétés à responsabilité limitée devait recevoir application, alors que dans le deuxième cas, son application était exclue.

Interprétant l'article 4 du règlement (CE) n° 1346/2000, la Cour de justice considère que dans la mesure où la *lex fori concursus* régit les « *conditions d'ouverture* » de la procédure d'insolvabilité, pour « *assurer l'effet utile de cette disposition, celle-ci doit être interprétée en ce sens que relèvent de son champ d'application, premièrement, les conditions préalables pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, deuxièmement, les règles qui désignent les personnes qui ont l'obligation de demander l'ouverture de cette procédure et, troisièmement, les conséquences d'une violation de cette obligation* ». Il en résulte que la règle de l'article 64, selon la Cour de justice, « *assimilable à une règle portant l'inopposabilité des actes préjudiciables à l'ensemble des créanciers* » directement visée par l'article 4, paragraphe 2, sous m), du règlement n° 1346/2000, doit être considérée comme relevant du domaine de la *lex fori concursus* et donc applicable à une société incorporée au Royaume-Uni.

Dans une deuxième question préjudicielle, pas moins intéressante que la première, il était demandé si les articles 49 et 54 TFUE sur la liberté d'établissement ne s'opposaient pas à l'application de l'article 64 de la loi sur les *GmbH* qui tendait à l'application de dispositions allemandes à des dirigeants d'une société de droit anglais alors que la Cour de justice avait reconnu, dans les arrêts *Überseering*<sup>35</sup> et *Inspire Art*<sup>36</sup>, l'exclusivité de compétence à la loi d'incorporation pour régir la société. La Cour de justice répond négativement en précisant qu'une disposition comme l'article 64 ne concerne aucunement la constitution d'une société dans un État membre donné ni son établissement ultérieur dans un autre État membre, dans la mesure où cette disposition ne trouve à

---

<sup>34</sup> Voir CJCE, 5 novembre 2002, aff. C-208/00, *Überseering*, JCP E 2003, n° 448, note M. Menjucq ; Rev. soc. 2003, p. 315, note J.-Ph. DOM ; BJS 2003, p. 452, note M. Luby ; Europe 2003, comm. n° 19, L. Idot ; P. Lagarde, Rev. crit. DIP 2003, p. 508 ; Gaz. Pal., 25 et 26 juin 2003, p. 27, obs. M.-L. Niboyet.

<sup>35</sup> Arrêt précité.

<sup>36</sup> CJCE, 30 septembre 2003, aff. C-167/01, *Inspire Art*, JCP G 2004, II, 10002, note M. Luby ; D. 2004, jur., p. 491, note E. Pataut ; JCP E 2004, 252, note V. Magnier ; JDI 2/2004, note M. Menjucq.





s'appliquer qu'en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Pour la Cour de justice, une telle disposition n'entre donc jamais en concurrence avec la *lex societatis*.

L'arrêt *Kornhaas* est particulièrement intéressant dans la mesure où, dans un contexte d'application du système d'incorporation, il établit une ligne de partage claire entre le domaine de la *lex fori concursus* et celui de la *lex societatis* en matière de responsabilité des dirigeants sociaux.

La loi de l'État d'incorporation bénéficie, ainsi, d'une exclusivité d'application tant qu'aucune procédure d'insolvabilité n'est ouverte à l'égard de la société en cause.

En revanche, dès lors qu'une procédure d'insolvabilité est ouverte dans un autre État membre que celui d'immatriculation de la société, les dispositions de l'état d'ouverture de la procédure se rapportant à l'insolvabilité sont applicables y compris si ce sont des dispositions de droit des sociétés relatives à la responsabilité des dirigeants concernant une période pendant laquelle la société était encore *in bonis*.

Par conséquent, l'adoption du système d'incorporation en droit français pourrait être accompagnée, afin d'appréhender les sociétés immatriculées dans d'autres États membres mais ayant leur centre des intérêts principaux en France, de l'adoption de mesures, particulièrement relatives à la responsabilité des dirigeants de sociétés, régissant les sociétés soumises en France à une procédure d'insolvabilité.

#### Conclusion :

Les incidences de l'adoption du système d'incorporation en droit français paraissent relativement limitées, surtout, si l'on tient compte du fait que le droit français en vigueur ne confère d'ores et déjà qu'un rôle résiduel au siège réel.

Cependant, dans le cadre du règlement (UE) n° 2015/848, l'obligation de vérification d'office, par les juridictions nationales ouvrant une procédure d'insolvabilité principale, de leur compétence et de la réalité de la localisation du centre des intérêts principaux risque de favoriser la dissociation pour une même société entre la loi nationale qui lui est applicable à titre de *lex societatis* et celle qui lui est applicable à titre de *lex fori concursus*.

Mais, les incidences résultant de cette dissociation pourraient être neutralisées si l'adoption du système d'incorporation était accompagnée par l'institution de dispositions applicables aux sociétés incorporées dans un autre État en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité par une juridiction française compétente au titre de la localisation en France du centre des intérêts principaux de ladite société.

À cet égard, pour mesurer plus précisément si le fait, pour une même société, que la *lex societatis* et la *lex fori concursus* relèvent de deux États différents constitue une réelle difficulté en pratique, on peut suggérer au groupe de travail d'auditionner un praticien, par exemple Me Hélène Bourbouloux (administrateur judiciaire), qui a eu à connaître de nombreuses procédures transfrontalières.





## III- Annexe

### 3.1 - Critères du droit des faillites internationales

La jurisprudence française applique à la faillite internationale le principe général de compétence juridictionnelle directe dégagé par l'arrêt *Pelassa*<sup>37</sup> suivant lequel sont étendues « à l'ordre international les règles françaises internes de compétence ». Dès lors, les règles de compétence juridictionnelle en droit international de la faillite trouvent leur fondement dans l'article R. 600-1 du Code de commerce.

#### 3.1.1 - Critère principal du siège social

En application de l'article R. 600-1 du Code de commerce, le tribunal territorialement compétent pour ouvrir une procédure relevant du livre VI du Code de commerce est celui dans le ressort duquel le débiteur personne morale a son siège. La notion de siège n'est pas précisée par l'article R. 600-1. Il s'agit en principe du siège statutaire ; toutefois, si le siège statutaire et le siège réel sont dissociés, selon une jurisprudence constante, le siège réel doit prévaloir. La prédominance du siège réel sur le siège statutaire est un principe applicable tant en droit interne des procédures collectives qu'en droit international de la faillite. La solution est affirmée de manière constante depuis un arrêt du 16 décembre 1958<sup>38</sup>, puis réaffirmée, sous l'empire du décret du 22 décembre 1967, par un arrêt de la 2<sup>e</sup> chambre civile du 15 juillet 1970<sup>39</sup> ainsi que par deux arrêts de la chambre commerciale du 13 décembre 1983<sup>40</sup> et du 8 mars 1988<sup>41</sup> et surtout par un arrêt remarqué de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation du 21 juillet 1987<sup>42</sup>. Enfin, sous l'empire du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985, dans sa formulation issue du décret n° 94-910 du 21 octobre 1994, cette jurisprudence s'est poursuivie avec un arrêt de la chambre commerciale du 5 janvier 1999<sup>43</sup>. **La réalité du siège, appréciée souverainement par les juges du fond, résulte d'un faisceau d'indices dont le principal est le lieu d'exercice de l'activité sociale** (cf. l'arrêt précité de la chambre commerciale de la Cour

---

<sup>37</sup> Cass. civ., 19 octobre 1959, D. 1960, p. 37, 1<sup>re</sup> esp., note G. Holleaux ; Rev. crit. DIP 1960, p. 215, 1<sup>re</sup> esp., note Y. L.

<sup>38</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 décembre 1958, Bull. civ. III, n° 438, p. 370. Dans le même sens, aussi sous l'empire du décret de 1955, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 mars 1961, Bull. civ. II, n° 181, p. 131.

<sup>39</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 juillet 1970, Bull. civ. II, 247, p. 186.

<sup>40</sup> Cass. com., 13 décembre 1983, JCP 1985, II, 20421, obs. G. signoret-Serrano.

<sup>41</sup> Cass. com., 8 mars 1988, Bull. civ. IV, n° 103 ; D. 1988, sommaires comm., p. 339, obs. A. Honorat ; JCP E 1988, II, 15335, n° 3, obs. M. Cabrillac et M. Vivant.

<sup>42</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 juillet 1987, Bull. civ. I, n° 242, p. 177 ; D. 1988, jur., p. 169, note J.-P. Remery ; D. 1988, sommaires comm., p. 142, obs. A. Honorat.

<sup>43</sup> Cass. com., 5 janvier 1999, n° 96-18574, RJDA 1999, n° 440 ; BRDA 5/1999, n° 6.



de cassation du 5 janvier 1999 qui considère que la cour d'appel a légalement justifié sa décision d'accueillir l'exception d'incompétence à l'encontre du tribunal de l'Île Rousse en relevant que le débiteur exerçait son activité dans le ressort du tribunal de commerce de Lille et « *n'était propriétaire d'aucun bien en Corse, ne disposait d'aucun bureau, ni infrastructure justifiant l'exercice d'une activité réelle en Corse* ». Selon la Cour de cassation, « **cette règle de compétence [en faveur du siège réel] est d'ordre public et peut être invoquée par tout intéressé** »<sup>44</sup>.

Ainsi, en droit national et international des entreprises en difficulté, le siège réel est moins déterminé par la localisation de la direction effective de la société comme c'est le cas pour le droit international des sociétés que par la localisation de l'activité sociale. En ce sens, ce critère se rapproche du critère européen du centre des intérêts principaux.

### 3.1.2 - Critère du centre principal des intérêts en France

Le droit français de la faillite internationale connaît d'autres critères de compétence juridictionnelle des juridictions françaises (nationalité, localisation des biens ou activités) mais, seul le critère du centre principal des intérêts paraît encore utilisé en jurisprudence. Il est énoncé par l'article R. 600-1 du Code de commerce dans les termes suivants : « *À défaut de siège en territoire français, est territorialement compétent le tribunal dans le ressort duquel se situe le centre principal de ses intérêts en France* ». Cette rédaction est issue du décret n° 94-910 du 21 octobre 1994 qui, pour se conformer à l'article 4-1 de la Convention d'Istanbul, a substitué à la notion de principal établissement présente dans le décret de 1985 celle de centre principal de ses intérêts. Cette notion a été interprétée dans la continuité de l'interprétation jurisprudentielle antérieure au décret de 1994 de la notion de principal établissement comme désignant « *le principal des établissements secondaires (du débiteur) situés en France* »<sup>45</sup>, la notion d'établissement secondaire étant entendu comme « *un établissement permanent distinct du siège social ou de l'établissement principal* »<sup>46</sup> au sens de l'article R. 123-40, et justifiant une immatriculation en vertu de l'article R. 123-35 du Code de commerce. Mais **la Cour de cassation ne réduit pas le critère du centre principal des intérêts à la notion d'établissement** comme en témoignent deux arrêts respectivement du 26 octobre 1999<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 juillet 1987, arrêt précité.

<sup>45</sup> Cass. com., 11 avril 1995, aff. BCCI, BJS 1995, p. 697, note A. MARTIN-SERF ; D. 1995, p. 540, note M. Vasseur ; Rev. crit. DIP 1995, p. 742, note B. Oppetit.

<sup>46</sup> Voir Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 février 2017, BJS, sept. 2017, p. 561, obs. M. Menjucq.

<sup>47</sup> Cass. com., 26 octobre 1999, n° 96-12946, BJS 2000, p. 385, note M. Menjucq. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir caractérisé l'existence d'un centre des intérêts du débiteur par le simple constat que « *la seule activité de la société SHL était liée au contrat de crédit-bail qu'elle avait conclu avec la SEM et qu'elle retenait celle-ci comme une forme d'exploitation des locaux* ».



et du 1<sup>er</sup> février 2002<sup>48</sup>. Elle considère effectivement que la simple conclusion de contrats relatifs à l'exploitation et au financement d'actifs situés en France suffit à caractériser l'existence d'intérêts du débiteur en France dont elle déduit la localisation sur le territoire français d'un centre principal des intérêts. Dans cette mesure, le critère du centre principal des intérêts se distingue du critère de l'établissement (article 3, 2 du règlement (UE) n° 2015/848 qui, en droit européen, permet d'ouvrir une procédure secondaire.

### 3.2 - Critères du droit européen des procédures d'insolvabilité

Admettant le principe de l'ouverture de procédures concurrentes, le règlement (UE) n° 2015/848, comme avant lui, le règlement (CE) n° 1346/2000 établit deux chefs de compétence juridictionnelle permettant aux tribunaux d'ouvrir soit une procédure principale de portée universelle, soit une procédure secondaire de caractère territorial. Dans le premier cas, le critère est le centre des intérêts principaux, dans le second, le critère est l'établissement. Seul le premier critère est lié au siège social.

#### 3.2.1 - Le critère du centre des intérêts principaux

L'article 3, 1 du règlement (UE) n° 2015/848 définit le centre des intérêts principaux comme « *le lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers* » et établit une présomption simple que les sociétés et les autres personnes morales ont le centre de leurs intérêts principaux au lieu de leur siège statutaire. Le considérant 30 du règlement (UE) n° 2015/848 ajoute, consacrant ainsi la jurisprudence *Interedil*<sup>49</sup> que la présomption peut être renversée « *si l'administration centrale de l'entreprise est située dans un autre État membre que son siège statutaire et qu'une appréciation globale de l'ensemble des éléments pertinents permet d'établir, d'une manière vérifiable par des tiers, que le centre effectif de direction et de contrôle de ladite entreprise ainsi que de la gestion de ses intérêts se situe dans cet autre État membre* ». Or, si l'on se rapporte à l'arrêt *Interedil*, « *parmi les éléments à prendre en considération* »<sup>50</sup>, se trouvent la localisation de l'activité économique, celle de biens, notamment immobiliers, et de contrats relatifs à l'exploitation de ces actifs ou à leur financement, car ces éléments sont considérés comme vérifiables par les tiers en raison de la publicité qu'ils génèrent en principe. Il en résulte que le centre des intérêts principaux ne s'identifie certainement pas au siège réel ou à l'administration centrale, entendu comme le centre effectif de la direction de la société ou encore comme le lieu où se réunissent les organes sociaux.

---

<sup>48</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> octobre 2002, n° 99-11858. La Cour de cassation déduit l'existence d'intérêts du débiteur en France du fait non contesté que « la société avait souscrit les prêts pour les besoins de son activité consistant dans la location de biens immeubles situés en France ».

<sup>49</sup> CJUE, 20 octobre 2011, aff. C-396/09, *Banque et droit*, n° 140, novembre-décembre 2011, p. 28, note G. AFFAKI et J. Stoufflet ; JCP E 2012, n° 19, p. 1309, obs. R. Dammann et A. Albertini ; D. 2011, p. 2593, obs. A. Lienhard et p. 2915, note J.-L. Vallens ; M. Menjucq, *Rev. proc. coll.*, 2011, p. 19, Étude 32 ; D. 2012, 2331, obs. L. D'Avout et S. Bollée ; *Rev. soc.* 2011, p. 726, note Ph. Roussel Galle.

<sup>50</sup> Considérant n° 52.



Il faut ajouter qu'afin de limiter le *forum shopping*, l'article 4 du règlement (UE) n° 2015/848 impose aux juridictions nationales saisies d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité d'examiner d'office si elles sont compétentes sur le fondement de l'article 3, le considérant 27 dudit règlement ajoutant : « *Avant d'ouvrir une procédure d'insolvabilité, la juridiction compétente devrait examiner d'office si le centre des intérêts principaux ou l'établissement du débiteur est réellement situé dans son ressort* ».

Le considérant 28 du même règlement précise à ce sujet : « *Lorsque l'on cherche à déterminer si le centre des intérêts principaux du débiteur est vérifiable par des tiers, il convient d'accorder une attention particulière aux créanciers et à la perception qu'ils ont du lieu où le débiteur gère ses intérêts. Il peut être nécessaire, dans le cas d'un déplacement du centre des intérêts principaux, d'informer les créanciers en temps utile du nouveau lieu à partir duquel le débiteur exerce ses activités, par exemple en attirant l'attention sur le changement d'adresse dans sa correspondance commerciale, ou en rendant publique la nouvelle localisation par d'autres moyens appropriés.* »

La Cour de cassation a fait une première application de l'article 4 du règlement (UE) n° 2015/848 dans un arrêt du 11 mars 2020<sup>51</sup> en censurant un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui n'avait pas caractérisé la réalité sur le territoire français du centre des intérêts principaux d'une entité à l'égard de laquelle elle avait ouvert une liquidation judiciaire.

Le considérant n° 31 du règlement (UE) n° 2015/848 ajoute une présomption visant à empêcher la recherche frauduleuse ou abusive de la juridiction la plus favorable, selon la présomption en faveur du siège statutaire, ne devrait pas s'appliquer lorsque le débiteur a transféré son siège statutaire au cours des trois mois précédant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

### **3.2.2 - Le critère de l'établissement**

L'article 2, 10 du règlement (UE) n° 2015/848 définit l'établissement comme « *tout lieu d'opérations où un débiteur exerce ou a exercé au cours de la période de trois mois précédant la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale, de façon non transitoire, une activité économique avec des moyens humains et des actifs* ».

---

<sup>51</sup> Cass. com., 11 mars 2020, n° 19-10657.



## **ANNEXE 4**

### *Note droit social*



## NOTE DROIT SOCIAL

Par Laetitia Tombarello, avocat à la Cour, Bredin Prat

Bien que le droit positif français ne retienne plus, de fait, le siège réel comme seul critère de rattachement des sociétés commerciales à la loi française, le système légal actuel retient encore la théorie du siège réel, théorie selon laquelle une société est soumise à la loi du pays dans lequel se trouve la direction effective de la société, par opposition à la théorie du siège statutaire, qui utilise le critère du lieu d'immatriculation d'une société pour déterminer la loi qui lui est applicable (*lex societatis*<sup>52</sup>).

En droit social, le critère du siège social ne constitue pas le facteur de rattachement de la loi applicable aux relations de travail, qu'elles soient collectives ou individuelles. Par principe, les règles internes régissant le droit du travail ainsi que le régime de sécurité sociale sont d'application territoriale, c'est-à-dire qu'elles s'imposent à toutes les entreprises qui emploient des salariés exerçant une activité en France même si leur siège est situé à l'étranger<sup>53</sup>.

L'application territoriale de ces règles est rendue possible par la désignation de la loi française par les règles de conflit instituées par les règlements et conventions européens et internationaux ainsi que par la qualification jurisprudentielle de loi de police, notamment en matière de représentation du personnel.

L'adoption du système de l'incorporation aurait deux impacts principaux en droit des sociétés : (i) d'une part, les sociétés ayant leur siège statutaire en France pourraient transférer leurs activités à l'étranger, sans perdre leur nationalité française ; (ii) d'autre part, les sociétés étrangères n'ayant pas leur siège réel en France pourraient transférer leur siège statutaire en France, sans transfert de leur activité réelle, afin de se soumettre au droit français des sociétés. Dans la mesure où, comme indiqué ci-dessus, la notion cardinale permettant la détermination de la loi sociale applicable aux relations de travail est celle du lieu d'exécution du travail, indépendamment du lieu du siège social, l'adoption du système d'incorporation en droit français serait sans incidence sur l'application des règles de droit social. Dans le premier cas (i), la loi sociale française cesserait de s'appliquer aux relations de travail, dans le second (ii), la loi sociale française demeurerait en principe inapplicable<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> La *lex societatis* est la loi qui régit en principe l'organisation interne de la société, de même que les rapports qu'elle entretient avec les tiers (M. Menjucq. « Droit international des sociétés » Rep. Soc. 2014, n° 126).

<sup>53</sup> Sous réserve, en matière de relations individuelles de travail, du choix de la loi française par les parties et de l'application des dispositions impératives de la loi française, dont les références sont développées dans la présente note.

<sup>54</sup> Sous réserve, en matière de relations individuelles de travail, du choix de la loi française par les parties.



La présente note développe les fondements juridiques de l'absence d'incidence de l'adoption du système d'incorporation en droit social, sous ses principales composantes : relations individuelles de travail (I), relations collectives de travail (II) et régime de sécurité sociale (III).

## I- Territorialité des relations individuelles de travail

### 1.1 - Fondements du principe de territorialité

Le principe de territorialité de la loi française, qui se déduit de l'article 3 du Code civil qui dispose que « *les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire* », n'est pas expressément consacré par le Code du travail. Le Code du travail indique uniquement que « *les dispositions du présent livre sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés (...)* »<sup>55</sup>. Ce principe de territorialité est consacré, en matière de relations individuelles de travail, par le règlement (CE) n°593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit « *Rome I* ») dont l'application est universelle<sup>56</sup>.

### 1.2 - Limitation de la liberté de choix

Le Règlement *Rome I* retient le principe du libre choix par les parties de la loi applicable au contrat<sup>57</sup>. Cependant, cette liberté de choix ne peut avoir pour effet de priver le salarié de la protection que lui assurent les « *dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord* » ou les « *dispositions impératives* »<sup>58</sup> plus favorables de la loi qui seraient applicables à défaut de choix. Ainsi, la liberté de choix des parties ne peut faire obstacle à l'application des dispositions impératives de la loi française relatives au licenciement des salariés investis de fonctions représentatives du personnel (Cass. Ass. plén., 10 juillet 1992, n°88-40.672 et 88-40.673) ni à celles de la Convention 158 de l'OIT sur le licenciement<sup>59</sup> (Cass. soc., 26 mars 2013, 11-25.580).

### 1.3 - Le critère du lieu d'exécution habituel du travail

À défaut de choix, la loi applicable est désignée par une règle de conflit en cascade retenant comme rattachement principal le lieu d'exécution habituel du travail (*lex loci laboris*)<sup>60</sup>. Dès lors

---

<sup>55</sup> Article L. 1211-1 du Code du travail s'agissant par exemple du champ d'application de son livre deuxième relatif au contrat de travail.

<sup>56</sup> Les règles de conflit édictées peuvent conduire à l'application de la loi d'un État qui n'est pas membre de l'Union européenne (UE, règl. (CE) n° 593/2008, 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), article 2).

<sup>57</sup> UE, règl. (CE) n° 593/2008, 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), article 8.1.

<sup>58</sup> Les « dispositions impératives » de la loi applicable à défaut de choix ne doivent pas être confondues avec les lois de police. Ces dernières sont des dispositions dont l'effet est d'exclure l'application de la règle de conflit.

<sup>59</sup> C158 - Convention (n°158) sur le licenciement, 1982.

