

**Droit applicable aux sociétés**  
**Propositions en vue de la réunion de Milan**

MARC FALLON

Le texte sur le droit applicable aux sociétés remis par le sous-groupe en vue de la réunion de Milan reprend principalement l'état du projet au terme de la réunion de travail de Luxembourg, en y ajoutant une proposition de formulation d'une disposition sur la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE).

Selon le compte rendu de la réunion de Luxembourg, la discussion à venir doit encore porter sur l'ensemble des dispositions relatives aux règles impératives / lois de police, dont la reformulation pourrait encore conditionner les articles 3 et 4. La question revient à savoir s'il suffit d'une disposition générale analogue à celle des règlements Rome I et II, ou s'il convient d'élaborer des dispositions plus précises propres au droit des sociétés, dans un double objectif d'effectivité et de sécurité juridique.

Il est proposé ci-dessous de tenter l'élaboration de dispositions sur des règles impératives propres au droit des sociétés (point I).

A titre subsidiaire, comme la problématique des règles impératives affecte la relation entre les critères de l'incorporation et du siège réel, il reste utile de réfléchir encore à la possibilité d'un ajustement des deux critères dans la règle de rattachement elle-même (point II).

Par ailleurs, certaines dispositions du texte actuel appellent encore des observations d'ordre formel (point III).

*I. Applicabilité de règles impératives*

*I.1. — Règles du droit des sociétés*

**Quelle que soit la loi applicable en vertu du présent règlement, il est donné effet aux règles impératives qui entendent régir la situation :**

- a) de l'Etat où est située l'administration centrale qui affectent le fonctionnement de la société et les droits et obligations des associés ou actionnaires,**
- b) de l'État où est situé le siège principal d'exploitation, qui affectent l'exercice de l'activité sociale,**
- c) du ou des Etat où sont situés, respectivement, l'administration centrale ou l'établissement concerné, qui déterminent:
  - 1° la participation des travailleurs aux organes de la société,**
  - 2° la responsabilité sociale de la société [et qui ont une incidence sur son fonctionnement],****
- d) de