<sup>60</sup> UE, règl. (CE) n° 593/2008, 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), article 8.2. Dans l'hypothèse où le travail ne s'accomplit pas habituellement dans un même pays, le Règlement Rome I prévoit un critère de rattachement subsidiaire désignant « la loi du pays (dans lequel est situé) l'établissement qui a embauché le travailleur ». Enfin, le Règlement Rome I prévoit une clause d'exception, permettant de rejeter les solutions précédentes s'il « résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays », auquel cas, « la loi de cet autre pays » s'applique.





que des salariés exercent habituellement leur activité en France, la loi française sera désignée, indépendamment du lieu où se situe le siège social, statutaire ou réel<sup>61</sup>.

#### 1.4 - Domaine de la loi du contrat de travail

La loi du contrat de travail, telle que désignée par le *Règlement Rome I*, s'applique aux obligations qui découlent du contrat individuel de travail. Ainsi, elle s'applique à la formation, à l'exécution et à l'extinction des obligations nées du contrat<sup>62</sup>. Elle régit donc la rupture du contrat, principale question qui forme l'objet du contentieux. Elle ne s'applique pas aux questions de sécurité sociale, à l'exception du régime de retraite supplémentaire<sup>63</sup>. En cas d'adoption de la théorie de l'incorporation, la société ayant son siège statutaire en France et exerçant la totalité de son activité à l'étranger pourrait soutenir plus largement qu'en l'absence de points de rattachements à la loi française, la relation de travail - en ce compris la phase précontractuelle de recrutement - est régie dans sa globalité par la loi étrangère.

#### 1.5 - Compétence juridictionnelle

En cas de litige sur la conclusion, l'exécution ou la rupture du contrat, le Règlement n° 1215-2012 du 12 décembre 2012 (dit « *Bruxelles I bis* »)<sup>64</sup> prévoit qu'un employeur domicilié sur le territoire d'un État membre peut être attiré, quelle que soit sa nationalité<sup>65</sup>, au choix du salarié demandeur, (i) devant les tribunaux de l'État membre où il a son domicile<sup>66</sup> ; (ii) devant le tribunal du lieu où le salarié accomplit habituellement son travail ; (iii) lorsque le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays devant le tribunal du lieu où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur. Il résulte de ces dispositions que le salarié étranger d'une société immatriculée en

---

<sup>61</sup> La Cour de justice a précisé dans l'arrêt *Koelzsch* que le critère du lieu d'accomplissement du travail doit « être entendu comme se référant au lieu dans lequel ou à partir duquel le travailleur exerce effectivement ses activités professionnelles et, en l'absence de centre d'affaires, au lieu où celui-ci accomplit la majeure partie de ses activités » (CJUE, 15 mars 2011, aff. C-29/10, point 45).

<sup>62</sup> UE, règl. (CE) n° 593/2008, 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), articles 10 et 11.

<sup>63</sup> Soc. 7 sept. 2004, n° 02-41.417.

<sup>64</sup> UE, règl. (CE) n° 1215/2012, 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« *Bruxelles I bis* »).

<sup>65</sup> Règl. n° (UE) 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil 12 décembre 2012, articles 20 et 21. Les dispositions du règlement permettent uniquement de connaître l'État membre dont les juridictions sont compétentes. C'est le droit procédural propre à chaque État membre qui détermine ensuite la juridiction compétente dans cet État.

<sup>66</sup> S'il s'agit d'une personne morale, la localisation du domicile dépend de la localisation du siège social statutaire, du lieu de son administration centrale ou de son principal établissement (Règl. n° (UE) 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil 12 décembre 2012, article 63). À noter que si le contrat de travail est conclu avec un employeur qui n'est pas domicilié dans un État membre mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État membre, l'employeur est considéré, pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile dans cet État membre. (Règl. n° (UE) 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil 12 décembre 2012, article 21).



France, dont l'activité réelle est localisée à l'étranger, peut d'ores et déjà choisir d'attirer son employeur devant les juridictions françaises. En pratique, l'adoption du système d'incorporation, s'il était susceptible d'accroître les cas dans lesquels un tel scénario pourrait se présenter, ne devrait pas pour autant se traduire par une augmentation significative du nombre de saisine des tribunaux français compte tenu du peu d'intérêt que présenterait, pour un justiciable étranger, la saisine du juge français qui serait, par hypothèse, contraint d'appliquer la loi étrangère.

## En conclusion

En l'absence de choix de loi par les parties, l'adoption de la théorie de l'incorporation en droit français serait sans incidence sur la loi applicable aux relations individuelles de travail, fondée sur le critère principal du lieu d'exécution habituel du travail en application du *Règlement Rome I*. En cas de choix par les parties d'une loi applicable, l'enjeu de la localisation du siège social serait, en tout état de cause, neutre.

Par ailleurs, l'adoption du système d'incorporation n'aurait, en pratique, qu'une incidence limitée au regard des règles de compétence juridictionnelle, pour les raisons évoquées ci-dessus.

## II- Territorialité des relations collectives de travail

### 2.1 - Fondements du principe de territorialité

Comme en matière de relations individuelles de travail, le principe de territorialité de la loi française n'est pas expressément consacré par le Code du travail qui indique uniquement que « *les dispositions du présent livre sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés [...]* »<sup>67</sup>. Ce principe de territorialité est consacré, en matière de relations collectives de travail, par la qualification de loi de police ainsi que par les règles de conflit instituées par les règlements et conventions européens et internationaux.

### 2.2 - Représentation du personnel

Le principe consacré tant par la jurisprudence administrative<sup>68</sup> que par la jurisprudence judiciaire<sup>69</sup> est que la loi française relative à la représentation des salariés s'applique en tant que loi de police au

---

<sup>67</sup> Article L. 2111-1 du Code du travail s'agissant par exemple du champ d'application de son livre premier relatif aux syndicats professionnels.

<sup>68</sup> Conseil d'État (Assemblée) 29 juin 1973 n°77982, Syndicat général du personnel de la Compagnie des Wagons-Lits s'agissant d'une société ayant son siège social en Belgique, soumise au droit belge et disposant d'un établissement en France.

<sup>69</sup> Cass. soc., 3 mars 1988, n° 86-60.507 imposant la désignation d'un délégué central d'entreprise dès lors que des agences de transports situées en France étaient rattachées à un siège social en Grande-Bretagne. Ainsi a-t-il été jugé que : « les lois relatives à la représentation du personnel et à la défense de leurs droits et intérêts sont des lois de police s'imposant à toutes les entreprises et organismes assimilés qui exercent leur activité en France et qui sont dès lors tenus de mettre en place les institutions qu'elles prévoient à tous les niveaux des secteurs de production situés sur le territoire national ».



sens de l'article 3 du Code civil<sup>70</sup>. Les lois de police, dont le respect incombe aussi bien aux sociétés françaises qu'aux sociétés étrangères opérant sur le territoire français, sont celles « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays »<sup>71</sup>.

Cette qualification opportune permet d'assurer à ces dispositions relatives à la représentation du personnel une application territoriale depuis une impulsion venue du Conseil d'État dans l'affaire Wagons-Lits<sup>72</sup>. Refusant de retenir la loi du siège social de la société, situé en Belgique, le Conseil d'État a décidé que la loi française imposant la mise en place du comité d'entreprise s'appliquait « à toute personne exerçant en France des activités d'employeur » et que « la circonstance qu'une entreprise employant en France plus de cinquante salariés a son siège social à l'étranger ne saurait la faire échapper à l'application de la législation sur les comités d'entreprise ». Ainsi, les salariés d'une société étrangère bénéficient en France des mêmes droits de représentation que les salariés de sociétés françaises, dans la mesure où ils ne sont pas « incompatibles avec la présence à l'étranger du siège social » et ce, quel que soit le mode d'organisation choisi (filiale, succursale, bureau, antenne) et quelle que soit l'institution représentative du personnel en cause<sup>73</sup>.

### 2.3 - Participation des salariés aux organes sociaux

La composition des organes sociaux relève exclusivement du domaine de la *lex societatis*<sup>74</sup>. Par conséquent, toute société immatriculée en France doit notamment se soumettre aux dispositions relatives à la participation des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance des sociétés anonymes telles qu'elles résultent de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi<sup>75</sup>.

### 2.4 - Convention collective

Le principe est que la convention collective de travail s'intègre au droit ou à la « loi » applicable depuis l'arrêt « Société Masson » de la Cour de cassation dans lequel il a été jugé que « l'application

---

<sup>70</sup> Article 3 du Code civil : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ».

<sup>71</sup> Rép. Dalloz, Dr. Int., 1969, V° Conflits de lois, n° 137 Selon le professeur Ph. Francescakis, ces « lois d'application immédiate » sont appliquées sans passer par l'intermédiaire des règles de conflit de lois classiques car elles mettent en cause l'organisation étatique et ne peuvent ainsi pas entrer en concurrence avec une quelconque loi étrangère (Francescakis, La théorie du renvoi et les conflits de système en droit international privé, Paris, Sirey, 1958, n° 7 et s).

<sup>72</sup> Voir note 17.

<sup>73</sup> Voir Cass. soc., 14 février 2001, n° 99-60.355 s'agissant d'une société de droit néerlandais employant sur le territoire français, à des fins de prospection commerciale, une trentaine d'auxiliaires salariés recrutés localement et rattachés à une antenne commune. L'organisation d'élections de délégués du personnel avait été refusée par la direction générale, laquelle avait été approuvée dans son attitude par le juge d'instance saisi au motif que cette société ne disposait en France d'aucun établissement.

<sup>74</sup> H. Synvet Rép. Dalloz, Dr. Int., 2004, V° Rattachement des sociétés à un ordre juridique, n° 107.

<sup>75</sup> Articles L. 225-27-1 et L. 225-79-2 du Code de commerce issus de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi modifiée par la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, puis par la loi Pacte du 22 mai 2019.



du droit français emporte celle des conventions collectives qui en font partie »<sup>76</sup>. La Cour de cassation a donné une portée bilatérale à cette formule, s'agissant de l'application de la « loi » étrangère<sup>77</sup>. La désignation de la convention collective applicable au contrat de travail résulte donc de la règle de conflit de lois propre au contrat de travail, issue de l'article 8 du Règlement *Rome I*.

## 2.5 - Responsabilité délictuelle du fait de grève ou de lock out

En matière de grève ou d'action collective, c'est encore la méthode conflictuelle qui prédomine. L'article 9 du Règlement *Rome II* sur la loi applicable aux obligations non contractuelles désigne, en cas de "dommages causés par une grève ou un lock-out en cours ou terminé [...] la loi du pays dans lequel cette grève ou ce lock-out est ou a été engagée" par dérogation à la règle classique de la loi du lieu du dommage (*lex loci damni*)<sup>78</sup>. En pratique, la loi du lieu où le conflit a été engagé correspondra au lieu où est exécuté le travail.

## 2.6 - Épargne salariale

Les principaux mécanismes d'épargne salariale, tels que la participation<sup>79</sup>, l'intéressement<sup>80</sup> et le plan d'épargne d'entreprise (PEE)<sup>81</sup> sont régis par le principe de territorialité. Ces mécanismes s'appliquent aux entreprises exerçant une activité en France, y compris aux succursales françaises des entreprises ayant leur siège social à l'étranger<sup>82</sup>, dès lors que les conditions de mise en place sont réunies<sup>83</sup>.

## 2.7 - Actionnariat salarié

Dans l'affaire *Royal Dutch*, la Cour de cassation a affirmé que les conditions dans lesquelles s'acquiert, se conserve et se perd la qualité d'actionnaire relèvent de la *lex societatis*, quel que soit

---

<sup>76</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 novembre 1991, n° 90-40.163 : un salarié d'une société de droit américain, filiale de l'éditeur français Masson, réclamait le paiement d'indemnités pour licenciement abusif prévues dans la convention collective française.

<sup>77</sup> Cass. Soc. 28 janvier 2015, n° 13-1431.

<sup>78</sup> UE, règl. (CE) n° 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), 11 juillet 2007, article 9. L'article 9 retient que ce principe vaut « sans préjudice de l'article 4, paragraphe 2 ». Aussi faut-il considérer, conformément à cet article 4-2, que « lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, la loi de ce pays s'applique ». Il faut enfin préciser que les parties peuvent éventuellement en cette matière choisir la loi applicable dans les conditions prévues par l'article 14 du Règlement *Rome II*, l'article 9 n'excluant pas son application en matière de grève et de lock-out.

<sup>79</sup> Article L. 3322-1 et s. du Code du travail et Rép. Cantegrit : Sén. 3 décembre 1987 p. 1900 n° 4371 à propos de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986, relative à la participation des salariés français expatriés.

<sup>80</sup> Article L. 3312-2 du Code du travail.

<sup>81</sup> Article L. 3331-1 du Code du travail et Guide de l'épargne salariale, Ministère du Travail, 2014.

<sup>82</sup> Cass. Soc. 8 février 2012, n° 10-28.526.

<sup>83</sup> Aux termes des articles L 3331-1 et L 3331-2 du Code du travail les entreprises sont tenues de constituer une réserve spéciale de participation dès lors qu'elles emploient habituellement cinquante salariés et plus pendant six mois et qu'elles réalisent un bénéfice imposable suffisant.



le pays de détention des titres<sup>84</sup>. Il en résulte que les dispositifs permettant à un salarié de devenir actionnaire de son entreprise, tels que l'attribution gratuite d'actions<sup>85</sup>, sont régis par la *lex societatis*. S'agissant de l'attribution gratuite d'actions, cet instrument bénéficie d'un régime fiscal et social de faveur aux termes duquel les gains retirés de cette attribution sont en partie exonérés de charges sociales sous réserve que le plan ayant présidé à leur attribution respecte les conditions édictées par le Code de commerce<sup>86</sup>. À ce titre, la réglementation française prévoit qu'une société immatriculée à l'étranger peut également attribuer des actions gratuitement à des salariés travaillant en France en application d'un plan étranger et bénéficiaire du régime fiscal et social de faveur, sous réserve de se conformer aux conditions du Code de commerce<sup>87</sup>. La compétence de la *lex societatis* s'étend également aux autres mécanismes d'actionnariat tels que les plans d'options de souscription ou d'achat d'actions<sup>88</sup> ou les augmentations de capital réservées aux salariés<sup>89</sup>, la *lex societatis* étant seule compétente pour régir l'émission d'actions nouvelles et les pouvoirs des différents organes sociaux dans la décision d'attribution<sup>90</sup>.

## 2.8 - Compétence juridictionnelle

Le *Règlement Bruxelles I bis* ne prévoit aucune disposition spécifique concernant les conflits collectifs ou encore les conflits portant notamment sur une convention collective. Pour autant, ces questions ne sont pas exclues du champ d'application matériel du texte<sup>91</sup>. Lorsque les dispositions spéciales propres aux relations individuelles de travail ne sont pas applicables, les dispositions générales ont vocation à s'appliquer. La Cour de cassation l'a rappelé en matière de validité d'un plan social, en donnant compétence, en cas de pluralité de défendeur, au tribunal du domicile<sup>92</sup> de l'un d'eux<sup>93</sup>. La Cour de justice l'a aussi rappelé s'agissant d'une action en responsabilité pour fait de grève en appliquant la règle générale prévue en matière de responsabilité, donnant compétence à la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit<sup>94</sup>.

---

<sup>84</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 octobre 1972, Bull. civ. I, n° 204.

<sup>85</sup> Article L. 225-197-1 et s. du Code de commerce.

<sup>86</sup> Articles L. 225-197-1 à L. 225-197-6 du Code de commerce prévoyant notamment le respect de délais d'acquisition et de conservation des titres attribués, le respect du volume des actions attribuées ne pouvant pas dépasser un pourcentage du capital social (10 % ou 30 % selon que l'attribution gratuite bénéficie ou non à l'ensemble des salariés).

<sup>87</sup> Articles L. 225-197-1 à L. 225-197-6 du Code de commerce et BOI-RSA-ES-20-20-10-20, 420 sur l'adaptation du plan étranger.

<sup>88</sup> Articles L. 225-177 à L. 225-197-6 du Code de commerce.

<sup>89</sup> Articles L. 3332-18 et s. du Code du travail.

<sup>90</sup> H. Synvet Rép. Dalloz, Dr. Int., 2004, V° Rattachement des sociétés à un ordre juridique, n° 169.

<sup>91</sup> Pataut, *Conflit de juridiction en droit du travail*, Juris-Cl. Droit international, Fasc. 573-20.

<sup>92</sup> Voir note 15.

<sup>93</sup> Cass. soc., 23 septembre 2008, n° 07-15.283 : en cas de licenciement économique mis en œuvre par une société française, le mandataire liquidateur qui assigne le comité d'entreprise qui avait contesté le plan de sauvegarde de l'emploi, est fondé à assigner ce comité et d'autres sociétés du groupe domiciliées dans un autre État membre devant la juridiction du domicile du comité pour faire juger que le plan est valable.

<sup>94</sup> La Cour de justice a appliqué sans hésitation la règle générale applicable en matière de responsabilité délictuelle à propos d'une action en responsabilité pour fait de grève (CJCE, 5 février 2004, aff. C-18/02, DFDS Torline). "Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite dans un autre État membre : en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risquer de se produire" (UE, règl. (CE) n° 1215/2012, 12 décembre 2012, article 7.2).



## En conclusion

- L'adoption du système d'incorporation en droit français serait en principe sans incidence sur les dispositions régissant la mise en place et le fonctionnement des instances représentatives du personnel eu égard à la qualification de lois de police dont elles font l'objet. Cependant, la solution serait sans doute différente si les règles régissant la représentation du personnel, en ce qu'elles ont trait à l'organisation et au fonctionnement de la société, étaient incluses dans le domaine de la *lex societatis* par la jurisprudence ou par la loi. Les sociétés dont le siège social est situé à l'étranger et disposant d'une activité en France pourraient alors potentiellement exciper de leur extranéité pour échapper aux obligations imposées en matière de représentation du personnel, du moins en matière de représentation du personnel au sein des organes sociaux<sup>95</sup>.
- L'abandon du critère du siège réel serait également sans effet sur les dispositions relatives à l'épargne salariale, qui sont d'application territoriale. Une société immatriculée en France sera contrainte de se soumettre à ces dispositions.
- S'agissant des conventions collectives et des conflits collectifs, les critères de rattachement prévus par les règles de conflit issues des règlements européens *Rome I* et *Rome II* sont totalement indépendants de la notion de siège social, que celui-ci soit statutaire ou réel, comme critère de rattachement aux sociétés commerciales. L'abandon du critère du siège réel serait donc sans effet sur la loi applicable aux relations collectives de travail.
- Par ailleurs, l'adoption du système d'incorporation n'aurait aucune incidence au regard des règles de compétence juridictionnelle.
- La composition des organes sociaux et les mécanismes d'actionnariat salariés relèvent exclusivement du domaine de la *lex societatis*. Par conséquent, une société étrangère qui décide de s'immatriculer en France devra nécessairement se soumettre aux dispositions relatives à la participation des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance des sociétés anonymes. Le régime de sécurité sociale de faveur applicable à certains instruments d'actionnariat salarié, tels que les attributions d'actions gratuites relève quant à lui à la fois du principe de territorialité de la prestation de travail comme condition de l'application du régime de sécurité sociale français et de la *lex societatis* s'agissant de la qualification du plan d'attribution.

---

<sup>95</sup> Articles L. 2312-72 et s. du Code du travail.





## III- Territorialité du régime de sécurité sociale

### 3.1 - Droit interne

Comme en droit du travail, le régime de sécurité sociale présente un caractère territorial. La Cour de cassation considère que la sécurité sociale française régit impérativement les situations qui relèvent du territoire national et ne régit pas les situations qui lui sont extérieures<sup>96</sup>. Toute personne qui développe une activité sur le territoire français doit être affiliée à la sécurité sociale et payer les cotisations afférant à son activité<sup>97</sup>.

### 3.2 - Conventions bilatérales internationales

De même, les conventions internationales posent, en général, le principe selon lequel la loi applicable est celle du lieu d'activité (*lex loci laboris*). À titre d'exemple, l'Accord de sécurité sociale entre la France et les États-Unis prévoit notamment qu' « une personne occupée sur le territoire de l'un des États contractants est, en ce qui concerne cet emploi, soumise uniquement à la législation de cet État contractant », et ce même si « le siège de l'employeur de cette personne se trouve sur le territoire de l'autre État contractant »<sup>98</sup>.

### 3.3 - Droit européen

En droit européen, le Règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale<sup>99</sup> pose un double principe : d'une part, celui de l'unicité de la législation applicable - chaque intéressé n'est soumis à la loi que d'un seul État membre - et, d'autre part, que cette loi est en principe la *lex loci laboris*<sup>100</sup> - la loi de l'État d'emploi, par opposition à la loi de l'État de résidence. Cependant, ce règlement prévoit des règles spécifiques s'agissant de l'exercice d'une activité salariée sur le territoire de différents États-membres ou en cas de détachement.

*Activité salariée sur le territoire de différents États-membres.* Le principe est celui de la loi de l'État membre de résidence si le travailleur exerce une partie substantielle de son activité dans cet État membre<sup>101</sup>. Si le travailleur n'exerce pas une partie substantielle de son activité dans son État

---

<sup>96</sup> Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 19 janvier 1956, *Dr. soc.* 1956. 319 et Soc. 9 juillet 1992, n° 89-21.904.

<sup>97</sup> Article L. 311-2 du Code de la sécurité sociale.

<sup>98</sup> Accord de sécurité sociale entre la France et les États-Unis du 2 mars 1987, article 5.

<sup>99</sup> Le règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale a succédé au règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté.

<sup>100</sup> L'article 11, § 3 a) du règlement n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale énonce que « la personne qui exerce une activité salariée ou non salariée dans un État membre est soumise à la législation de cet État membre ».

<sup>101</sup> Si, lors d'une évaluation globale, il ressort qu'au moins 25 % du temps de travail est exercé dans l'État membre de résidence et/ou qu'au moins 25 % de la rémunération est gagnée dans l'État membre de résidence, ceci est un indicateur qu'une partie substantielle de toutes les activités du travailleur est exercée dans cet État membre (règl. (CE) n° 883/2004, articles 13 et 14).





membre de résidence, le règlement préconise de se référer à la législation de l'État dans lequel la (les) entreprise(s) a son (ont leur) siège social ou d'exploitation, s'il s'agit d'un seul et même État ou que l'une des entreprises est située dans l'État membre de résidence. Dans le cas contraire, le droit de l'Union propose de revenir à la législation de l'État membre de résidence.

*Détachement.* Une dérogation au principe *lex loci laboris* est prévue pour le salarié travaillant habituellement dans un État membre et qui est temporairement détaché par son employeur sur le territoire d'un autre État membre afin d'y effectuer un travail pour le compte de celui-ci, pour une durée qui n'excède pas vingt-quatre mois. Dans ce cas, le salarié détaché demeure soumis à la loi de sécurité sociale du lieu d'établissement de l'employeur<sup>102</sup>.

### 3.4 - Compétence juridictionnelle

La sécurité sociale est explicitement exclue du champ d'application du *Règlement Bruxelles I bis*<sup>103</sup> consacrant ainsi la compétence exclusive des juridictions de l'État dont la législation est en cause. En droit interne de la sécurité sociale, en cas de différend portant sur des questions relatives à l'affiliation et aux cotisations des travailleurs salariés, le tribunal judiciaire territorialement compétent est celui dans le ressort duquel demeure le demandeur, indépendamment du lieu du siège de la société employeur<sup>104</sup>.

### En conclusion

- Lorsque des salariés exercent habituellement leur activité en France, la loi française est désignée par le truchement de la règle de conflit prévue par le Règlement n° 883/2004 précité en droit européen et par les conventions internationales – sous réserve des cas de mobilité internationale.
- L'abandon du critère du siège réel au profit du siège statutaire serait donc sans incidence sur les règles régissant le régime de sécurité sociale, mais aussi sur les règles de compétence juridictionnelle.

---

<sup>102</sup> UE règl. (CE) n° 883/2004, du 29 avril 2004, article 12, § 1.

<sup>103</sup> UE, règl. (CE) n° 1215/2012, 12 décembre 2012, article 1.2, c).

<sup>104</sup> Article R.142-10 du Code de la sécurité sociale.



## **ANNEXE 5**

### *Note droit des marchés financiers*



## NOTE DROIT DES MARCHÉS FINANCIERS

Par Antoine Bonnasse, Avocat à la Cour, BDGS

1. Pour déterminer l'application de la loi française aux sociétés commerciales, le droit positif retient une présomption simple en faveur du siège statutaire, le siège réel n'étant opposable aux tiers qu'en cas de fictivité ou de fraude<sup>105</sup>.
2. Ainsi, et conformément à l'article L. 210-3 du Code de commerce, si le siège de la société tel qu'inscrit dans les statuts est situé « *en territoire français* », alors la société sera soumise à la loi française (*lex societatis*).
3. Le fait d'adopter, en droit français, la règle de l'incorporation reviendrait à prendre en considération le critère du siège social tel qu'il est désigné dans les statuts, correspondant au lieu d'accomplissement des formalités d'immatriculation, comme seul critère de rattachement des sociétés à la loi française.
4. Le siège social, au même titre que le lieu de cotation, constitue un des critères utilisés pour la désignation de la loi applicable pour certains aspects de la réglementation boursière, en particulier pour la réglementation relative aux offres publiques.
5. La présente note a pour objet d'étudier l'impact d'une adoption de la « *théorie de l'incorporation* » sur la réglementation boursière applicable aux offres publiques (I), aux règles de transparence des sociétés cotées (II), aux prospectus (III) et aux abus de marché (IV).

### I- L'application territoriale des règles relatives aux offres publiques

#### 1.1 - Directive OPA

6. La réglementation des offres publiques au niveau européen est issue de la directive OPA du 21 avril 2004<sup>106</sup>, qui fixe un cadre général pour les offres publiques et permet de déterminer l'autorité compétente pour le contrôle de l'offre et le droit applicable à l'offre.

---

<sup>105</sup> Art. L.210-3 du Code de commerce : « Les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française.

Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si son siège réel est situé en un autre lieu. »

Article 1837 du Code civil : « Toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française.

Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu. »

<sup>106</sup> Directive 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition.



7. À cet effet, la directive OPA utilise un double critère : le « *siège social* » de la société visée et les marchés sur lesquels les titres de cette société sont admis à la négociation. Ainsi, elle prévoit que<sup>107</sup> :

- « *l'autorité compétente est celle de l'État membre dans lequel la société visée a son siège social, lorsque les titres de cette société sont admis à la négociation sur un marché réglementé de cet État membre* » ;

- à défaut, « *si les titres de la société visée ne sont pas admis à la négociation sur un marché réglementé de l'État membre dans lequel cette société a son siège social, l'autorité compétente pour le contrôle de l'offre est celle de l'État membre sur le marché réglementé duquel les titres de la société sont admis à la négociation* » ;

- en cas de multi-cotations, la directive OPA prévoit d'autres règles de détermination de l'autorité compétente, toujours en fonction du lieu du « *siège social* » et des marchés sur lesquels la société visée par l'offre est cotée.

8. La notion de « *siège social* » n'étant pas définie dans la directive OPA, on pourrait considérer qu'elle renvoie à la notion de siège social telle que définie par chacun des États membres, faute d'une définition par un texte ou la jurisprudence de l'Union européenne, l'article 54 du TFUE<sup>108</sup> mettant sur le même pied le siège statutaire, l'administration centrale et le principal établissement d'une société<sup>109</sup>.

9. Il nous semble néanmoins, comme la majorité de la doctrine, que ce terme doit être compris comme une référence au siège statutaire dans la mesure où :

- sauf renvoi au droit national, les notions juridiques utilisées en droit de l'Union européenne doivent être interprétées de façon uniforme par l'ensemble des États membres<sup>110</sup>, et ce d'autant plus que l'objectif de la directive OPA est de coordonner les règles applicables aux offres publiques au sein de l'Union européenne. Le terme « *siège social* » utilisé par la version française de la directive OPA devrait donc être interprété à la lumière de la version anglaise, qui fait référence au « *registered office* » ;

- Une telle interprétation serait cohérente avec les autres directives et règlements applicables en matière boursière, en particulier la directive transparence et le règlement prospectus, qui se réfèrent au siège statutaire<sup>111</sup> (cf. sections 2.1 et III ci-dessous).

---

<sup>107</sup> Directive OPA, art. 4.2. Par exception, lorsque la société n'est pas cotée dans l'État membre dans lequel elle a son siège social, l'autorité compétente et la loi applicable à certaines questions, notamment concernant les dérogations à l'obligation de déposer une offre, sont déterminés uniquement en fonction du « *siège social* » de la société visée.

<sup>108</sup> Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne.

<sup>109</sup> Affaire C-106/16 25 octobre 2017, Polbud - Wykonawstwo.

<sup>110</sup> Arrêt du 1<sup>er</sup> février 1972, Hagen OHG / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel (49-71, Rec. p. 00023) ; Arrêt du 1<sup>er</sup> février 1972, Wünsche / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel (50-71, Rec. p.00053).

<sup>111</sup> Journal des tribunaux Luxembourg 2009, Siège social et secteur réglementé, Philippe Hoss ; The Rules on Conflict of Laws in the European Takeover Directive, Mathias M. Stems ; Loi n° 2006-387 du 37 mars 2006 relative aux offres publiques d'acquisition : des « options » françaises, Alain Pietrancosta.



10. La directive OPA a été transposée en droit français à l'article L.433-1 du Code monétaire et financier qui prévoit que sont soumis aux dispositions du Règlement général de l'AMF, et donc à la loi française et au contrôle de l'AMF :

- les offres visant les titres émis par une société « *dont le siège social est établi en France* » et qui sont admis aux négociations sur un marché réglementé français ;

- les offres visant les titres émis par une société « *dont le siège statutaire est établi sur le territoire* » d'un État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'EEE et qui (i) ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé de l'État sur le territoire duquel la société a son siège statutaire et (ii) ont été admis aux négociations sur un marché réglementé d'un État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'EEE pour la première fois en France, étant précisé qu'en cas de multi-cotations simultanées, l'autorité compétente est choisie par la société visée par l'offre ;

- dans les conditions fixées par le Règlement général de l'AMF – qui exclut les OPO et les OPR dans ce cas de figure<sup>112</sup> – aux offres visant des titres émis par une société « *dont le siège statutaire est situé hors* » d'un État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'EEE et qui sont admis aux négociations sur un marché réglementé français.

11. La réglementation française des offres publiques fait donc référence à deux notions distinctes selon que la société visée est française ou étrangère : le critère utilisé pour les sociétés françaises est le « *siège social* » alors que pour les sociétés étrangères, c'est le « *siège statutaire* ».

12. Alors que la référence à la notion de « *siège statutaire* » ne prête pas à débat, on peut s'interroger sur celle de « *siège social* ».

13. En principe, les dispositions nationales issues d'une directive doivent être interprétées dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive, pour atteindre le résultat visé par celle-ci.

14. Dans la mesure où, comme indiqué ci-dessus (cf. section 1.1), il nous semble que la notion de « *siège social* » mentionnée par la directive OPA doit être interprétée comme une référence au siège statutaire, le terme « *siège social* » utilisé par l'article L. 433-1 du Code monétaire et financier devrait également être considéré comme une référence au siège statutaire.

15. Une telle interprétation n'est d'ailleurs pas incompatible avec les autres dispositions du droit français applicables au siège social : en effet, en droit français, le terme « *siège social* » renvoie en principe au siège du lieu d'immatriculation de la société, l'article L. 210-3 du Code de commerce ne permettant de prendre en compte le siège réel qu'en cas de fictivité ou de fraude.

---

<sup>112</sup>Art. 231-1 du Règlement général de l'AMF.



16. Enfin, il nous semble en tout état de cause qu'à l'inverse, une interprétation du terme « *siège social* » utilisé par l'article L.433-1 du Code monétaire et financier à la lumière des dispositions du droit français, et donc de l'article L.210-3 du Code de commerce, aurait une portée pratique très limitée et pourrait créer des situations de conflit de loi et de compétence d'autorité dans l'hypothèse d'offres publiques visant une société dont le siège statutaire et le siège réel seraient dissociés :

- elle pourrait ainsi avoir pour conséquence de faire échapper à la loi française et à la compétence de l'AMF une offre publique sur une société cotée à la fois en France et dans un autre État membre mais qui aurait son siège statutaire en France et son siège réel dans cet autre État membre, sans par ailleurs que la loi de l'autre État membre soit applicable, si cet État membre fait prévaloir le siège statutaire sur le siège réel ;

- dans la situation inverse, d'une offre publique sur une société cotée dans deux États membres mais qui aurait son siège statutaire dans l'État membre étranger et son siège réel en France, il ne semble en revanche pas possible de soutenir l'application de la loi française et la compétence de l'AMF en application de l'article L. 433-1 I du Code monétaire et financier : en effet, une telle interprétation serait en contradiction avec l'article L. 433-1 II du Code monétaire et financier qui ne prévoit l'application de la loi française et la compétence de l'AMF en cas de siège statutaire à l'étranger que pour autant que les titres de la société ne sont pas négociés sur le territoire dans lequel elle a son siège statutaire. Ce constat pourrait d'ailleurs conduire à écarter cette dernière interprétation, en raison de la nécessaire cohérence entre le I et le II de l'article L. 433-1 du Code monétaire et financier.

17. L'adoption de la théorie de l'incorporation en droit français permettrait donc tout au plus de clarifier le champ d'application de loi française et de compétence de l'AMF, sur la base du seul siège statutaire.

18. S'agissant des offres publiques obligatoires et des offres publiques de retrait, les articles L. 433-3 et L. 433-4 du Code monétaire et financier prévoient que l'AMF est compétente en cas respectivement d'offre publique obligatoire ou d'offre publique de retrait sur une société dont le « *siège social* » est établi en France et dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé d'un État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'EEE.

19. Là encore, il nous semble que cette notion doit être interprétée à la lumière de la directive OPA, c'est-à-dire comme une référence au siège statutaire, et ce d'autant plus qu'une interprétation inverse pourrait conduire à des conflits de loi, a contrario de l'objectif de la directive.

20. En effet, le fait de considérer que la notion de « *siège social* » visée par les articles L.433-3 et L.433-4 du Code monétaire et financier renvoie à l'article L.210-3 du Code de commerce, qui peut inclure la prise en compte du siège réel, pourrait être source d'une grande complexité et confusion :

- dans l'hypothèse d'une société cotée en France qui aurait son siège statutaire en France et son siège réel à l'étranger, serait-il possible que des tiers prétendent que les règles sur les offres publiques obligatoires et celles sur l'offre publique de retrait devraient être celles du droit étranger ?



- À l'inverse, dans le cas d'une société cotée à l'étranger et ayant son siège statutaire à l'étranger mais son siège réel en France, serait-il possible d'appliquer les règles françaises ?

21. En outre, il semble très difficile d'appliquer les règles sur les offres publiques obligatoires ou sur les offres publiques de retrait d'un droit différent de celui du lieu d'immatriculation, qui gouverne le fonctionnement de la société.

22. Là-encore la modification envisagée de la notion de siège social ne devrait pas avoir de conséquence significative du point de vue des offres publiques obligatoires ou de retrait, sauf à apporter une clarification qui semble plutôt bienvenue.

## II- L'application territoriale des règles relatives à la transparence des sociétés cotées

### 2.1 - Directive transparence

23. La directive transparence<sup>113</sup> qui harmonise les exigences concernant la divulgation d'informations périodiques et continues sur les sociétés cotées sur un marché d'un État membre de l'Union européenne prévoit qu'en matière de divulgation d'informations périodiques et continues, la loi applicable et l'autorité compétente sont en principe celles de l'État membre d'origine, notion définie par la directive principalement en fonction du siège statutaire de la société.

24. Ainsi, s'agissant en particulier des obligations d'établissement de rapports financiers annuels ou semestriels ou de franchissements de seuil, la loi applicable et l'autorité compétente sont celles de l'État membre dans lequel la société cotée a son siège statutaire<sup>114</sup>.

### 2.2 - Règlementation française

25. En droit interne, l'obligation de publier un rapport annuel et semestriel est prévue à l'article L. 451-1-2 du Code monétaire et financier qui vise :

- « Les émetteurs français dont des titres [...] sont admis aux négociations sur un marché réglementé d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen » ;

- « Les émetteurs dont le siège est établi hors de France dont des titres [...] sont admis aux négociations sur un marché réglementé français » ;

---

<sup>113</sup> Directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs sont admises à la négociation sur un marché réglementé.

<sup>114</sup> Directive transparence, art. 4, 5, 9 et 19.





- « *Les émetteurs dont le siège est établi hors de l'Espace économique européen dont des titres [...] sont admis aux négociations sur un marché réglementé français* ».

26. Dans la mesure où cet article oppose d'une part les « *émetteurs français* » et d'autre part les « *émetteurs dont le siège est établi hors de France* », il nous semble que la notion d'« *émetteur français* » doit s'entendre comme d'une société dont le siège social est établi en France<sup>115</sup>.

27. S'agissant des obligations en matière de franchissement de seuil et de déclaration d'intention, l'article L. 233-7 du Code de commerce vise les sociétés cotées dans un État partie à l'accord sur l'EEE et ayant leur « *siège sur le territoire de la République* ».

28. La question se pose donc de savoir si le siège social à prendre en compte pour les besoins des articles L. 451-1-2 du Code monétaire et financier et L. 233-7 du Code de commerce est le siège statutaire, conformément à la directive transparence, ou s'il convient d'appliquer les dispositions de l'article L. 210-3 du Code de commerce.

29. Dans la mesure où la directive vise expressément le siège statutaire, il nous semble que ces textes doivent être interprétés comme visant le siège statutaire, et qu'en conséquence, l'interprétation selon laquelle le terme « *siège* » visé par ces textes renvoie aux dispositions de l'article L.210-3 du Code de commerce doit être écartée.

30. L'adoption de la théorie de l'incorporation permettrait donc de clarifier ce point et ne modifierait pas le droit positif.

### III- L'application territoriale des règles relatives à la réglementation prospectus

31. La réglementation relative à l'établissement, à l'approbation et à la diffusion du prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation sur un marché réglementé situé ou opérant sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne est prévue par le règlement prospectus<sup>116</sup>, depuis son entrée en vigueur le 21 juillet 2019.

---

<sup>115</sup> En ce sens, *Jurisque Banque – Crédit – Bourse, Marchés d'instruments financiers en droit international – Statut légal et règles de fonctionnement des marchés d'instruments financiers – Conflits d'autorités et conflits de lois*, Jean Stoufflet.

<sup>116</sup> Règlement (UE) 2017/1129 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeur mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation sur un marché réglementé.



32. Ce règlement prévoit que l'autorité compétente pour approuver le prospectus est celle de l'État membre d'origine, notion définie dans le règlement prospectus selon le type de valeur mobilière concernée, soit exclusivement en fonction du siège statutaire de l'émetteur – ce qui est notamment le cas pour les titres de capital et pour les titres de créance d'une valeur nominale inférieure à mille euros, soit au choix de l'émetteur, de l'offreur ou de la personne qui sollicite l'admission, en fonction du siège statutaire de l'émetteur ou du marché sur lequel les titres sont admis aux négociations ou offerts au public<sup>117</sup>.

33. L'adoption de la « *théorie de l'incorporation* » en droit français n'aurait donc pas d'incidence sur la compétence de l'AMF en matière d'approbation de prospectus, la réglementation retenant d'ores et déjà le critère du siège statutaire de l'émetteur.

## IV- L'application territoriale des règles relatives aux abus de marché

34. La réglementation relative aux abus de marché a été harmonisée au niveau européen avec l'entrée en vigueur du règlement abus de marché le 3 juillet 2016<sup>118</sup>.

35. Dans le cadre de ce règlement, le critère du siège social ne constitue pas un facteur permettant de déterminer l'autorité compétente. Le règlement abus de marché prévoit en effet que l'autorité compétente de chaque État membre veille à l'application des dispositions du règlement abus de marché « *sur son territoire, en ce qui concerne l'ensemble des actions réalisées sur son territoire, et les actions réalisées à l'étranger en se rapportant à des instruments admis à la négociation sur un marché réglementé*<sup>119</sup> ».

36. Ainsi, en droit interne, l'article L.621-15 du Code monétaire et financier prévoit que l'AMF est compétente lorsque (i) le manquement concerne un instrument financier admis sur un marché d'instrument français, et ce quel que soit le lieu de commission du manquement, que celui-ci soit en France ou à l'étranger, et (ii) le manquement concerne un instrument financier admis aux négociations sur un marché réglementé d'un autre État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'EEE et que le manquement a été commis en France.

37. En conséquence, l'adoption de la théorie de l'incorporation en droit français n'aurait pas d'incidence sur la compétence de l'AMF en matière d'abus de marché, la réglementation retenant les critères du territoire sur lesquels le manquement a eu lieu et du marché concerné par le manquement.

---

<sup>117</sup> Règlement prospectus, art. 1 m).

<sup>118</sup> Règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché.

<sup>119</sup> Règlement abus de marché, art. 22



## **En conclusion**

38. L'abandon du critère du siège réel au profit du seul siège statutaire et de la théorie de l'incorporation en droit français ne paraît avoir que des conséquences très limitées au regard de la réglementation boursière.

39. Elle permettrait de clarifier le champ d'application de la loi française et de compétence de l'AMF en matière d'offres publiques, dans la mesure où la directive OPA et le droit interne français ne sont pas totalement clairs sur le fait que les règles de compétence s'attachent au seul siège statutaire.

40. S'agissant de la réglementation relative à la communication d'informations périodiques et continues et la réglementation prospectus et abus de marché, l'adoption du critère du seul siège statutaire n'aurait aucune conséquence puisque dans le premier cas le siège statutaire est déjà la règle, et dans le second cas, cette réglementation n'est pas fondée sur un critère de siège social.



## **ANNEXE 6**

### *Note réglementation des investissements étrangers*



## NOTE RÈGLEMENTATION DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS

Par Didier Martin, Avocat à la Cour, Bredin Prat

### **Incidences de l'adoption de la théorie du siège statutaire sur le contrôle des investissements étrangers en France**

D'une façon générale, les sociétés dont le siège statutaire est situé en France sont soumises à la loi française. Le siège statutaire d'une société est présumé être son siège réel, c'est-à-dire le lieu où est établie son administration centrale. Des réflexions sont en cours sur l'opportunité d'abandonner la théorie du siège réel comme critère de rattachement d'une société à la loi française, au profit de celle du siège statutaire (*incorporation*). Selon cette dernière théorie, qui est particulièrement répandue dans les pays de *Common Law*, la loi applicable à une société est celle du lieu où elle a été immatriculée.

Si une telle réforme était adoptée, une société pourrait décider d'établir son siège statutaire à l'étranger tout en conservant son centre de décision en France. Réciproquement, une société, dont le siège statutaire est situé sur le territoire d'un État étranger, aurait la faculté de le transférer en France, sans que ce transfert n'ait besoin d'être accompagné de celui de son centre de décision. La présente note a pour objet d'examiner les conséquences de l'adoption en droit français de la théorie du siège statutaire sur le contrôle des investissements étrangers en France.

Pour mémoire, la procédure d'autorisation préalable des investissements étrangers en France est régie par les articles L. 151-3 et suivants et R. 151-1 et suivants du Code monétaire et financier. Cette procédure, qui est aux mains du ministre chargé de l'économie, s'applique à certains investissements réalisés par des investisseurs étrangers dans des entités de droit français qui exercent des activités jugées sensibles<sup>120</sup>. La liste des investissements concernés est dressée à l'article R. 151-2. Elle comprend les opérations consistant à (i) acquérir le contrôle, au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce, d'une entité de droit français, (ii) acquérir tout ou partie d'une branche d'activité d'une entité de droit français et (iii) franchir, directement ou indirectement, seul ou de concert, le seuil de 25% de détention des droits de vote d'une entité de droit français<sup>121</sup>.

Pour mieux cerner les effets qu'aurait la réforme envisagée sur le contrôle des investissements étrangers en France, plusieurs cas de figure doivent être distingués<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> La liste de ces activités est fixée à l'article R. 151-3 du Code monétaire et financier.

<sup>121</sup> Seuls les investisseurs étrangers qui ne relèvent pas d'un État membre de l'Union européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu une convention administrative avec la France en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale sont concernés par les opérations de franchissement du seuil de 25% de détention des droits de vote d'une entité de droit français.

<sup>122</sup> Dans tous les cas de figure examinés, nous partons de l'hypothèse que les activités de l'entité faisant l'objet de l'investissement sont sensibles et relèvent de l'article R. 151-3 du Code monétaire et financier.



## I- Acquisition par un investisseur étranger des filiales françaises d'une entité de droit étranger

Examinons d'abord la situation d'une société de droit français qui transférerait son siège social à l'étranger, tout en continuant d'exercer ses activités par le biais de sociétés immatriculées en France. Cette situation serait comparable à celle d'une société de droit étranger détenant des filiales établies sur le territoire français.

En cas d'acquisition du contrôle de la holding par un investisseur étranger, le ministre chargé de l'économie demeurerait compétent pour autoriser l'opération en ce qu'elle vise les sociétés filiales françaises. L'article R. 151-2 s'applique en effet aux prises de contrôle qui présentent un caractère indirect<sup>123</sup>.

En revanche, dans l'hypothèse où un investisseur étranger franchirait le seuil de détention de 25% des droits de vote de la holding sans en acquérir le contrôle, la procédure d'autorisation préalable ne devrait pas être applicable<sup>124</sup>.

## II- Acquisition par un investisseur étranger des filiales ou branches d'activité étrangères d'une entité de droit français

Prenons ensuite le cas d'une société de droit étranger qui ferait le choix d'établir son siège social en France, tout en maintenant le lieu de ses activités à l'étranger. Ce cas serait traité comme celui d'une société de droit français, dont une partie des activités sont à l'étranger.

Les opérations par lesquelles un investisseur étranger acquerrait les activités à l'étranger de cette société (que ces activités soient exercées par des sociétés filiales ou de simples succursales) ne devraient pas entrer dans le champ de la procédure d'autorisation préalable. En effet, même si la lettre de l'article R. 151-2 n'est pas parfaitement claire sur ce point<sup>125</sup>, l'article L. 151-3 précise de

---

<sup>123</sup> L'article R. 151-2 fait explicitement référence à l'article L. 233-3 du Code de commerce. Cet article prévoit que « toute personne, physique ou morale, est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre : 1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ». Il ajoute qu'elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne ». Pour les besoins de l'application de ces dispositions, l'article L. 233-4 du Code de commerce énonce que « toute participation au capital même inférieure à 10 % détenue par une société contrôlée est considérée comme détenue indirectement par la société qui contrôle cette société ». En d'autres termes, au sens de cet article, une participation est réputée détenue indirectement par la ou les personnes qui contrôlent la société qui la détient directement.

<sup>124</sup> À défaut de contrôler la holding, l'investisseur étranger n'est réputé détenir aucune participation indirecte dans les filiales françaises.

<sup>125</sup> Le 2° de l'article R. 151-2 du Code monétaire et financier vise les opérations d'acquisition de « tout ou partie d'une branche d'activité d'une entité de droit français », sans préciser si seules les branches d'activité situées sur le territoire français sont concernées.



manière très nette que « sont soumis à autorisation préalable du ministre chargé de l'économie les investissements étrangers dans une activité en France qui, même à titre occasionnel, participe à l'exercice de l'autorité publique ou relève de l'un des domaines suivants : a) Activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale ; b) Activités de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives ». Autrement dit, seules les activités sensibles qui sont exercées sur le territoire français apparaissent soumises au contrôle des investissements étrangers<sup>126</sup>.

Admettre la thèse contraire reviendrait au demeurant à donner au ministre chargé de l'économie la possibilité d'exercer ses pouvoirs sur le territoire d'un État étranger, ce qui irait à l'encontre du principe d'indépendance et de souveraineté des États.

### III- Acquisition par un investisseur étranger d'une branche d'activité française d'une entité de droit étranger

La troisième situation est plus délicate à examiner. Elle concerne les sociétés de droit français qui décideraient de transférer leur siège social à l'étranger tout en conservant une succursale ou un établissement en France. Cette situation vise les branches d'activité françaises d'une entité de droit étranger.

La question se pose de savoir si de tels actifs seraient susceptibles d'être assimilés à des « entités de droit français » au sens de l'article R. 151-2 du Code monétaire et financier et de tomber, par suite, dans le champ de la procédure d'autorisation préalable si un investisseur étranger en faisait l'acquisition.

La notion d'« entité de droit français » est issue du décret n° 2019-1590 du 31 décembre 2019 relatif aux investissements étrangers en France. Elle a remplacé les termes « entreprise dont le siège social est établi en France », qui étaient utilisés auparavant. Cette notion ne correspond pas à une catégorie juridique connue<sup>127</sup>. Le terme « entité » ne fait pas non plus l'objet d'une définition précise dans les ouvrages de vocabulaire juridique<sup>128</sup>. Il est généralement utilisé pour désigner le sujet d'une obligation, sans préciser sa forme juridique.

---

<sup>126</sup> Le règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union confirme cette lecture. L'article 3 de ce règlement prévoit que : « 1. Conformément au présent règlement, les États membres peuvent maintenir, modifier ou adopter des mécanismes visant à filtrer les investissements directs étrangers sur leur territoire pour des motifs de sécurité ou d'ordre public ».

<sup>127</sup> On retrouve l'expression à l'article 85 de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires : « Les fonds et ressources économiques, au sens des articles 1<sup>er</sup> et 4 du règlement (CE) n° 1210/2003 du Conseil du 7 juillet 2003 concernant certaines restrictions spécifiques applicables aux relations économiques et financières avec l'Irak et abrogeant le règlement (CE) n° 2465/1996 du Conseil, des personnes physiques ou morales figurant sur la liste fixée par les annexes III et IV du règlement (CE) n° 1210/2003 du Conseil du 7 juillet 2003 précité, qui se trouvent sur le territoire français ou qui sont détenus par des entités de droit français sont, conformément au même règlement et en application des résolutions 1483 (2003) du Conseil de sécurité des Nations unies du 22 mai 2003 et 1956 (2010) du Conseil de sécurité des Nations unies du 15 décembre 2010, relatives à l'aide internationale à la reconstruction et au développement de l'Irak, transférés aux mécanismes successeurs du Fonds de développement pour l'Irak, dans les conditions fixées au présent article ».

<sup>128</sup> Selon le dictionnaire de l'Académie française, une entité est une « réalité caractérisée par un ensemble homogène de traits permettant à l'esprit de se la représenter comme un être ayant son individualité ».





Le choix de l'expression « *entité de droit français* » semble avoir été motivé par deux raisons. L'emploi du terme « *entité* » en lieu et place de celui d'« *entreprise* » correspond au souhait du Gouvernement d'élargir le champ du contrôle des investissements étrangers en France au plus grand nombre de structures possibles (sociétés, groupements, associations, fondations, coopératives, etc.). Les termes « *de droit français* » semblent, quant à eux, avoir été retenus pour éviter que le mécanisme de contrôle ne soit pas dépassé par un changement du critère de rattachement et ne donne lieu à des controverses sur ce qu'est un « *siège social* » au sens de la réglementation des investissements étrangers en France.

En première approche, la notion d'« *entité de droit français* » semble recouvrir l'ensemble des personnes morales soumises à la loi française, à l'exclusion des structures sans personnalité juridique<sup>129</sup>. Prise dans une acception plus extensive, cette notion pourrait englober à la fois les personnes morales et les succursales ou autres établissements dépourvus de personnalité juridique, qui obéissent au droit français. Ni la jurisprudence, ni la doctrine notamment administrative ne semblent avoir tranché la question.

Les incertitudes du droit positif en la matière constituent d'ailleurs sans doute l'une des raisons pour lesquelles le ministre chargé de l'économie conditionne certains investissements étrangers à l'obligation pour l'investisseur de maintenir sur le territoire français les activités sensibles en cause et à les rattacher à une société de droit français jouissant d'une personnalité morale et ayant son siège social en France. Ce type de condition figure en première place dans les lettres d'engagements qui assortissent les autorisations.

La logique des textes qui gouvernent le contrôle des investissements étrangers commanderait néanmoins de retenir une acceptation extensive de la notion d'« *entité de droit français* ». En effet, il serait absurde que les opérations par lesquelles un investisseur étranger acquiert indirectement le contrôle d'une filiale française d'une entité de droit étranger entrent dans le champ d'application de la procédure d'autorisation préalable et que celles visant indirectement les branches d'activité françaises d'une entité de droit étranger en soient exclues.

Cette lecture semble d'ailleurs conforme à l'esprit du règlement (UE) 2019/452, lequel retient une définition extrêmement large de la notion d'« *investissement direct étranger* ». Ces termes désignent ainsi « *un investissement de toute nature auquel procède un investisseur étranger et qui vise à établir ou à maintenir des relations durables et directes entre l'investisseur étranger et l'entrepreneur ou l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue d'exercer une activité économique dans un État membre, y compris les investissements permettant une participation effective à la gestion ou au contrôle d'une société exerçant une activité économique* »<sup>130</sup>. L'acquisition d'une participation dans une société ne constitue qu'une forme d'investissement parmi d'autres.

---

<sup>129</sup> La liste des pièces et informations devant figurer dans la demande d'autorisation va en ce sens. L'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté du 31 décembre 2019 relatif aux investissements étrangers en France prévoit que la demande doit comporter, en ce qui concerne « l'entité objet de l'investissement », la « Mention des : dénomination sociale, siège social et adresse des sites d'exploitation localisés en France, numéro SIREN et numéros de la nomenclature d'activités française ».

<sup>130</sup> Article 2 du règlement (UE) 2019/452.



À défaut d'application de la procédure d'autorisation préalable, les marges de manœuvre du ministre chargé de l'économie pour protéger les actifs français sensibles d'une société étrangère seraient réduites. Certes, si la société en question était établie dans un pays de l'Union européenne et faisait l'objet d'un investissement étranger, le ministre aurait la possibilité d'adresser des commentaires à l'État membre concerné. Organisée par le règlement (UE) 2019/452, cette procédure de coopération est applicable depuis le 11 octobre 2020. Elle présente néanmoins des limites. D'une part, les commentaires ne lient pas l'État membre ; ce dernier doit uniquement en « tenir compte »<sup>131</sup>. D'autre part, cette procédure ne s'applique pas aux investissements étrangers réalisés dans des États tiers à l'Union.

#### IV- Transfert à l'étranger du siège social d'une entité de droit français

La question se pose enfin de savoir si le transfert à l'étranger du siège social d'une entité de droit français est susceptible, en tant que tel, d'être soumis à l'autorisation préalable du ministre chargé de l'économie au titre du contrôle des investissements étrangers en France.

Le 1° de l'article R. 151-7 prévoit une dispense d'autorisation lorsque l'investissement est réalisé entre des entités appartenant toutes au même groupe, c'est-à-dire étant détenues à plus de 50% du capital ou des droits de vote, directement ou indirectement, par le même actionnaire<sup>132</sup>. Toutefois, cette dispense ne s'applique pas lorsque l'investissement a pour objet de « transférer à l'étranger tout ou partie d'une branche d'activité d'une des activités énumérées à l'article R. 151-3 ». Il pourrait être considéré que le transfert à l'étranger d'un siège social entre dans le champ de ces dernières dispositions, dans la mesure où il a pour effet de conférer à une entité de droit étranger les droits attachés à des actifs sensibles français.

La procédure d'autorisation préalable ne pourrait se justifier juridiquement que dans la mesure où, à l'occasion du transfert, la société serait dissoute et une nouvelle personne morale serait constituée à l'étranger.

Au-delà de ces aspects, le transfert à l'étranger du siège social d'une entité de droit français peut être de nature à remettre en cause les autorisations administratives dont elle est titulaire. En effet, l'établissement de l'entité en France ou dans un autre État de l'Union européenne peut être une

---

<sup>131</sup> Voir point 9 de l'article 6 et point 7 de l'article 7 du règlement (UE) 2019/452.

<sup>132</sup> D'autres dispenses sont prévues par cet article, notamment (i) lorsque l'investisseur franchit, directement ou indirectement, seul ou de concert, le seuil de 25 % de détention des droits de vote au capital d'une entité dont il a antérieurement acquis le contrôle en vertu d'une autorisation délivrée au titre du 1° de l'article R. 151-2 ou (ii) lorsque l'investisseur acquiert le contrôle, au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce, d'une entité dont il a antérieurement franchi directement ou indirectement, seul ou de concert, le seuil de détention de 25 % des droits de vote en vertu d'une autorisation délivrée au titre du 3° de l'article R. 151-2, sous réserve que cette acquisition ait fait l'objet d'une notification préalable au ministre chargé de l'économie.



condition de délivrance de certaines autorisations ou un paramètre pris en compte par les autorités qui les octroient. On retrouve ce type d'exigences dans des secteurs fortement réglementés comme celui des médias audiovisuels, de l'armement ou des services financiers. Le transfert d'un siège social à l'étranger doit alors être notifié aux autorités compétentes, afin qu'elles examinent si cette opération est de nature à remettre en cause l'autorisation délivrée.

## V- Qualification d'investisseur étranger

Si l'on se place du point de vue de l'investisseur et non plus de l'entité cible de l'investissement, la réforme envisagée emporterait les effets suivants.

Une société de droit français qui transférerait son siège social à l'étranger, tout en continuant d'exercer ses activités par le biais de sociétés immatriculées en France aurait le statut d'investisseur étranger<sup>14</sup>. Les investissements qu'elle réaliserait en France seraient susceptibles de tomber dans le champ de la procédure d'autorisation préalable, même s'ils étaient effectués par l'intermédiaire de filiales de droit français. Symétriquement, une société de droit étranger qui aurait établi son siège social en France tout en conservant ses activités à l'étranger ne devrait pas être assimilée à un investisseur étranger<sup>15</sup>.

En conclusion, l'adaptation de la théorie du siège statutaire en droit français n'impliquerait pas nécessairement un toilettage des dispositions du Code monétaire et financier. La plupart des situations décrites seraient « contrôlables » par le ministre chargé de l'économie, à la faveur dans certains cas d'une interprétation extensive des textes. Dans un souci de sécurité juridique, le règlement pourrait être modifié ou complété, à tout le moins une circulaire ou des lignes directrices pourraient être adoptées pour préciser l'interprétation à retenir.

---

<sup>14</sup> Aux termes de l'article R. 151-1 du Code monétaire et financier : « constitue un investisseur au sens du présent chapitre : 1° Toute personne physique de nationalité étrangère ; 2° Toute personne physique de nationalité française qui n'est pas domiciliée en France au sens de l'article 4 B du Code général des impôts ; 3° Toute entité de droit étranger ; 4° Toute entité de droit français contrôlée par une ou plusieurs personnes ou entités mentionnées au présent 1°, 2° ou 3° ».

<sup>15</sup> Les investissements réalisés par les filiales étrangères de cette société seraient néanmoins soumis au contrôle des investissements étrangers en France.



## **ANNEXE 7**

### *Note droit comparé*



## NOTE DE DROIT COMPARÉ

Par Aurélien Hamelle, Directeur juridique Société Total

L'affirmation du principe de liberté d'établissement des entreprises dans l'Union européenne (« UE ») par les traités<sup>1</sup> et la jurisprudence de la Cour de justice<sup>2</sup> a favorisé la constitution de sociétés étrangères et la mobilité transfrontalière des entreprises en Europe, même lorsque l'activité économique exercée dans l'État membre de constitution par l'entreprise en question est faible ou nulle. Les États continuent aujourd'hui néanmoins d'apporter des réponses juridiques différentes aux questions soulevées par des sociétés de droit étranger qui établissent des liens commerciaux spécifiques avec leur économie nationale, sur la base de la « *théorie de l'incorporation* » - qui rattache les règles applicables aux sociétés à la loi du lieu de constitution, indépendamment de l'intensité des liens commerciaux existants entre la société étrangère et l'État d'accueil - ou de la « *théorie du siège réel* » qui vise à identifier le territoire avec lequel la société entretient les liens les plus étroits.

L'objet du présent document est de présenter une synthèse de droit comparé sur la loi applicable aux sociétés commerciales dans les grandes places européennes en termes d'accueil de sièges sociaux (Allemagne, Irlande, Luxembourg, Pays-Bas et Royaume-Uni) et au Delaware. Seront successivement présentées (I) les règles de conflit de loi applicables aux sociétés dans chacune de ces juridictions, (II) le champ du droit applicable une fois défini et (III) les exclusions appliquées à une entreprise incorporée à l'étranger par la juridiction où elle est établie dans les cas impliquant des considérations d'ordre public.

### I- Détermination de la loi applicable

Bien que les systèmes juridiques n'adoptent généralement aucune des deux approches dans leur « *forme pure* », mais avec de nombreuses variantes, les principales caractéristiques de la théorie de l'incorporation et de la théorie du siège réel peuvent être facilement schématisées. La théorie de l'incorporation est construite sur un critère formaliste et fait référence au lieu d'incorporation, c'est-à-dire le pays en vertu des lois duquel la société est créée. Le facteur de connexion dans le cadre de la théorie du « *siège réel* » est intrinsèquement plus ambivalent et factuel. En premier lieu, il n'existe pas d'interprétation commune des contours précis de ce terme, notamment en ce qui concerne la question de savoir si le siège réel se réfère au lieu où se réunit la direction générale de la société et où sont prises les décisions stratégiques, ou si d'autres aspects de l'activité de la société - tels que le lieu où se situe le cœur de son activité et ses principales opérations - peuvent être pris en considération. En second lieu, même avec une définition bien établie, la détermination du « *lieu central* » de prise de décision de la société (*the company's place of central decision-making*) peut être malaisée, notamment dans les groupes de sociétés ou les sociétés ayant une structure décisionnelle décentralisée. Une complication supplémentaire découle du fait que les pays peuvent

---

<sup>1</sup> Arts. 49 et 54 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

<sup>2</sup> V. en ce sens les décisions C-212/97 *Centros Ltd v Ehrvervs- og Selskabstyrelsen*, 9 mars 1999 et C-208/00 *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, 5 novembre 2002.



ne pas appliquer la théorie de l'incorporation sous sa forme pure, mais prévoir des solutions intermédiaires qui combinent le lieu d'incorporation comme principal facteur de rattachement avec d'autres règles qui visent à empêcher les sociétés de faire usage du droit étranger si la plupart ou la totalité de leurs opérations commerciales sont situées sur le territoire du pays.

Il existe toujours aujourd'hui des différences importantes dans la façon dont le principal facteur de rattachement est formulé et dans le fait que les règles de conflit de lois contiennent des exceptions ou des facteurs de rattachement additionnels. Le tableau suivant rassemble des informations sur l'approche générale de chaque juridiction étudiée pour déterminer la *lex societatis* : la définition du principal facteur de rattachement utilisé par les États et les éventuelles exceptions à ce facteur de rattachement principal (« *facteurs de rattachement additionnels* »). Ces dernières sont généralement déclenchées par un lien effectif avec le territoire de l'État dans les cas où le siège social de la société est situé à l'étranger. À cela s'ajoute des exigences matérielles quant à la mention du siège social.

Juridiction	Principal facteur de rattachement	Facteurs de rattachement additionnels	Exigences matérielles liées au choix du siège social
Allemagne	UE : application de la théorie du siège réel. La loi applicable est celle du pays avec lequel la société entretient « <i>les liens les plus étroits</i> ». Hors UE : référence au « <i>centre d'administration</i> », défini comme « <i>le lieu où les décisions fondamentales de la direction sont mises en œuvre dans le cadre de la prise de décision quotidienne en matière de gestion</i> » <sup>3</sup> .	-	Depuis 2008, le siège social ne doit plus être nécessairement le lieu où se trouve l'administration centrale de la société. Une partie de la doctrine soutient qu'un abus de droit peut être qualifié s'il n'existe aucun lien entre l'activité de la société et le lieu du siège social.
Delaware	Application de la théorie de l'incorporation : la loi applicable est celle du lieu de constitution et d'enregistrement de la société.	-	-
Irlande	Application de la théorie de l'incorporation.	-	Aucun lien entre le siège social et l'administration centrale de la société n'est requis, mais la société doit exercer une activité en Irlande. Le siège social doit être un lieu physique en Irlande. Au moins un administrateur doit être résident d'un État membre de l'UE/EEE, à moins que la société ne soit cautionnée ou certifiée comme ayant un « <i>lien réel et continu</i> » avec l'activité économique en Irlande.

<sup>3</sup> BGHZ [Court Reporter of the German Federal Court of Justice] 97, 269, 272.





Luxembourg	Adhérence formelle à la théorie du « <i>siège réel</i> » défini comme « <i>le lieu de l'établissement principal</i> », déterminé en considération du lieu où les décisions les plus importantes de la société sont prises (généralement le lieu où les dirigeants et les actionnaires se réunissent). Est cependant établie la présomption simple selon laquelle les décisions les plus importantes sont prises où se trouve le siège statutaire.	-	La localisation du siège réel au Luxembourg est obligatoire. En pratique, cette exigence est considérée comme remplie lorsque les réunions du conseil d'administration ont lieu au Luxembourg, même si la gestion quotidienne est assurée depuis l'étranger. En outre, les réunions du conseil d'administration dématérialisées sont réputées avoir eu lieu au siège social de la société, ce qui dilue considérablement l'exigence relative au siège réel.
Pays-Bas	Application de la théorie de l'incorporation (référence au siège social statutaire de la société enregistrée).	Tout en suivant en principe la théorie de l'incorporation, les Pays-Bas prévoient des facteurs de rattachement subsidiaires qui incorporent certains éléments de la théorie du siège réel : est ainsi prévu le recours au siège statutaire ou au siège réel si l'enregistrement n'est pas une condition préalable à la constitution de la société ou si le siège statutaire ne peut être identifié pour d'autres raisons.	Il n'est pas nécessaire qu'il y ait un lien entre les activités de la société et son siège social. Le siège social doit être situé aux Pays-Bas, mais il ne doit pas nécessairement coïncider avec le siège réel de la société.
Royaume-Uni	Application de la théorie de l'incorporation (depuis <i>Dutch West India Co. v. Henriques Van Moses</i> (1724)).	-	Aucun lien entre le siège social et l'activité de la société n'est requis. Le siège social peut être une simple adresse postale au Royaume-Uni.

## II- Le champ de la *lex societatis*

Même en présence de règles de conflit harmonisées et de critères de rattachement alignés, les États peuvent attribuer un champ d'application différent à la *lex societatis*. Nous donnerons d'abord un aperçu du champ d'application de la *lex societatis* tel que défini par les statuts de droit international privé ou la jurisprudence des États (2.1), puis nous examinons plus en détail le cas des groupes des sociétés (2.2) et la question de savoir dans quelle mesure les questions de gouvernance interne de l'entreprise sont couvertes par la *lex societatis* (2.3).

### 2.1 - Champ général

Les États définissent les questions de droit des sociétés qui sont considérées comme relevant de la *lex societatis*. Ce domaine comprend généralement la constitution et la dissolution de la société,





la dénomination sociale, la capacité juridique, la structure du capital, les droits et obligations des membres et les questions de « *gouvernance interne* ». Ces questions de gouvernance interne comprennent la composition et les compétences des organes de la société, les obligations des dirigeants, la responsabilité potentielle des associés pour les dettes de la société, les règles de distribution et les conditions d'introduction d'une action sociale (*derivative action*). Cette énumération montre que, si la *lex societatis* se concentre sur les affaires internes de la société, il n'est pas possible de tracer une ligne de démarcation claire entre les affaires internes et externes<sup>4</sup>.

Nous n'identifions pas de différences substantielles dans la manière dont le champ d'application de la *lex societatis* est défini entre les États de la théorie de l'incorporation et les États adoptant la théorie du siège réel (ou les États qui, sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de justice, n'ont que récemment commencé à s'orienter vers le recours au siège social comme principal facteur de rattachement). Toutefois, étant donné que la jurisprudence traitant de ces questions est relativement rare, il est difficile d'évaluer si des différences de formulation et de technique législative et réglementaire ont une importance pratique.

Juridiction	Champ général	Sujets couverts par la <i>lex societatis</i> dans la relation entre les associés, les dirigeants et la société
Allemagne	Absence de définition légale ou jurisprudentielle. La doctrine suggère que la formation, la capacité juridique, les exigences relatives au capital social, la structure de gouvernance interne, et les droits, devoirs et responsabilités des dirigeants font partie de la <i>lex societatis</i> , des exigences d'information financière, très probablement aussi des règles de procédure sur l'annulation des décisions d'AG et les actions sociales.	La protection des tiers, qui s'appuie sur la validité des actes des organes de la société, suit les principes généraux de conflit de lois. Ainsi, il a été avancé que la partie qui conclut un contrat avec la société peut généralement se fonder sur le droit local pour affirmer que l'organe de la société a agi avec autorité, du moins si les personnes sont situées dans le même pays <sup>5</sup> .
Delaware	Section 121(b) du <i>Delaware's General Corporation Law</i> : "[e]very corporation shall be governed by the provisions and be subject to the restrictions and liabilities contained in this chapter". Le droit des sociétés du Delaware s'applique à toute société incorporée au Delaware.	-
Irlande	Constitution, dissolution et gouvernance interne ( <i>internal management</i> ).	-
Luxembourg	Pas de règles codifiées, mais la jurisprudence relève que les questions suivantes font partie de la <i>lex societatis</i> :	-

<sup>4</sup> Sur ces points, v. notamment S. Rammello, *Corporations in Private International Law*, Oxford University Press, 2001, p. 20-23.

<sup>5</sup> BGH NJW 1965, 487 (analogy to Art. 12 EGBGB).



	<ul style="list-style-type: none"> <li>- le fonctionnement de la société, y compris la définition des pouvoirs de ses dirigeants<sup>6</sup> ;</li> <li>- le pouvoir d'un directeur de conclure au nom de la société un contrat constitutif d'une sûreté<sup>7</sup> ;</li> <li>- le pouvoir d'un dirigeant d'agir au nom de la société dans le cadre d'une procédure judiciaire<sup>8</sup>.</li> </ul> <p>Pour les autres questions, on peut supposer que la jurisprudence française serait suivie.</p>	
Pays-Bas	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La <i>lex societatis</i> gouverne : (i) les conséquences de la personnalité juridique de la société ; (ii) l'organisation interne ; (iii) la compétence des organes ; (iv) la responsabilité des dirigeants envers la société ; (v) la responsabilité des associés et des dirigeants pour les actes engageant la société ; et (vi) la dissolution de la société<sup>9</sup>.</li> <li>- La liste n'est pas exhaustive ; il a été avancé qu'elle peut être étendue à la validité d'une convention de vote, au règlement des litiges<sup>10</sup>, à l'éviction des actionnaires et aux règles relatives aux comptes annuels (obligation d'établir les comptes, définition normes comptables applicables, nécessité ou non de contrôler les comptes<sup>11</sup>).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Procédure d'enquête : les sociétés étrangères ne sont pas soumises au régime défini par la <i>lex societatis</i><sup>12</sup>.</li> <li>- Vote par procuration : controverse sur la question de savoir si tous les aspects, y compris la relation entre l'actionnaire et le mandataire, font partie de la <i>lex societatis</i>, ou si cette dernière est contractuelle (d'où l'application de Rome I).</li> <li>- Exécution d'une créance contractuelles/délictuelle : Rome I/II s'applique.<sup>13</sup></li> <li>- Les règles de conflit de lois qui s'appliquent si des déclarations inexacts dans les comptes et rapports annuels causent un préjudice à des tiers ne sont pas claires.</li> </ul>
Royaume-Uni	<p>Existence et dissolution d'une société, sa capacité à effectuer des transactions, et toutes les questions concernant sa constitution (par exemple, constitution, dissolution, fusion, division, nomination des dirigeants, devoirs des dirigeants, actions dérivées intentées par les actionnaires).</p>	<p>Si une <i>lex societatis</i> étrangère donne aux salariés le droit de participer à la structure de l'entreprise, par exemple par le biais d'une représentation au sein des organes de l'entreprise, ces droits seront reconnus au Royaume-Uni.</p>

<sup>6</sup> Cour d'appel du Luxembourg, 22 novembre 1995, affaire n°16944 ; Cour d'appel du Luxembourg, 26 mai 2004, affaire n°27478.

<sup>7</sup> Cour d'appel du Luxembourg, 22 novembre 1995, affaire n°16944.

<sup>8</sup> Cour d'appel du Luxembourg, 26 mai 2004, affaire n°27478.

<sup>9</sup> Art. 10:119 du Code civil néerlandais.

<sup>10</sup> Art. 2:336-343 du Code civil néerlandais.

<sup>11</sup> Rb Rotterdam 21 mai 2008, JOR 2008/285 (Plaid Enterprises Inc.).

<sup>12</sup> Art. 2:344-359 du Code civil néerlandais. ; Hoge Raad 26 juin 2010, NJ 2010, 370, JOR 2010/226.

<sup>13</sup> V. Poot vs. ABP, Hoge Raad 2 décembre 1994, NJ 1995/288.



## 2.2 - Cas particulier des groupes de sociétés

Dans la majorité des États membres, il n'existe pas de règles de conflit de lois claires concernant les groupes de sociétés. C'est le cas, sans surprise, dans les États qui n'ont pas de droit de groupe codifié, mais cela vaut également pour les États qui ont adopté un tel droit (à l'image de l'Allemagne). Toutefois, il existe un consensus relativement large sur le fait que les sociétés de groupe doivent, en principe, être traitées comme des personnes morales distinctes en droit international privé, qui, par conséquent, sont régies par leur propre *lex societatis*. En outre, les mécanismes juridiques destinés à protéger les actionnaires minoritaires et les créanciers de l'entreprise contrôlée (c'est-à-dire généralement la filiale) tendent à être régis par la *lex societatis* de la filiale.

Juridiction	Applicabilité des dispositions relatives aux « questions de groupe » aux sociétés mères constituées à l'étranger ?	Applicabilité des dispositions relatives aux « questions de groupe » à une filiale constituée à l'étranger ?
Allemagne	Les mécanismes qui concernent exclusivement la position de la société mère, par exemple la question de savoir si l'AG de la société mère est tenue d'approuver un accord d'entreprise, sont régis par le droit applicable à la société mère.	Pour les mécanismes qui protègent les intérêts de la filiale, c'est le siège social de la filiale, et non celui de la société mère, qui constitue le facteur de rattachement pertinent.
Irlande	Les règles générales de conflit de lois s'appliquent.	Les règles générales de conflit de lois s'appliquent.
Luxembourg	Les règles générales de conflit de lois s'appliquent.	Les règles générales de conflit de lois s'appliquent.
Pays-Bas	- Généralement non, toutes les sociétés du groupe sont traitées comme des entités séparées. Une société néerlandaise est partiellement exemptée si la majorité des employés de la société mère travaillent en dehors des Pays-Bas <sup>14</sup> . - Procédure d'enquête : la possibilité d'engager une procédure d'enquête visant une filiale néerlandaise d'une société mère étrangère dépend des faits et des circonstances de l'affaire. <sup>15</sup>	La société mère néerlandaise est exemptée si elle se limite à la gestion d'entreprises dépendantes et si la majorité des employés du groupe travaillent en dehors des Pays-Bas <sup>16</sup> . Procédure d'enquête : l'enquête d'une société mère néerlandaise peut inclure l'évaluation de la politique des filiales, y compris des filiales étrangères, si l'enquêteur le juge utile. <sup>17</sup>
Royaume-Uni	Une société mère étrangère d'une filiale britannique peut être tenue responsable en vertu des principes du droit britannique si l'évènement en question lui est rattachable.	Non.

<sup>14</sup> Art. 2:155 du Code civil néerlandais.

<sup>15</sup> Hoge Raad 11 avril 2014, ECLI:NL:HR:2014:905 (Slotervaartziekenhuis).

<sup>16</sup> Art. 2:153(b), (c) 2:153(b), (c) du Code civil néerlandais.

<sup>17</sup> Hoge Raad 13 May 2005, NJ 2005, 298, JOR 2005/147, LJN AT2829.





### 2.3 - La question de la gouvernance interne de l'entreprise

Les questions de gouvernance interne sont généralement considérées comme faisant partie intégrante de la *lex societatis*, d'où l'importance de les définir. Tous les États ne fournissent pas une définition des « *questions de gouvernance interne* », mais on peut dire à titre de dénominateur commun qu'elles comprennent la composition et les pouvoirs des organes de la société, les devoirs et la responsabilité des dirigeants, et la relation entre l'assemblée générale et le(s) conseil(s) d'administration (ou équivalent).

Toutefois, les États peuvent décider de compléter les règles d'une *lex societatis* étrangère lorsque des intérêts de tiers ou des intérêts sociétaux plus larges sont en jeu, et la situation peut, par conséquent, être considérée comme allant au-delà des affaires purement internes de la société. Cela peut être le cas lorsque les représentants légaux de la société agissent au-delà de leurs pouvoirs, ce qui entraîne des conséquences juridiques qui peuvent être caractérisées conceptuellement comme relevant soit du droit des sociétés, soit du droit des contrats ; les dirigeants de sociétés constituées dans un autre État adoptent un comportement qui satisfait à certaines règles de responsabilité du droit des sociétés de l'État d'accueil ; ou l'État d'accueil considère la représentation des groupes de parties prenantes au conseil d'administration ou la diversité du conseil selon des critères prédéfinis comme essentielle pour la réalisation de certains objectifs sociaux. La question la plus controversée ici est l'extension de la portée de certaines dispositions du droit des sociétés du for en matière de responsabilité aux dirigeants de sociétés étrangères qui opèrent sur le territoire du for. À cet égard, on observe des différences substantielles entre les États développées *infra*.

Juridictions	Définition des questions de « <i>gouvernance interne</i> »	<i>Ultra vires</i> et dépassement de pouvoir	Responsabilité des dirigeants	Composition du CA (ou équivalent)
Allemagne	Composition du CA (ou équivalent), nomination et révocation des dirigeants, rôle et compétences du CA et des autres organes de la société et pouvoir des dirigeants d'agir au nom et pour le compte de la société.	La protection des tiers, qui s'appuie sur la validité des actes des organes de la société suit les principes généraux de conflit de lois. Ainsi, il a été avancé que la partie qui conclut un contrat avec la société peut généralement se fonder sur le droit local pour affirmer que l'organe de la société a agi avec autorité, du moins si les personnes sont situées dans le	Les dirigeants de sociétés étrangères ont été tenus pour responsables lorsqu'ils ont agi au nom de la société sans indiquer suffisamment clairement qu'une personne morale à responsabilité limitée devait être partie contractante (notamment en n'utilisant pas l'adjonction « <i>ltd.</i> » après la raison sociale) ; le droit allemand a été jugé applicable parce que la responsabilité n'était pas fondée sur la position du dirigeant en tant qu'organe de la société, mais sur la création de la fausse	Il est généralement admis que la cogestion des salariés fait partie de la <i>lex societatis</i> , mais certains commentateurs proposent de déterminer le droit applicable non pas en fonction du siège social, mais du siège réel, de qualifier le régime allemand de cogestion de dispositions impératives prépondérantes ou d'invoquer l'ordre public allemand (voir <i>infra</i> ). Les deux plus importants statuts de « <i>codétermination</i> » prévoient : - entreprises de plus de 2.000 salariés : les



		même pays. <sup>18</sup>	apparence juridique selon laquelle une personne à responsabilité illimitée serait partie au contrat (facteur de rattachement : le lieu où la fausse apparence juridique a été créée et a eu un effet sur les tiers).	salariés nomment la moitié des membres du conseil de surveillance ; le président, qui dispose d'une seconde voix en cas d'égalité des voix, est élu par les représentants des actionnaires ; - entreprises de plus de 500 (et de moins de 2000) salariés : les salariés nomment un tiers des membres du conseil de surveillance.
Delaware	Application de l' <i>internal affairs doctrine</i> : l'État où la société est incorporée a en principe seul le pouvoir d'encadrer les affaires internes d'une société – et notamment les relations entre la société, ses dirigeants et les associés.	La doctrine des affaires internes garantit que des questions propres aux relations entre la société et ses dirigeants et actionnaires sont toutes déterminées conformément au droit de l'État dans lequel la société est constituée. La jurisprudence n'admet que rarement des exceptions à cette doctrine très largement appliquée : par exemple, alors que le droit californien prévoit classiquement des dispositions impératives s'appliquant aux sociétés d'un autre État ayant un lien substantiel avec la Californie, la Cour suprême du Delaware affirme aujourd'hui que la loi du Delaware l'emporte sur une disposition (contraire) de la loi californienne pour les sociétés constituées en vertu de la loi du Delaware <sup>19</sup> : « <i>L'application de la doctrine des affaires intérieures est obligatoire en vertu de [ces] principes constitutionnels, sauf dans les situations les plus rares</i> ». En revanche, les « <i>affaires extérieures</i> » d'une société, telles que les questions de travail et d'emploi et les obligations fiscales, sont généralement régies par la loi de l'État dans lequel la société exerce ses activités. Certaines questions et activités, telles que les contrats, les fusions et acquisitions, et les cessions de titres à des tiers, peuvent être régies à la fois par les lois de l'État de constitution et par les lois de l'État dans lequel la transaction a lieu, et dans certains cas, par le droit fédéral également (par exemple, la loi américaine sur les valeurs mobilières et la loi <i>antitrust</i> ).		
Irlande	Aucune définition précise en vertu des règles de conflit de lois.	Aucune règle spéciale de conflit de lois n'est mentionnée.	Aucune règle spéciale de conflit de lois n'est mentionnée.	Pas de participation des salariés au niveau du conseil d'administration, pas de règles de conflit particulières.
Luxembourg	- Composition et pouvoirs des organes de la	Aucune règle spéciale de	Suivant la jurisprudence française, les tribunaux	Un tiers de la représentation des salariés est requis pour

<sup>18</sup> BGH NJW 1965, 487 (analogy to Art. 12 EGBGB [Introductory Act to the Civil code]).

<sup>19</sup> *VantagePoint v. Examen, Inc.*, 871 A. 2d 1108 (Delaware Supreme Court 2005) ; *McDermott Inc. v. Lewis*, Del.Supr., 531 A.2d 206, 217 (1987).



	<p>société, obligations des dirigeants découlant du droit des sociétés.</p> <p>- Les autres obligations contractuelles ou délictuelles sont régies par Rome I + II.</p>	<p>conflit de lois n'est mentionnée.</p>	<p>pourraient tenir les dirigeants de sociétés étrangères pour responsables d'abus de biens sociaux, mais aucune décision à ce jour.</p>	<p>les sociétés anonymes ayant au moins 1 000 salariés.</p>
Pays-Bas	<p>Définie comme « <i>les dispositions, la structure et l'organisation de la société</i> »<sup>20</sup>, elle couvre tous les organes de la société, <i>i.e.</i> l'assemblée générale des associés, le conseil d'administration et le conseil de surveillance (composition, nomination, révocation, quorum, convocation, validité des décisions, devoirs, compétences, etc.)</p>	<p>Chaque dirigeant a le pouvoir de représenter la société. Les limitations de pouvoir statutaires sont régies par la <i>lex societatis</i>.</p> <p>Si la limitation est inconnue dans le pays où la société a été représentée et que l'on ne pouvait pas s'attendre à ce que le tiers en ait connaissance, la société ne peut pas s'en prévaloir.</p> <p>La responsabilité des dirigeants agissant sans autorité est déterminée par les règles de conflit du droit de l'agence (qui conduiront très probablement à l'application de la <i>lex societatis</i>) ; la validité de l'acte juridique fait partie de la <i>lex societatis</i>.<sup>21</sup></p>	<p><u>Quatre cas :</u></p> <p>i) si une société étrangère assujettie à l'impôt sur les sociétés aux Pays-Bas devient insolvable, les règles néerlandaises sur la responsabilité des dirigeants s'appliquent ;</p> <p>ii) sociétés soumises à la loi sur les sociétés commerciales de droit étranger : les dirigeants sont responsables envers les tiers si les comptes ou les rapports financiers sont trompeurs ; les dirigeants « <i>de fait</i> » sont qualifiés de dirigeants s'ils accomplissent des « <i>actes d'administration</i> » ;</p> <p>iii) le comportement du dirigeant est négligent à l'égard des tiers (responsabilité pour acte délictueux - régie par Rome II) ;</p> <p>iv) s'il y a identification du dirigeant avec la société.</p>	<p>Pas de participation des salariés au niveau du conseil d'administration ; comité d'entreprise (uniquement dans les entreprises de plus de 50 salariés) : les règles de conflit applicables aux entreprises ne s'appliquent pas ; le droit néerlandais est toujours applicable à un comité d'entreprise situé aux Pays-Bas.</p>

<sup>20</sup> Kamerstukken II 2009/10, 32 137, nr. 3, p. 69.

<sup>21</sup> Hoge Raad 25 juin 2010, NJ 2010/370; JOR 2010/226 (e-Traction).



Royaume-Uni	Composition et pouvoirs des organes de la société, obligations des dirigeants découlant du droit des sociétés. Les autres obligations contractuelles ou délictuelles sont régies par Rome I + II.	Pas de doctrine d' <i>ultra vires</i> . Absence d'autorité : applicable aux sociétés constituées au RU, <i>i.e.</i> qu'elles opèrent dans le cadre de la <i>lex societatis</i> et s'appliquent nonobstant une <i>lex contractus</i> étrangère.	Aucune règle spéciale de conflit de lois n'est mentionnée.	Régie par la <i>lex societatis</i> , pas de disposition dérogatoire concernant la codétermination ou les quotas par sexe, pas de représentation des salariés selon le droit matériel.
-------------	--	---	--	---

## 2.4 - Les exclusions liées à l'ordre public

La notion d'ordre public, reconnue tant au niveau national qu'europpéen<sup>22</sup>, est généralement convoquée comme un mécanisme permettant aux pays de ne pas tenir compte de la *lex causae* autrement applicable, soit partiellement soit complètement, parce que l'effet de l'application de ce droit étranger dans le cas concret ne peut pas être concilié avec les principes fondamentaux du droit interne. Il s'agit de la fonction traditionnelle (négative) de l'ordre public, qui est généralement plus pertinente dans les domaines moralement sensibles tels que le droit de la famille, plutôt qu'en droit des sociétés. Plus largement compris, l'ordre public est parfois utilisé de manière positive pour justifier l'application d'une règle interne à laquelle est attribuée une certaine fonction d'intérêt public<sup>23</sup>. Dans ce cas, il est moins évident que les principes fondamentaux du for sont engagés et ont besoin d'être protégés contre les effets du droit étranger. L'application de la règle interne est plutôt fonction d'une décision politique du for de reconnaître une exception au fonctionnement normal des règles de conflit de lois pertinentes lorsqu'une affaire relève du champ d'application de la disposition concernée.

Le tableau ci-dessous donne un aperçu de l'utilisation par les États de la notion d'ordre public, tant dans sa fonction négative que positive, pour écarter une *lex societatis* étrangère. On constate que les lois de tous les États étudiés permettent, au moins en principe, une inapplication fondée sur l'ordre public des dispositions de droit étranger. Si la notion manque de définitions, ses contours fondamentaux sont toutefois bien établis et largement comparables dans toute l'UE. On constate une réticence importante à invoquer l'ordre public négatif dans le domaine du droit des sociétés. La jurisprudence est, à quelques exceptions près, inexistante, et les commentateurs font valoir qu'il est peu probable que les tribunaux invoquent l'ordre public à l'avenir pour écarter les règles d'une

<sup>22</sup> Art. 21 du Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) ; Art. 26 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II).

<sup>23</sup> La fonction positive de l'ordre public est notamment acceptée par les juridictions de tradition juridique française et allemande (exemple de l'article 6 du Code civil français, mais moins par les juridictions de common law).





*lex societatis* étrangère même si, au Royaume-Uni par exemple, les tribunaux ont utilisé l'ordre public, par exemple, pour interdire des arrangements autorisés en vertu du droit de constitution qui étaient considérés comme équivalent à un transfert frauduleux. Il n'est pas évident de dégager une compréhension commune concernant l'ordre public positif.

Juridiction	Définition négative de l'ordre public	Exemples en droit des sociétés	Définition positive de l'ordre public
Allemagne	Art. 6 du EGBGB : « <i>une disposition de la loi d'un autre pays ne doit pas être appliquée lorsque son application conduirait à un résultat manifestement incompatible avec les principes fondamentaux du droit allemand</i> ».	Pas de jurisprudence. L'opinion prédominante dans la littérature suggère un usage restreint de l'ordre public : il doit y avoir des raisons impératives d'intérêt public étant donné que l'application de la <i>lex fori</i> restreint la liberté d'établissement d'une société.	Dénomination sociale : les tribunaux allemands estiment que l'ordre public exige que le nom de la société indique sa forme juridique, qu'il n'y ait pas de confusion avec le nom d'autres sociétés et que le public ne soit pas trompé <sup>24</sup> . Certains auteurs affirment que les règles de codétermination des salariés, concernant le capital social et la mention du siège social sont des dispositions impératives ( <i>Eingriffsnormen</i> ) ; pas de jurisprudence.
Delaware	On rappelle que la Cour suprême du Delaware affirme que « <i>l'application de la doctrine des affaires intérieures est obligatoire en vertu de [ces] principes constitutionnels, sauf dans les situations les plus rares</i> », <i>McDermott Inc. c. Lewis, Del.Supr., 531 A.2d 206, 217 (1987)</i> . Dans l'affaire <i>VantagePoint c. Examen, 871 A.2d 1108 (Del. 2005)</i> , la Cour a expliqué que ce type de situations rares existe « <i>lorsque le droit de l'État de constitution est incompatible avec une politique nationale en matière de commerce étranger ou interétatique</i> » (Id. point 1113) et « <i>lorsque les droits de tiers extérieurs à la société sont en cause, par exemple des contrats et des délits</i> ». Id. point 1113 n. 14.		
Irlande	L'application d'une règle matérielle étrangère de la <i>lex causae</i> est exclue si elle s'écarte si radicalement des concepts de justice fondamentale acceptés dans le pays du for que son application y serait intolérablement offensante pour la conscience judiciaire.	Pas de jurisprudence explicite. La Constitution irlandaise pourrait avoir de l'importance, car les entreprises peuvent avoir des droits constitutionnels en Irlande et bénéficier, entre autres, de protections de la propriété privée ; en principe, l'application de la <i>lex societatis</i> pourrait donc violer les droits constitutionnels des entreprises d'une manière qui serait contraire à l'ordre public irlandais, entraînant ainsi à l'exclure.	Non, l'ordre public n'a pas pour fonction positive d'appliquer des règles nationales particulières plutôt que d'exclure les règles étrangères.
Luxembourg	Pas de définition juridique ; l'ordre public est compris comme un mécanisme exceptionnel permettant l'exclusion d'une loi étrangère qui contient des dispositions	Pas de jurisprudence appliquant l'ordre public aux questions de droit des sociétés.	La Cour d'appel de Luxembourg a estimé qu'une loi du 18 mai 1979 sur la représentation des travailleurs <sup>25</sup> était une loi de police au sens de l'article 7 de la Convention de Rome <sup>26</sup> .



	considérées comme inacceptables par les tribunaux.		
Pays-Bas	« Lorsque les activités d'une personne morale sont contraires à l'ordre public, le juge interdit et dissout cette personne morale sur demande du ministère public » <sup>27</sup> , mais pas de définition claire de l'ordre public.	Sur la base de l'ordre public, les sociétés étrangères peuvent se voir interdire d'exercer leurs activités aux Pays-Bas et les actifs situés aux Pays-Bas peuvent être liquidés.	Généralement non utilisé pour appliquer une règle nationale à laquelle est attribuée une certaine fonction d'intérêt public. Principales exceptions : loi sur les sociétés commerciales de droit étranger ; règles relatives aux conseils d'employés situés aux Pays-Bas.
Royaume-Uni	L'application d'une règle matérielle étrangère de la <i>lex causae</i> est exclue si elle s'écarte si radicalement des concepts de justice fondamentale acceptés dans le pays du for que son application y serait intolérablement offensante pour la conscience judiciaire. <sup>28</sup> Les juges britanniques ont par exemple invoqué l'ordre public pour interdire des montages autorisés par les règles relatives à la constitution des sociétés mais qui conduisaient en pratique à des transferts frauduleux ( <i>Adams v National Bank of Greece</i> [1961] AC 255). En droit des sociétés : pas d'exigence que la société exerce ses activités au Royaume-Uni.	Fusion entre deux sociétés constituées dans le même pays, la loi du pays de constitution prévoyant que la société fusionnée succède à l'ensemble de l'actif, mais seulement à une partie du passif, des sociétés fusionnées (considéré comme équivalent à un transfert frauduleux). <sup>29</sup> - Exigence de la <i>lex societatis</i> qu'une société ou ses dirigeants accomplissent dans un autre pays des actes qui enfreindraient le droit pénal de ce pays. <sup>30</sup>	Les tribunaux britanniques peuvent déroger à la <i>lex causae</i> afin de faire valoir un intérêt supérieur dans l'application de leurs propres règles de fond ; mais il n'existe aucune jurisprudence dans laquelle les tribunaux britanniques ont effectivement dérogé de cette manière à une <i>lex societatis</i> étrangère.

<sup>24</sup> BayObLG NJW 1986, 3029; OLG München NZG 2007, 824; OLG Frankfurt, FGPrax 2088, 165.

<sup>25</sup> Loi du 18 mai 1979 portant réforme des délégations du personnel.

<sup>26</sup> Court of appeal of Luxembourg, 13 January 2010 (Koelzsch), *Pasicrise Luxembourgeoise* 35, p. 63. The case eventually resulted in a judgment of the European Court of Justice (Case C-29/10).

<sup>27</sup> Art. 2:20 du Code civil néerlandais.

<sup>28</sup> *Cheni v Cheni* [1965] P 85; Dicey, n 202.

<sup>29</sup> *Adams v National Bank of Greece* [1961] AC 255.

<sup>30</sup> *Foster v Driscoll* [1929] 1 KB 470 (CA) ; *Regazzoni v Sethia* [1958] AC 301 ; *Royal Boskalis contre Mountain* [1999] QB 674 (CA) ; *Ralli contre Naviera* [1920] 2 KB 287 ; mais ne traite pas des questions relatives aux sociétés régies par la *lex societatis*.



## Annexe 1 : principaux pays cibles des entreprises constituées dans d'autres États membres de l'UE en 2016

Sociétés dont tous les dirigeants sont issus d'un autre État membre et dont la majorité des dirigeants sont actionnaires, selon les données d'Orbis <sup>1</sup>		Sociétés dont tous les dirigeants sont issus d'un autre État membre et dont la majorité des dirigeants sont actionnaires selon l'estimation de la LSE		Sociétés dont tous les dirigeants sont issus d'un autre État membre et dont la majorité des dirigeants sont actionnaires (à l'exception des sociétés constituées par des résidents)	
Royaume-Uni	156.087	Royaume-Uni	270.487	Royaume-Uni	227.064
Roumanie	31.646	Estonie	34.090	Estonie	33.524
Slovaquie	16.072	Roumanie	32.045	Roumanie	30.123
République tchèque	9.967	France	29.258	France	27.029
Allemagne	9.832	Slovaquie	29.195	Slovaquie	26.600
<i>Ensemble des États membres</i>	<i>257.256</i>	<i>Ensemble des États membres</i>	<i>499.183</i>	<i>Ensemble des États membres</i>	<i>420.429</i>

La première colonne est basée sur les données brutes disponibles dans Orbis et indique les cinq principaux pays cibles et le total pour tous les États membres de l'UE. Mais, comme le montre la deuxième colonne, la valeur descriptive de ces chiffres est limitée en raison des différences dans la disponibilité des informations pour chaque État membre. Ainsi, pour les besoins de la deuxième colonne, les données relatives aux objectifs ont été extrapolées afin d'estimer le nombre total de ces entreprises dans les États membres.

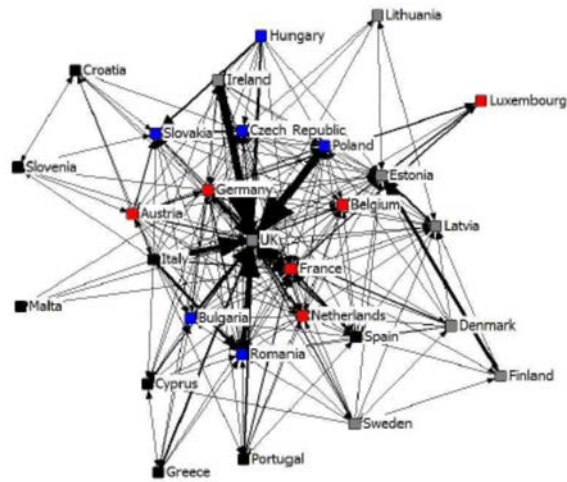
La troisième colonne considère que certaines des données sur les constitutions de sociétés par des étrangers peuvent être dues aux étrangers vivant dans d'autres États membres. Ainsi, sur la base des données disponibles relatives à la migration, on a estimé le nombre de sociétés créées par des étrangers résidant dans le pays du registre, chiffre qui a ensuite été déduit du nombre figurant dans la deuxième colonne.

En substance, il ressort de la troisième colonne que le Royaume-Uni est de loin en 2016 le pays cible le plus populaire, représentant 60% des entreprises dans les données brutes et 52% dans les deux versions des données ajustées (colonnes 2 et 3). Dans toutes les versions du classement, il est ensuite suivi par trois pays d'Europe centrale et orientale (PECO) ainsi que par l'Allemagne et la France. En comparant les chiffres totaux des deuxième et troisième colonnes, on constate qu'environ 15 % des incorporations étrangères sont dues à des citoyens européens étrangers dans le pays en question. L'attractivité des PECO ne peut s'analyser uniquement au regard du droit des sociétés applicables mais aussi d'un droit social et fiscal attractifs.

<sup>1</sup> Orbis est une solution de recherche et d'analyse regroupant des informations financières et de gouvernance sur les trois cents millions d'entreprises dans le monde : <https://www.bvdinfo.com/fr-fr/nos-produits/donnees/international/orbis>.



## Annexe 2 : réseau d'entreprises constituées dans d'autres États membres avec > 50 entreprises





## **ANNEXE 8**

*Note comparative sur les exceptions  
concevables à l'application de la lex  
societatis<sup>1</sup>*





## NOTE COMPARATIVE SUR LES EXCEPTIONS CONCEVABLES À L'APPLICATION DE LA *LEX SOCIETATIS*<sup>1</sup>

Par Louis d'Avout, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

L'adoption du rattachement des sociétés par le critère du seul siège statutaire (ou de l'immatriculation) pourrait offrir, par rapport à celui combinant les sièges statutaire et réel, un surcroît de sécurité juridique (prévisibilité, stabilité du droit applicable) pour les associés et organes de la personne morale, et pour la personne morale elle-même. Cependant, dans l'analyse française traditionnelle, le rattachement des sociétés selon un critère objectif et localisateur, distinct de la seule volonté des fondateurs et associés actuels, permettait également de protéger les tiers contre des apparences trompeuses ou des tentatives de contournement de certaines règles impératives protectrices des intérêts locaux (naguère, notamment celles s'exprimant à travers des exigences de capital social minimal). En omettant même d'évoquer les cas de fraude et de fictivité des sociétés (cas rares, mais non inexistantes), l'adoption en droit international privé français d'un principe de rattachement libéral et moderne des sociétés commerciales pose la question du maintien d'une protection circonstanciée de certains tiers, à travers des exceptions ou correctifs à la *lex societatis* applicables dans les rapports entre ces tiers et la personne morale ou ses dirigeants.

Après une description de l'existant (le domaine de la loi applicable aux sociétés) et du problème posé par la libéralisation du critère de rattachement (I), un examen des exceptions récemment consacrées à l'étranger, ou seulement envisagées dans un système de rattachement par l'immatriculation (II), permet de conclure à la nécessité d'envisager certains correctifs de protection des tiers (III).

### I- Problème posé

Les codifications modernes du droit international privé des sociétés mentionnent souvent, de façon illustrative et non limitative, les questions incluses dans la catégorie « sociétés » (v. ci-dessous la loi suisse et les deux projets de codification européenne). Le caractère indispensable d'une telle définition légale du domaine de la *lex societatis* pourrait être discuté, dans la mesure où un large consensus international existe sur le noyau dur de la catégorie, seuls certains points marginaux étant débattus. Quelle que soit l'option retenue par les pouvoirs publics français du point de vue de la sécurité juridique, il serait utile de fixer par *la voie législative* les *exceptions* voulues au domaine

---

<sup>1</sup> Cette note, sans appareil bibliographique étendu, constitue la synthèse :  
- des enseignements français classiques (v. par ex. H. Synvet, *Rép. Dalloz dr. int.*, v° Société (2004) ; M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd. 2018, B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ 2018, n° 1189 s.), M. Audit, S. Bollée et P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, Montchrestien, 3<sup>e</sup> éd. 2019, n° 52 s.  
- et d'une étude comparative et prospective de la question, à laquelle certains développements ultérieurs sont empruntés (« L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *Rec. Cours Acad. La Haye 2019*, tome 397 et *Livre de Poche de l'Académie 2019*, spéc. n° 93-140).



de la *lex societatis*, afin d'éviter que les juges n'utilisent des moyens détournés (changement de la qualification d'une question litigieuse) pour contrevenir, dans un cas international donné, à l'organisation mise en place par les fondateurs de la société (à travers le choix du pays d'immatriculation).

En droit international privé, français ou étranger, le noyau dur de la catégorie de rattachement « société » n'est pas vraiment discuté. On le résume au moyen de la formule « questions institutionnelles » de droit des sociétés (par opposition aux questions contractuelles, non spécifiques), ou encore « relations internes » (par opposition aux relations externes)<sup>2</sup>. Sont ainsi concernées :

**(a) au titre des questions institutionnelles et de droit des sociétés :**

- la définition de la forme sociale, personnifiée ou non, et de ses attributs essentiels (formalisme des statuts exigé lors de la constitution, dénomination, domiciliation/siège, capital social, durée...);
- lorsque la société est personnifiée, les conditions d'octroi et de disparition de la personnalité morale, l'étendue de la capacité d'action de la personne créée, les modifications diverses survenant durant la vie programmée de la société (prolongement, changement de forme, etc.);
- les organes permettant la formation d'une volonté propre de la société et sa représentation extérieure;
- la composition et le fonctionnement de chacun des organes;
- les répartitions de pouvoirs entre organes (lorsqu'il y en a plusieurs); les procédures internes et éventuels contrôles externes permettant de préserver la défense de l'intérêt propre de la personne morale et de ses membres.

---

<sup>2</sup> NB., celles-là mêmes qui sont exclues par les règlements européens de droit des obligations :

**Règl. n° 593/2008, dit Rome I, art. 1<sup>er</sup>, par. 2 (matières exclues) :**

« f) Les questions relevant du droit des sociétés, associations et personnes morales, telles que la constitution, par enregistrement ou autrement, 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 agents pour les dettes de la société, association ou personne morale ;

g) la question de savoir si un représentant peut engager, envers les tiers, la personne pour le compte de laquelle il prétend agir ou si un organe d'une société, d'une association ou d'une personne morale peut engager, envers les tiers, cette société, association ou personne morale ».

**Règl. n° 864/2007, dit Rome II, art. 1<sup>er</sup>, par. 2 (questions exclues) :**

« d) les obligations non contractuelles découlant du droit des sociétés, des associations et des personnes morales concernant des matières telles que la constitution, par enregistrement ou autrement, la capacité juridique, le fonctionnement interne et la dissolution des sociétés, des associations et des personnes morales, de la responsabilité personnelle des associés et des organes pour les dettes de la société, de l'association ou de la personne morale et de la responsabilité personnelle des auditeurs vis-à-vis de la société ou vis-à-vis de ses organes chargés du contrôle légal des documents comptables ».





**(b) au titre des « relations internes »<sup>3</sup>, non visées précédemment :**

- le statut des membres du groupement (associés, actionnaires) ;
- l'acquisition, la perte de la qualité de membre ;
- la nature des titres représentatifs de cette qualité de membre et les prérogatives conférés par les titres ;
- les conditions d'opposabilité des transferts de titres aux autres membres et au groupement (y inclus les mécanismes d'agrément) ;
- les relations entre le groupement et ses membres, ou entre ces derniers et les organes du groupement (ce qui explique que la *lex societatis* s'applique, en principe, à la responsabilité engagée dans l'ordre interne de la société) ;
- la reddition de comptes des organes sociaux envers les membres (information périodique not. comptable, formalisme des assemblées, transactions entre parties liées).

**(c) Au noyau dur de la catégorie précédemment décrit, l'on ajoute parfois, au titre des relations externes, des questions plus éparses telles :**

- l'engagement de la société par les actes de ses organes vis-à-vis des tiers (solution française, sur laquelle il n'existe pas d'unanimité en droit comparé) ;
- les conditions d'engagement de la responsabilité des organes et membres du groupement, par un tiers au groupement se disant victime du comportement des organes ou membres *ès qualités* (point controversé<sup>4</sup>) ;
- la définition des titres autres que de capital susceptibles d'être émis et la protection institutionnelle des porteurs de ces titres (exemple traditionnel de la masse des obligataires<sup>5</sup>) ;
- la comptabilité commerciale qui, autrefois rattachée de façon indépendante à raison du lieu d'exercice de l'activité, tend aujourd'hui à être dérivée du statut de la société. Ceci n'empêche par l'application cumulée d'autres prescriptions légales, lorsque la société présente des attaches objectives et permanentes avec d'autres pays que celui du siège (succursale ou établissement secondaire immatriculé à l'étranger).

Le droit pénal et les questions de droit public sont réservés<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Formule classique ayant inspiré le législateur néerlandais (Art. 119 du code adopté le 19 mai 2011 : « Internal structure of the corporation and all matters related thereto »).

<sup>4</sup> V. par ex. B. Audit, L. d'Avout, *Droit international privé* (LGDJ 2018), n° 1228-1230.

<sup>5</sup> Dont on sait, en France, que la constitution est rendue facultative lorsque l'émission obligataire se fait à l'étranger (C. com., Art. L.228-90).

<sup>6</sup> Même si l'on constatait, dans la pratique française traditionnelle, de nombreuses convergences entre rattachement du droit privé des sociétés et applicabilité des règles publiques ou pénales (v. synthétiquement B. Audit, L. d'Avout, *Droit international privé, préc.*, n° 1212-1214). Ces convergences n'étaient pas accidentelles, dans un système où le rattachement par le siège impliquait un enracinement réellement prépondérant de la société dans le milieu économique et social du pays d'immatriculation.



La France, tant qu'elle procédait par rattachement à la loi du siège (statutaire et réel), était adepte d'une catégorie étendue, conférant au droit des sociétés de la forme élue le plus large déploiement international possible (incluant singulièrement la question des pouvoirs dans les rapports avec les tiers, sans tempérament automatique en faveur de ceux n'ayant pas consulté la loi du siège social) ; ce de manière parfaitement réciproque, pour les sociétés ayant leur siège en France aussi bien que pour celles siégeant à l'étranger. Dans les textes légaux (définissant le rattachement des sociétés dans une forme unilatérale<sup>7</sup>), une protection était offerte au tiers, à travers **l'application optionnelle de certaines règles issues du pays du siège réel, lorsque le siège statutaire avait été fixé en lieu où la société n'avait aucune activité** (Art. L. 210-3, al. 2 C. com. et 1837, al. 2 C. civ. ; respectivement édictés en 1966 et 1978 ; la loi italienne de droit international privé de 1995 avait fait un choix voisin ; on retrouve des dispositions identiquement inspirées dans la loi russe de 2001 ou le Code chinois de 2010<sup>8</sup>).

Lorsque le texte français le plus général et le plus récent affirme, reprenant en substance l'autre disposition :

*« Toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française.*

*Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu. »*

il permet, à travers le second alinéa, aux tiers d'imposer le retour à certaines règles de droit des sociétés du pays du siège réel lorsque celui-ci est distinct du pays du siège statutaire (et que ces règles ont été éludées par les fondateurs à raison de la constitution de la société dans un pays auquel elle n'a pas d'attache réelle). La conformité parfaite, au droit de l'Union européenne, de cette règle française est discutable, dans la mesure où la Cour de justice impose désormais aux États membres de reconnaître la personnalité juridique, et la capacité qui en découle, des sociétés constituées à l'intérieur de l'Union (jurisprudence *Centros-Überseering-Inspire Art*)<sup>9</sup>. Cependant, le besoin concret de protection des tiers contre des apparences trompeuses peut subsister et il n'est pas interdit de penser, bien que les contestations contentieuses soient actuellement très rares, que le texte pourrait être utile lorsqu'invoqué par un tiers de bonne foi établi en France, ayant noué une

---

<sup>7</sup> Bilatéralisée par la jurisprudence.

<sup>8</sup> Art. 25-1 L. italienne : « Les sociétés, les associations, les fondations et toute autre entité, publique ou privée, même dépourvue de nature associative, sont régies par la loi de l'État dans le territoire duquel a été accompli le processus de constitution. Toutefois la loi italienne s'applique si le siège de l'administration est situé en Italie, ou si l'objet principal de telles entités se trouve en Italie. » V. ég. Art. 1202, 3 et 4, Code civil russe (L. 26 nov. 2001) et art. 14 Code chinois du 28 octobre 2010.

<sup>9</sup> On rappellera en outre l'existence de l'arrêt *Korhaas* qui fait une distinction nette entre entraves à la constitution et à la reconnaissance d'une société étrangère, d'une part, conditionnement juridique de l'activité locale des sociétés étrangères à travers leurs dirigeants, d'autre part.



relation avec une entité exploitant une entreprise située en France et dont il aurait, sans négligence, ignoré le pays d'origine.

Une même option entre siège réel et siège statutaire est offerte par le droit de la compétence judiciaire internationale, qui n'est pas sans écho avec les solutions offertes par le droit des procédures d'insolvabilité (pays où l'on peut/doit requérir l'ouverture d'une procédure). Ces options procédurales ne sont pas contraires au droit de l'Union, qui parfois les consacre expressément (Règl. UE n° 121/2012, dit *Bruxelles I bis*, art. 63 et 24, par. 2, 2<sup>e</sup> phrase).

En résumé, abstraction faite de la valeur actuelle de l'exception de protection des tiers en droit français des conflits de lois, la réforme envisagée du rattachement légal des sociétés, passant par la consécration du critère du rattachement à la loi du lieu d'immatriculation (ou du siège statutaire, ce qui est équivalent), pose la question :

- du maintien à l'identique du domaine de la catégorie, décrit ci-dessus ;
- du maintien d'une exception de protection des tiers en cas d'apparence trompeuse ;
- de la consécration de certains « rattachements spéciaux » dérogeant à la *lex societatis*, à la façon de ce qu'a choisi, entre autres, le législateur suisse (V. ci-après).

## II- Droit comparé et propositions de codification européenne

On se contentera d'exposer ici certains modèles proches (la solution suisse) ou récemment proposés dans l'Union.

### (a) Loi suisse de droit international privé (18 septembre 1987), Chap. 10 art. 155 s. :

Alors que la Suisse pratiquait autrefois, comme la France, le rattachement des sociétés selon le critère du siège réel, la codification du droit international privé en 1987 a opéré basculement vers celui de l'immatriculation. Cette codification se distingue par la description soignée du domaine de la *lex societatis* et par la fixation des principales exceptions à celle-ci.

---

<sup>10</sup> La loi suisse est désormais convertie au rattachement par l'incorporation, que l'Art. 154 exprime ainsi :

« 1/ Les sociétés sont régies par le droit de l'État en vertu duquel elles sont organisées si elles répondent aux conditions de publicité ou d'enregistrement prescrites par ce droit ou, dans le cas où ces prescriptions n'existent pas, si elles se sont organisées selon le droit de cet État.

2/ La société qui ne remplit pas ces conditions est régie par le droit de l'État dans lequel elle est administrée en fait. »

En termes rédactionnels, on comparera à cette rédaction, celle des projets européens (infra dans le texte) et la forme épurée choisie par l'Avant-projet de loi modèle OHADAC de droit international privé de 2014, art. 27 (L'harmonisation du droit international privé dans les Caraïbes, coord. J. C. Fernandez Rozas, Iprolex 2015) :

« Les sociétés commerciales et entreprises individuelles à responsabilité limitée sont régies par le droit selon lequel elles sont constituées. »

V. encore Art. 22(1) de la loi hongroise n° XXVIII du 4 avril 2017 sur le droit international privé.



Art. 155 (domaine du droit applicable)<sup>10</sup> : « Sous réserve des Art. 156 à 161, le droit applicable à la société régit notamment :

- a. la nature juridique de la société ;
- b. la constitution et la dissolution ;
- c. la jouissance et l'exercice des droits civils ;
- d. le nom ou la raison sociale ;
- e. l'organisation ;
- f. les rapports internes, en particulier les rapports entre la société et ses membres ;
- g. la responsabilité pour violation des prescriptions du droit des sociétés ;
- h. la responsabilité pour les dettes de la société ;
- i. le pouvoir de représentation des personnes agissant pour la société, conformément à son organisation ».

Cette **description du domaine, classique et compact, de la *lex societatis*** vaut à titre général et sous réserve des exceptions codifiées au titre des « *rattachements spéciaux* ». Parmi ces exceptions (Art. 156 s.), on relèvera (questions de droit financier, de propriété intellectuelle mises à part), les trois règles que voici :

- Art. 158 IV. [Rattachements spéciaux / 3. Restriction des pouvoirs de représentation] : « *La société ne peut pas invoquer des restrictions du pouvoir de représentation d'un organe ou d'un représentant qui sont inconnues du droit de l'État de l'établissement ou de la résidence habituelle de l'autre partie, à moins que celle-ci n'ait connu ou dû connaître ces restrictions.* »

- Art. 159 IV. [Rattachements spéciaux / 4. Responsabilité pour une société étrangère] « *Lorsque les activités d'une société créée en vertu du droit étranger sont exercées en Suisse ou à partir de la Suisse, la responsabilité des personnes qui agissent au nom de cette société est régie par le droit suisse.* »

- Art. 160 V. [Succursales en Suisse de sociétés étrangères] « *1. Une société qui a son siège à l'étranger peut avoir une succursale en Suisse. Cette succursale est régie par le droit suisse [...]*<sup>11</sup> ».

Chacune de ces trois règles protège, à sa manière, les intérêts des tiers (et en particulier des tiers établis en Suisse) contre les effets perturbateurs d'une application du droit des sociétés du pays étranger où est immatriculée la société. Ces règles, protectrices, ne sont pas exagérément dissuasives : 1° de l'implantation des sociétés en Suisse (puisque les sociétés immatriculées en ce pays ne seront pas affectées par ces règles, lorsqu'invoquées par un tiers établi en Suisse) ; 2° du commerce en Suisse de sociétés implantées dans d'autres pays.

---

<sup>11</sup> *Idem* : Art. 56 (4) de la loi bulgare de dr. int. privé de 2005 ; contra Art. 2-580 (2) C. civ. roumain.



On voit à travers cet exemple, caractéristique, de la codification helvétique, que le changement du principe de rattachement (du rattachement objectif par le siège, au rattachement formaliste et libéral par l'immatriculation) s'accompagne de garde-fous protecteurs des tiers et susceptibles de restreindre le domaine ordinaire de la *lex societatis*.

## **(b) Propositions nationales ou doctrinales de codification européenne du rattachement des sociétés**

« Selon les propositions informelles de législation européenne de droit international privé publiées jusqu'alors – toutes étant unanimement favorables à l'affirmation du principe de rattachement des sociétés au pays de leur immatriculation, ou à défaut à la loi choisie pour leur constitution – on constate également une porosité assumée de la *lex societatis*, favorable à une meilleure protection des tiers selon la loi du lieu d'installation effective de la société ou d'agissement effectif de ses organes. La solution n'est pas nouvelle ; elle constitue au contraire le trait constant de tous les projets, inaboutis, ayant œuvré en faveur de la généralisation du rattachement purement volontaire des sociétés »<sup>12</sup>.

### **(i) Délibération de février 2006 du Haut conseil allemand de droit international privé (prés. H.-J. Sonnenberger, trad. fr. in *Rev. crit. DIP* 2006, p. 712 s.)**

Commençons par rappeler les termes d'un projet de législation allemand conçu en 2006 :

« Art. 2. *Loi applicable.* (1) *Les sociétés relèvent de la loi de l'État dans lequel elles sont inscrites dans un registre public.* (2) *Lorsqu'elles ne sont pas ou pas encore inscrites dans un registre public, elles relèvent du droit de l'État régissant leur organisation [...].*

---

<sup>12</sup> « *L'entreprise et les conflits internationaux de lois* », op. cit., n° 138, renvoyant en note au *Projet de Convention sur les conflits de lois en matière de sociétés* proposé par l'International Law Association, lors de la session d'Hambourg en 1961 (reproduit in *Rev. crit. DIP* 1961, p. 440) :

- Art. 2. *La loi (personnelle) d'une société est la loi du pays où est enregistrée (incorporated) cette société.*

- Art. 5 (2). [...] *Si un contrat est conclu par un organe social dans un pays autre que celui de la loi personnelle de la société – que cet organe y réside temporairement ou de façon permanente – et que le contractant ait pu raisonnablement ne pas connaître les restrictions apportées à la capacité de la société ou aux pouvoirs des organes sociaux, la société est liée par ledit contrat dans le cas où la capacité de la société ou les pouvoirs de l'organe social ne font pas, dans la loi du pays où est conclu le contrat, l'objet des mêmes restrictions.*

- Art. 6. *La responsabilité d'un organe social, qui a contracté ultra vires ou au-delà de ses pouvoirs et n'a pas par là engagé la société, est régie par la loi du lieu où a agi l'organe social.*

- Art. 7. (1). *S'agissant des actes des organes de la société qui ont transgressé les dispositions du droit des sociétés, la loi (personnelle) de la société décide si l'acte est illicite, s'il constitue un acte de la société et si la société ou l'organe social est individuellement responsable ou s'ils le sont conjointement.*

(2). *S'agissant des autres actes illicites des organes de la société, la loi du lieu où les faits ont été commis régit les trois questions mentionnées à l'alinéa 1. »*

V. ég. la *Convention européenne de 1968*, citée plus haut (n° 88, 135). Et pour une analyse francophone : D. Cohen, « *La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit international privé* », *Rev. crit. DIP* 2003, p. 585, spéc. 604 s. (« *cantonement de la lex societatis* »).



### Art. 3. Domaine de la loi applicable aux sociétés.

*La loi applicable aux sociétés en vertu de l'article 2 régit notamment : 1. la nature juridique, la capacité juridique et d'exercice ; 2. la constitution, la transformation et la dissolution ; 3. le nom ou la raison sociale ; 4. la structure organisationnelle et financière ; 5. Le pouvoir de représentation des organes ; 6. l'acquisition et la perte de la qualité d'associé et les droits et obligations résultant de cette qualité ; 7. la responsabilité de la société, des membres de ses organes et des associés pour les dettes de la société ; 8. la responsabilité pour violation d'obligations imposées par le droit des sociétés ; 9. l'obligation de présenter les comptes commerciaux [...].*

*Lorsque, par l'intermédiaire d'un membre de ses organes physiquement présent, une société a accompli un acte juridique dans un État autre que celui dont le droit régit son statut, cette société ne peut pas invoquer des restrictions de sa capacité juridique ou du pouvoir de représentation de ses organes, qui ne sont pas prévues pour une société de ce type par la loi en vigueur au lieu où l'acte a été accompli. [...] »*

*Comme cela a été observé ailleurs<sup>13</sup>, « ce projet allemand de codification nationale ou européenne [...] affirme nettement le rattachement des sociétés par l'immatriculation [...] et confie à la lex societatis ainsi désignée un domaine compact, très étendu, unissant le fonctionnement interne et les questions externes de représentation et de publicité. Cependant, l'alinéa 2 de l'article 3 précité concède une exception de protection des tiers de bonne foi, non systématiquement admise par les pays de siège<sup>14</sup>. Surtout, un appendice au texte proposé montre les hésitations, non surmontées, des membres de la commission allemande sur la question cruciale de la loi applicable à la responsabilité personnelle des associés et dirigeants vis-à-vis des tiers<sup>15</sup> ».*

---

<sup>13</sup> « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », préc.

<sup>14</sup> Cas de la France, précité. V. toutefois le ferment d'évolution pouvant être attendu d'une mobilisation de la Convention de La Haye de 1978 sur les contrats d'intermédiaire (B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, n° 69). Cette évolution, contraire à la jurisprudence actuelle, serait particulièrement intéressante car, à travers l'article 11 de la Convention, c'est, lorsque l'excès de pouvoir est constaté selon la lex societatis, une loi d'enracinement objectif de la relation triangulaire représenté (société)/représentant agissant ultra vires (dirigeant)/tiers contractant qui serait désignée (v. supra n° 69).

<sup>15</sup> « La commission ne propose pas de rattachement spécial pour la responsabilité relevant du droit des sociétés. S'agissant de la responsabilité qui doit être envisagée en dehors du statut de la société, il y a, au départ, unanimité pour dire que cette responsabilité doit, en principe, faire l'objet d'un rattachement accessoire au statut de la société. Mais la commission n'a pas pu se mettre d'accord sur la question de savoir s'il est possible, outre le rattachement précité, de prévoir également un rattachement sous l'angle du droit des délits conformément aux points de rattachement habituels lorsque ni le statut de la société, ni le statut du délit accessoirement rattaché n'aboutissent à un dédommagement. Étant donné qu'il s'agit là d'une question de rattachement de droit des délits qui, à première vue, n'entre pas dans le cadre de la tâche confiée à la commission, cette dernière n'a pas pris de décision à ce propos mais s'est contentée d'écouter les avis. [...] S'agissant du rapport entre la responsabilité et celle relevant du droit des délits, il se pose un problème qui ne peut être résolu sous le seul angle du droit des sociétés et qui a donné lieu à des discussions animées. D'une part, l'on ne peut pas partir du préalable général selon lequel le droit des sociétés tient compte d'intérêts des tiers et qu'il prévoit une responsabilité correspondante en cas de violation. D'autre part, le droit des délits peut être conçu de manière à fonder la responsabilité de celui qui, par son comportement, inflige un dommage à un tiers non pas sur des obligations relevant du droit des sociétés mais sur des obligations de comportement générales dans le cadre desquelles l'opération relevant du droit des sociétés ne joue de rôle qu'en tant qu'élément de fait. [...] La commission renonce à insérer, dans sa proposition, un rattachement alternatif aboutissant au statut du délit. Elle tient, toutefois, à affirmer qu'elle ne serait pas opposée à un tel rattachement sous l'angle du droit des délits [...] » (trad. fr. Rev. crit. DIP préc., p. 727-728, italiques aj.).





*(ii) Proposition du GEDIP (Groupe (informel) européen de droit international privé, 26<sup>e</sup> réunion, Milan, septembre 2016<sup>16</sup>)*

Un groupe informel d'universitaires européen s'est récemment attelé à la rédaction de la proposition anglophone que voici :

« **Art. 1. – Scope** – 1. *This Regulation determines the law applicable to companies (lex societatis) and other bodies, corporate or unincorporated [...].* 2. *The following matters shall be excluded from the scope of this Regulation : (a) contractual and non-contractual obligations of the company itself, and the liability in tort of the members and directors of a company vis à vis third parties. [...]*

**Art. 3. – General rule** – *A company shall be governed by the law of the country under which it has been incorporated or, if it is an unincorporated entity, under which it has been formed. [...]*

**Art. 5. – Scope of the applicable law** – *[Rédaction classique proche de celle du projet allemand ; inclusion, sous réserve des exceptions posées aux articles suivant, des questions de capacité/représentation/responsabilité des associés et organes].*

**Art. 6. – Capacity** – *[Reprise de l'exception d'ignorance excusable par le créancier du droit applicable aux pouvoirs].*

**Art. 7. – Disclosure** – *A company operating in the European Union must disclose to third parties the country under the law of which the company is formed. If it fails to do so, any creditor of that company may claim that the liability of a person acting on behalf of the company, its members or directors shall be governed by the law of the Member State where that person was acting, unless such creditor was aware of that information or was not aware of it as a result of his negligence. [...]*

**Art. 9. – Overriding mandatory provisions** – *[...] 3. Effect may be given to the law of another country in which the company has its central administration or is carrying on activities. In considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application. »*

\* \* \*

Dans ce projet doctrinal, on remarque l'accent mis sur les correctifs explicites de protection des tiers (obligation de l'être moral de faire connaître la loi sous l'empire de laquelle elle est constituée ; responsabilité annexes des dirigeants ou organes ayant causé, par leur fait personnel, un trouble détachable de l'exercice ordinaire de leurs fonctions). **Ces correctifs, spécialement ceux des articles 7 et 9-3, constituent une compensation du passage du rattachement par le siège au rattachement par l'incorporation** ; leur raison d'être est la protection des intérêts légitimes des tiers de bonne foi, et plus généralement de la sécurité des transactions, dans les pays d'agissement et de siège effectif de la société.

---

<sup>16</sup> Présentation de la version anglophone par F. Garcimartin : [https://www.gedipepil.eu/reunionstravail/Reunion%2026/PV-Trav-Finalv4\\_bis.pdf](https://www.gedipepil.eu/reunionstravail/Reunion%2026/PV-Trav-Finalv4_bis.pdf)



Comme cela a été encore observé<sup>17</sup>, « dans un système tel celui proposé par le GEDIP, les risques d'engagement de la responsabilité personnelle des parties prenantes selon une loi autre que la *lex societatis* augmentent<sup>18</sup> ; le domaine de la *lex societatis* « s'étirole » effectivement. La catégorie de rattachement était autrefois compacte et relativement hermétique à l'intervention de lois tierces perturbant le mécanisme sociétaire ; elle devient nécessairement poreuse, ou se rétrécit, à raison des interventions accrues de lois tierces compensant le libéralisme de la *lex societatis* »<sup>19</sup>.

### (c) Autres illustrations comparatives

D'autres exemples de droit étranger, plus anciens, attestent que le rattachement des sociétés selon le critère formel de l'incorporation, et le libéralisme qu'il implique en termes de choix d'un régime de droit des sociétés, peut être diversement compensé par application, dans les relations avec les tiers, d'un autre régime, de responsabilité notamment, imposé par la loi du pays où la société s'est rendue présente ou sur le territoire duquel ses représentants ont agi. On omet de mentionner ici l'incidence du droit de la faillite en cas d'insolvabilité de la société concernée<sup>20</sup>.

#### (i) Pratique de certains États fédérés nord-américains

Faisant écho aux correctifs européens classiques de protection des tiers, face aux conséquences d'une dissociation du siège et du lieu d'immatriculation, certains États fédérés américains admettaient traditionnellement le rattachement primordial des structures sociétaires à la loi du pays de leur immatriculation, mais faisaient primer sur celui-ci certaines règles locales dans les rapports avec les tiers. Ceci permet de lutter contre les conséquences nuisibles du *law shopping* sociétaire. En France ou en Allemagne, on résume ce procédé du mot de « superposition » (*Überlagerung*) des droits applicables. Ainsi en allait-il traditionnellement des lois assez souvent citées des États de New York et de Californie selon lesquelles, en substance :

- le droit local des sociétés s'appliquera à celles dont les biens possédés, les salaires versés et les ventes réalisées dans l'État constituant 50 % de l'assiette du revenu imposable, et à condition que la moitié des actionnaires au moins réside au for (loi californienne de 1975) ;

---

<sup>17</sup> « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », préc., n° 139.

<sup>18</sup> V. aussi cette addition en note de bas de page 15 du Projet (spécialement la partie soulignée par nous en italiques) :

« A Recital should clarify that the liability of members and directors ('as such') is governed by this instrument: 'This regulation determines the law applicable to the liability of members and directors of a company as such for the obligations of the company. Conversely, the liability in tort of members and directors of a company vis à vis third parties, in particular resulting from misrepresentation or undercapitalization, should be governed by Regulation 864/2007. [...] »

<sup>19</sup> « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », op. cit, loc. cit. et cette conclusion :

« Pour prendre une métaphore fromagère française : la catégorie synthétique de rattachement des sociétés se met à ressembler à l'Emmental, riche de ses trous, plutôt qu'au Comté plus compact auquel on était, en Europe, habitué jusqu'alors ! »

C'est un risque à anticiper et à traiter lors de toute entreprise de codification du droit international privé des sociétés.

<sup>20</sup> Qui peut aboutir techniquement à l'engagement de responsabilité des dirigeants à raison de leur gestion dommageable, selon une loi différente de la *lex societatis*, ou des membres du groupement, à raison de leur faute d'associé en cas de sous-capitalisation manifeste par exemple.



- le droit local protecteur des actionnaires et créanciers s'appliquera aux sociétés non cotées, dont plus de la moitié des revenus procède de l'État (loi new-yorkaise de 1963)<sup>21</sup>.

### *(ii) Règle québécoise*

Une formulation francophone, et compacte, bien connue de la réserve du droit international privé face aux implantations artificielles de personnes morales est celle de l'article 3083, alinéa 2 du Code civil québécois :

« L'état et la capacité d'une personne morale sont régis par la loi de l'État en vertu de laquelle elle est constituée, sous réserve, quant à son activité, de la loi du lieu où elle s'exerce<sup>22</sup>. »

Quelle que soit la qualification et la technique nationale adoptée (lutte contre la fictivité et la fraude lato sensu ; régime matériel dérogatoire pour les pseudo-foreign corporations), « les droits locaux dont la compétence est évincée sans raison objective trouvent, dans l'application différenciée de certaines de leurs règles et principes impératifs, les moyens de se défendre contre l'expatriation abusive des montages sociétaires. Ici résident la revanche du pays objectivement le mieux placé et, corrélativement, les premiers signes du désordre<sup>23</sup>. »

### *(iii) Équivalents européens*

Comme cela a été observé<sup>24</sup>, des équivalents de ces correctifs nord-américains se retrouvent en Europe, spécialement dans des pays adeptes du rattachement par l'incorporation ou récemment convertis à lui. Ces correctifs ne sont pas nécessairement symétriques ; ils sont destinés à protéger le commerce local, contre les effets ordinaires d'une *lex societatis* étrangère, ou contre les marges de manœuvres conférées par cette loi aux membres et organes de la société étrangère.

Ainsi le droit anglais fait-il usage du concept d'« *overseas companies* » pour désigner les entités incorporées à l'étranger et les soumet unilatéralement à certaines règles de gestion et de transparence des sociétés domestiques (à partir du moment, tout spécialement, où elles sont établies et enregistrées en forme de succursales locales)<sup>25</sup>. En cas de manquement à ces règles, les dirigeants étrangers

---

<sup>21</sup> V., dans la littérature francophone récente, M. Menjucq, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, thèse éd. LGDJ t. 285, 1997, n° 357 s., spéc. 377. Et v. encore, plus récemment, la nouvelle sect. 630 du NY Business Corporation Law édictant une responsabilité illimitée des associés des structures actives localement à raison des salaires locaux impayés.

<sup>22</sup> Cité et analysé récemment en perspective comparée par C. Kleiner, dans son article précité, « Le transfert de siège social en dr. int. privé », *Journal de dr. int.* 2010, étude n°4, spéc. n° 12-13.

<sup>23</sup> *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, op. et loc. cit.

<sup>24</sup> *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, préc. n° 136.

<sup>25</sup> *Companies Act 2006*, section 1044 s.



seront, eux aussi, sanctionnés comme s'ils conduisaient aux destinées d'une entreprise structurée en société domestique<sup>26</sup>.

En Allemagne, une fraction significative de la doctrine soutient l'application, en qualité de loi de police dérogeant à la *lex societatis* étrangère, des règles obligeant à une participation délibérative des salariés de l'entreprise aux organes sociaux de l'employeur (*Mitbestimmung*) ; et, de la même façon, des règles plus récentes imposant des quotas de mixité homme/femme dans les organes délibératifs des sociétés par actions cotées en bourse. Ces solutions sont spécialement soutenues pour des entreprises médiatisées du secteur des transports *low cost* (*Air Berlin PLC* par exemple), essentiellement actives en Allemagne et organisées selon une forme sociale d'un autre pays<sup>27</sup>. Dans ce pays également, les sanctions de dirigeants ou d'associés sont particulièrement fermes en cas d'insolvabilité de la société *off shore* et d'ouverture d'une procédure liquidative à son endroit.

Ces solutions d'assimilation des sociétés de droit étranger aux entités nationales, avec leurs suites administratives voire pénales pour les dirigeants notamment, sont fondées sur l'intensité de l'action économique locale, voire sur la contestation de cette construction [discutable] consistant à présenter comme une succursale locale d'entité étrangère ce qui aurait dû être le siège ou établissement principal, charriant avec lui une compétence privilégiée de réglementation de l'entreprise. La responsabilité civile des membres et organes du groupement personnifié, que l'on pouvait encore récemment croire canalisée par la *lex societatis*, sort désormais elle aussi de ce lit confortable et peut être engagée selon d'autres lois dotées d'un titre de compétence objectif.

S'agissant de ces sociétés ayant dissocié le pays d'immatriculation de celui du siège de direction, et comme l'a récemment observé un auteur allemand, entendu par le Groupe de réflexion (M.-P. Weller, *EncyclPIL*, v° « *Companies* »), la différence entre les systèmes de droit international privé est moindre qu'il n'apparaît à première vue :

*"In summary, according to the real seat theory, domestic law is in principle applied to foreign companies whereas it is only applied on an exceptional basis in states following the incorporation theory"*.

### III- Synthèse

La transformation formelle du rattachement des sociétés – abandon du siège, faveur pour l'immatriculation – ne fait pas disparaître les velléités d'application de la loi du pays où la société est active, voire de celle du pays où elle est implantée à titre prépondérant.

---

<sup>26</sup> *Disqualification orders*, équivalant aux décisions d'interdiction de gérer ; v. *Directors Disqualification Act 1986*.

<sup>27</sup> *Sur l'ensemble*, v. M.-P. Weller, « *Das autonome Unternehmensrecht* », *IPRax* 2/2017, p. 167 s., spéc. p. 174 ; du même auteur en langue anglaise, « *Companies* » in *EncyclPIL*, éd. Edward Elgar 2017, vol. 1, p. 404 s.



Dans les relations externes, tout particulièrement, des restrictions à l'application de la *lex societatis* peuvent être rendus nécessaires dans l'intérêt des tiers :

- en vue d'une protection ponctuelle contre les apparences trompeuses, s'agissant des pouvoirs des organes pour la passation de contrats au nom de la société (dans la mesure où le pays d'immatriculation n'est pas ostensible) ; et pour la mise en jeu de la responsabilité délictuelle des dirigeants ;
- en vue d'une protection des créanciers, singulièrement des créanciers non contractuels, contre l'insolvabilité possible de la société débitrice, passant par l'engagement de responsabilité des dirigeants et associés selon des standards autres que ceux de la *lex societatis*.

Dans la mesure où le pays d'immatriculation n'est pas ostensible et où tous les tiers en contact avec la société ne sont pas pratiquement en mesure de l'anticiper (notamment des créanciers non contractuels), un besoin de protection à travers le droit applicable se laisse constater.

L'option fondamentale est alors celle-ci :

- codifier le rattachement nouveau des sociétés en gardant le silence sur les correctifs de protection des tiers, auquel cas la jurisprudence française sera sollicitée de les élaborer, cas par cas, avec toute technique juridique disponible (lois de police notamment, mais aussi par jeu sur les qualifications et maniement de l'exception d'ordre public) ;
- anticiper le besoin de protection des tiers en certaines circonstances par fixation dans la loi des cas dans lesquels la *lex societatis* pourra ou devra céder le pas, devant l'application d'une autre loi invoquée par les tiers concernés.

L'avantage comparatif du rattachement des sociétés par le siège (statutaire et réel) était d'assurer la visibilité du droit applicable au bénéfice des tiers et de protéger ceux-ci contre toute surprise inhérente à l'application d'un droit étranger. Cette protection devrait être en certains cas maintenue à travers des exceptions et correctifs, dans un système converti au rattachement par le seul siège statutaire.

\* \* \*

Réfléchissant, en 1979, à l'impact des lois de police et des réglementations impératives sur les sociétés, Hervé Synvet écrivait qu'il n'était guère possible d'admettre l'application des seules règles impératives issues de la *lex societatis*, librement déterminée par les associés.

À conférer, disait-il, « *une portée absolue [au système de l'incorporation], le laxisme de la règle de conflit autoriserait la fraude à toutes les réglementations nationales qui feraient techniquement l'objet d'une qualification sociétaire. Et, malgré les apparences, l'adoption du siège réel comme facteur de rattachement de la société ne suffit pas davantage à assurer aux politiques étatiques les plus impératives l'impact qu'elles revendiquent. Pour être pleinement efficaces en effet, celles-ci ne doivent*



*pas seulement être appliquées à l'ensemble des sociétés véritablement locales [...]. Il faut en outre qu'y soient soumis les groupements, même régulièrement constitués à l'étranger, qui entretiennent avec l'économie nationale des liens notables au regard des objectifs poursuivis. »*

L'auteur d'ajouter immédiatement : « *Il est une raison complémentaire de concéder une place sur le terrain des sociétés à la théorie des lois de police [...] : le cantonnement de la méthode traditionnelle qui en découlerait supprimerait toute hésitation sur la légitimité de l'emploi d'une règle de conflit bilatérale libérale. D'un côté, les aspects les plus "sensibles" du droit des sociétés feraient l'objet d'un rattachement propre, où la volonté individuelle ne jouerait qu'un rôle mineur. De l'autre, la loi d'incorporation ou la loi du siège réel conserveraient la fonction pour laquelle elles ont été conçues, à savoir l'organisation, à l'abri de toute intervention directe de la puissance publique, des rapports entre intérêts privés se rencontrant au sein de la société*<sup>28</sup>. »

---

<sup>28</sup> Soulignement ajouté. Dans ce passage très dense (n° 21, p. 63-64 du tome I ; préalable à l'annonce du plan de la thèse, l'auteur souligne l'objectif de compacité de la *lex societatis* dans les rapports internes et concède qu'une certaine police externe indisponible ne peut être évitée (v. un même développement au début de la seconde partie, n° 291, p. 6 du tome II).





## **ANNEXE 9**

### *Note de droit bancaire et financier*



## NOTE DE DROIT BANCAIRE ET FINANCIER

Par Laurène Duffa, juriste au Secrétariat général de l'ACPR

### Introduction

Le Haut Comité Juridique de la place financière de Paris (HCJP) a été saisi par la Direction des affaires civiles et du Sceau et par la Direction générale du Trésor d'une étude sur le thème « *Opportunité, faisabilité et conditions du passage de la théorie du siège réel à la théorie de l'incorporation* ». À la suite d'une lettre de saisine du 18 février 2020, un groupe de travail du HCJP, placé sous la présidence de Hervé Synvet, a été constitué en vue de déterminer si, et dans quelles conditions, le droit français pourrait gagner en attractivité en se ralliant à une règle de conflit de loi se fondant sur le système de l'incorporation. Également appelé critère du siège statutaire, le système de l'incorporation vise à rattacher le siège des sociétés à la loi de l'État dans lequel elles sont immatriculées. Le droit positif français consacre actuellement la coexistence de deux théories concurrentes : celle du siège statutaire et celle du siège réel, cette dernière permettant de rattacher le siège des sociétés à la loi de l'État dans lequel le contrôle et la direction de la société sont effectués de manière stable.

Lors des réunions du groupe de travail, des exposés de juristes et avocats ont souligné la souplesse des juridictions disposant du système de l'incorporation, facteur d'attractivité dans la décision des sociétés d'implantation de leur siège social. Des notes en droit sectoriel (fiscal, social, insolvabilité, marchés financiers...) ont conclu aux moindres conséquences, dans leur domaine respectif, d'une modification du droit international privé français des sociétés vers le système de l'incorporation, sous réserves de quelques aménagements.

En conséquence, le groupe de travail a produit un projet de rapport proposant une réforme de la règle de conflit de lois en matière de sociétés dans le Code civil via un amendement de l'article 1837 du Code civil et l'ajout, à la suite de cet article, des articles 1837-1 et 1837-2 au Code civil.

Le Code civil reconnaît actuellement le principe du siège réel (premier alinéa) en parallèle de celui du siège statutaire (second alinéa) :

#### - Article 1837 du Code civil

Toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française.

Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu.

Les modifications envisagées (par souci de lisibilité de la note, les propositions de nouveaux articles 1837-1 et 1837-2 du Code civil sont placés en annexe) entendent, quant à elles, retirer toute mention au critère du siège réel pour consacrer le seul principe du siège statutaire :



### - Article 1837 du Code civil

La société est régie par la loi de l'État dans lequel elle a son siège statutaire.

À défaut de siège statutaire, la société est régie par la loi choisie par ses associés ou, à défaut de choix, par la loi de l'État avec lequel elle présente des liens les plus étroits.

La présente note vise à identifier les conséquences vis-à-vis du droit bancaire et financier et du droit des assurances d'une consécration du seul critère du siège statutaire en droit français. Ces conséquences sont susceptibles d'affecter l'ensemble des entités soumises à la supervision de l'ACPR. Parmi ces entités assujetties, la présente note se concentre en particulier sur les conséquences pour les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et les entreprises d'assurance.

## **I- La consécration du critère du siège statutaire en droit civil français ne permettra pas de déroger à l'application du critère du siège réel en droit bancaire et financier ainsi qu'en droit des assurances**

L'actuelle règle de conflit de loi présente à l'article 1837 du Code civil constitue un principe général auquel dérogent d'ores et déjà les dispositions particulières du droit bancaire et financier et du droit des assurances.

### **1.1 - Les établissements de crédit**

En ce qui concerne le droit sectoriel applicable aux établissements de crédit, il est à noter qu'un agrément – français ou d'un autre État membre de l'Union européenne – est délivré par la BCE sur proposition de l'autorité compétente de l'État membre dans lequel l'établissement entend fournir ses services. **Sans le nommer explicitement ainsi, le droit bancaire et financier français et européen semble d'ores et déjà user du critère du siège réel, lieu où l'activité financière est effectivement réalisée.**

S'agissant de l'agrément des établissements de crédit, la directive CRD 2013/36 apparaît en effet avoir recours au critère du siège réel pour rattacher l'établissement de crédit à la loi nationale puisque l'administration centrale de l'établissement de crédit doit être situé dans le même État que son siège statutaire :

#### Article 13.2 de CRD - Direction effective des activités et lieu de l'administration centrale

« *Les États membres exigent:*

a) d'un établissement de crédit qui est une personne morale et qui a, conformément à son droit national, un siège statutaire, que son administration centrale soit située dans le même État membre que ce siège statutaire ;



*b) de l'établissement de crédit autre que celui visé au point a), que son administration centrale soit située dans l'État membre qui lui a accordé l'agrément et dans lequel il exerce ses activités de manière effective ».*

En droit français, l'octroi de l'agrément d'établissement de crédit se fonde également sur le critère du siège réel dans la mesure où cet agrément ne peut être délivré que si la personne morale candidate à l'agrément a institué son siège social et son administration centrale en France. En effet, l'agrément d'établissement de crédit est délivré par la BCE sur proposition de l'ACPR, aux personnes morales dont le siège social est situé en France : *« avant d'exercer leur activité, les établissements de crédit doivent obtenir un agrément. Cet agrément est délivré à des personnes morales ayant leur siège en France ou à des succursales établies sur le territoire français d'établissements de crédit ayant leur siège social dans un État qui n'est ni membre de l'Union européenne ni partie à l'accord sur l'Espace économique européen »* (I de l'article L. 511-10 du CMF). En plus de leur siège social, l'administration centrale des établissements de crédit doit être localisée sur le territoire national : *« le siège social et l'administration centrale de tout établissement de crédit ou société de financement agréé conformément à l'article L. 511-10 sont situés en France. Ces dispositions ne sont pas applicables aux succursales d'établissements de crédit mentionnées au I de l'article L. 511-10 »* (I de l'article L. 511-13 du CMF).

Ainsi, l'agrément d'établissement de crédit n'est octroyé qu'à la condition que le candidat à l'agrément dispose de son siège réel en France. En vue de délivrer un agrément d'établissement de crédit, l'ACPR et la BCE vérifient systématiquement que l'administration centrale du candidat à l'agrément est située sur le même territoire national que le siège statutaire (cf. [portail autorisations de l'ACPR](#)). Dans sa position 2014-P-04 du 29 janvier 2014 relative à l'utilisation de la forme juridique de SAS par des établissements de crédit, l'ACPR a rappelé que toute modification des statuts d'un établissement de crédit était soumise à son autorisation préalable, notamment si cette modification porte sur l'administration et la direction dudit établissement : *« toute modification statutaire significative d'une SAS est par ailleurs soumise à l'appréciation de l'ACPR, notamment dès lors qu'elle porte sur l'organisation de l'administration et de la direction de la société »*.

## 1.2 - Les entreprises d'investissement

**À l'instar des établissements de crédit, le Code monétaire et financier retient le critère du siège réel pour octroyer l'agrément d'entreprise d'investissement.** Ainsi, la présence d'un siège social et d'une direction effective sur le territoire français font partie des conditions d'octroi de l'agrément d'entreprise d'investissement : *« pour délivrer l'agrément à une entreprise d'investissement, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution vérifie si celle-ci : 1° A son siège social et sa direction effective en France (...) »* (article L. 532-2 du CMF).

En application de l'article L. 532-2 du CMF, l'ACPR vérifie que la personne morale candidate à l'agrément d'entreprise d'investissement détienne son siège social et sa direction effective en France dans le cadre de l'instruction du dossier d'agrément (cf. [portail des autorisations de l'ACPR](#)).



### 1.3 - Les entreprises d'assurance

**Le Code des assurances ne permet pas aux entreprises d'assurance de dissocier la localisation de leur siège statutaire de celui de leur siège réel.**

Les entreprises d'assurance agréées en France souhaitant fournir des opérations d'assurance directes en France doivent disposer sur le territoire national de leur siège social ou d'une succursale, s'il s'agit d'une entreprise d'assurance étrangère (article L. 310-2 du Code des assurances).

L'article L. 322-1-1 du Code des assurances impose aux entreprises d'assurance et de réassurance agréées en France de présenter une identité de localisation entre leur siège statutaire et de leur siège social :

#### Article L. 322-1-1 du Code des assurances

Le siège statutaire des entreprises d'assurance et de réassurance ayant leur siège social en France doit être situé sur le territoire de la République.

Le siège statutaire des entreprises étrangères d'assurance agréées en vertu des articles L. 321-7 ou L. 329-1 doit être situé sur le même territoire que leur siège social.

Outre les exigences de localisation du siège social et du siège statutaire des entreprises d'assurance, le Code des assurances déroge également au droit commun des sociétés en ce qu'il requiert des entreprises d'assurance qu'elles soient constituées sous une forme déterminée, à savoir sous la forme de société anonyme, de société d'assurance mutuelle ou de société européenne (article L. 322-1 du Code des assurances). Une copie de l'acte constitutif de la société doit être transmise à l'ACPR par le candidat à l'agrément dans le cadre de son dossier de demande d'agrément administratif (Annexe I de l'instruction ACPR 2015-I-15 du 30 juin 2015 relative à la composition des dossiers d'agrément ou d'extension d'agrément administratif pour les organismes d'assurance ou de réassurance, point c). L'ACPR pourrait donc refuser de délivrer l'agrément d'entreprise d'assurance à toute société constituée sous une forme qu'elle estime inappropriée.

La réforme de l'article 1837 du Code civil envisagée pourrait n'emporter que peu de conséquences pratiques pour les entreprises soumises à la supervision de l'ACPR et/ou de la BCE.

En effet, les autorités de supervision pourraient continuer d'imposer aux établissements de crédit, aux entreprises d'investissement et aux entreprises d'assurance d'établir leur siège social et leur direction effective en France, conformément aux exigences de la directive CRD, du CMF et du Code des assurances. En matière assurantielle, les entreprises d'assurance agréées en France ont l'obligation d'implanter leur siège statutaire dans le même pays que leur siège social.



Les autorités de supervision sont également les garantes du respect des règles de constitution des établissements de crédit, des entreprises d'investissement et des entreprises d'assurance. Ces règles sont dérogatoires du droit commun des sociétés et continueraient de prévaloir sur la réforme envisagée de l'article 1837 du Code civil régissant le droit commun des sociétés. Les autorités de supervision pourraient alors continuer d'imposer aux établissements de crédit, et aux entreprises d'investissement et aux entreprises d'assurance d'être constituées sous la forme juridique qu'elles jugent appropriée.

À défaut, la délivrance de l'agrément pourrait leur être refusée.

## II- Les conséquences pratiques de cette réforme en matière de transfert de siège social apparaissent limitées

Le principal impact de cette réforme sur les règles sectorielles applicables aux établissements de crédit, aux entreprises d'investissement et aux entreprises d'assurance a trait au risque de contournement de la réglementation dans l'hypothèse où un assujetti fournirait ses services en France et disposerait de sa direction effective en France mais consacrerait dans ses statuts un autre État en tant que siège statutaire.

### 2.1 - Le risque de *forum shopping* par les candidats à l'agrément

S'agissant des établissements non encore agréés par l'ACPR, un risque de *jurisdiction shopping* pourrait être envisagé dans la mesure où cet établissement pourrait se voir appliquer des règles de droit étranger en établissant son siège statutaire dans un autre État.

Néanmoins, l'ACPR et/ou la BCE pourraient refuser de délivrer un agrément à cet établissement de sorte que le risque de contournement de la réforme envisagée par les candidats à l'agrément apparaît faible.

### 2.2 - Le risque de *forum shopping* par les établissements agréés

En ce qui concerne les établissements d'ores et déjà agréés, le risque de *jurisdiction shopping* apparaît limité en pratique dans la mesure où les autorités de supervision doivent donner leur autorisation préalable à toute modification du lieu d'implantation de l'organe de direction indiqué dans les statuts de l'établissement. Elles peuvent également s'opposer au transfert de siège social des établissements soumis à leur contrôle. En tout état de cause, les autorités de supervision peuvent refuser le changement de forme juridique de leurs établissements assujettis.





### 2.2.1 - Les établissements de crédit

Tout d'abord, l'ACPR pourrait s'opposer au changement de la forme juridique sous laquelle l'établissement de crédit est actuellement constitué. Toute modification concernant la forme juridique est en effet soumise à l'autorisation préalable de l'ACPR, en vertu de l'article 18, 1° de l'arrêté du 4 décembre 2017 relatif aux modifications de situation des établissements de crédit<sup>1</sup>.

S'agissant spécifiquement des sociétés par actions simplifiée, l'ACPR pourrait refuser une modification de ses statuts qui ferait apparaître un nouveau siège statutaire. Est en effet soumise à autorisation préalable de l'ACPR toute modification des statuts d'une société par actions simplifiée (l'article 18, 10° de l'arrêté du 4 décembre 2017).

De plus, l'ACPR pourrait s'opposer au transfert du siège statutaire des établissements de crédit constitué sous une autre forme juridique que la société par actions simplifiée en se fondant sur l'article 18, 12° de l'arrêté du 4 décembre 2017 qui dispose qu'est soumise à l'autorisation préalable de l'ACPR toute modification portant sur l'organisation des pouvoirs de direction et de surveillance S'agissant des établissements de crédit agréés en France, l'ACPR pourrait ainsi refuser que l'établissement de crédit dispose de sa direction et de son administration dans un pays autre que la France où est établi son siège social.

De même, le transfert de siège social d'un établissement de crédit agréé en France est soumis à l'autorisation préalable de l'ACPR. L'ACPR peut ainsi s'opposer au transfert de siège social d'un établissement de crédit constitué sous la forme d'une société européenne immatriculée en France (article L. 511-13-1 du CMF) ainsi que ceux constitués sous la forme d'une société coopérative européenne immatriculée en France (article L. 511-13-2 du CMF).

### 2.2.2 - Les entreprises d'investissement

À l'instar de son pouvoir de refuser une modification postérieure à la délivrance de son agrément envisagée par un établissement de crédit, l'ACPR pourrait s'opposer au changement de la forme juridique sous laquelle une entreprise d'investissement est actuellement constituée. Toute modification concernant la forme juridique est en effet soumise à l'autorisation préalable de l'ACPR, en vertu de l'article 18, 1° de l'arrêté du 4 décembre 2017 relatif aux modifications de situation des entreprises d'investissement<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Arrêté du 4 décembre 2017 relatif à l'agrément, aux modifications de situation et au retrait de l'agrément des établissements de crédit.

<sup>2</sup> Arrêté du 4 décembre 2017 relatif à l'agrément, aux modifications de situation, au retrait de l'agrément et à la radiation des entreprises d'investissement et des établissements assimilés.



S'agissant spécifiquement des sociétés par actions simplifiée, l'ACPR pourrait refuser une modification de ses statuts qui ferait apparaître un nouveau siège statutaire. Est en effet soumise à autorisation préalable de l'ACPR toute modification des statuts d'une société par actions simplifiée (l'article 18, 10° de l'arrêté du 4 décembre 2017).

De plus, l'ACPR pourrait s'opposer au transfert du siège statutaire des entreprises d'investissement constituées sous une autre forme juridique en se fondant sur l'article 18, 13° de de l'arrêté du 4 décembre 2017 qui dispose qu'est soumis à l'autorisation préalable de l'ACPR toute modification portant sur l'organisation des pouvoirs de direction et de surveillance S'agissant des entreprises d'investissement agréées en France, l'ACPR pourrait ainsi refuser que l'entreprise d'investissement dispose de sa direction et de son administration dans un pays autre que la France où est établi son siège social.

De plus, l'ACPR peut s'opposer au transfert du siège social d'une entreprise d'investissement immatriculée en France et constituée sous la forme d'une société européenne : « *sans préjudice des dispositions de l'article L. 229-4 du Code de commerce, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution est également compétente pour s'opposer, conformément aux dispositions du 14 de l'article 8 et de l'article 19 du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), au transfert de siège social d'une entreprise d'investissement constituée sous forme de société européenne immatriculée en France et dont résulterait un changement du droit applicable ainsi qu'à la constitution d'une société européenne par voie de fusion impliquant une entreprise d'investissement agréée en France. Cette décision est susceptible de recours devant le Conseil d'État* » (article L. 532-3-2 du CMF).

### 2.2.3 - Les entreprises d'assurance

Contrairement à ses pouvoirs d'autorisation préalable d'une demande de modification des statuts d'un établissement de crédit et d'une entreprise d'investissement, l'ACPR ne se voit que notifiée au préalable de tout changement des statuts d'une entreprise d'assurance (article R. 310-6-1 du Code des assurances).

L'ACPR pourrait cependant utiliser ses pouvoirs de sanctions vis-à-vis d'une entreprise d'assurance, qui, en violation de l'article L. 322-1-1 du Code des assurances, déciderait de transférer son siège statutaire dans un autre pays que celui dans lequel son siège social est établi (article L. 612-39 du CMF).

**En conclusion, il nous semble que la réforme de la règle de conflit de lois envisagée par le groupe de travail ne modifiera pas l'obligation faite aux entreprises sous supervision de l'ACPR et/ou de la BCE de disposer de leur siège réel en France.**



**La réforme de l'article 1837 du Code civil et de l'ajout des articles 1837-1 et 1837-2 du Code civil ne devrait donc pas permettre aux établissements souhaitant disposer d'un agrément bancaire, financier ou assurantiel de déroger aux dispositions du Code monétaire et financier et à celles du Code des assurances.**



## **ANNEXE 10**

### *Liste des membres du groupe de travail*



## LISTE DES MEMBRES DU GROUPE DE TRAVAIL « Le rattachement du siège des sociétés »

### PRÉSIDENT :

- **Hervé SYNDET**, Professeur émérite de l'Université Panthéon - Assas (Paris II)

### MEMBRES :

- **Antoine BONNASSE**, Avocat, BDGS Associés
- **Christian BULGARU**, AMF
- **Julien BRACQ**, Direction Générale du Trésor
- **Odile de BROSES**, AFEP
- **Marc CANAPLE**, CCI Paris Île de France
- **Daniel COHEN**, Professeur à l'Université Panthéon - Assas (Paris II)
- **Louis D'AVOUT**, Professeur à l'Université Panthéon - Assas (Paris II)
- **Niels DEJEAN**, Avocat, Shearman and Sterling
- **Laurene DUFFA**, ACPR
- **Jean Baptiste GALVIN**, Ministère de la Justice (Direction des Affaires civiles et du Sceau)
- **Aurélien HAMELLE**, Directeur Juridique du Groupe TOTAL
- **Nathalie HUET**, CCI Paris Île de France
- **Justine LAMBERGER**, AMF
- **Didier MARTIN**, Avocat, Bredin-Prat
- **Michel MENJUCQ**, Professeur à l'Université Panthéon - Assas (Paris I)
- **Pierre ROHFRITSCH**, Ministère de la Justice (Direction des Affaires civiles et du Sceau)
- **Didier PORACCHIA**, Professeur à l'Université Panthéon - Assas (Paris I)
- **Michel ROLLINGER**, Directeur Juridique du Groupe PSA
- **Joëlle SIMON**, MEDEF
- **Muriel de SZILBEREKY**, ANSA
- **Gérard GARDELLA**, HCJP
- **Gersende DUHAIL**, HCJP
- **Alice NAVARRO**, Magistrate, Conseillère juridique du Directeur Général du Trésor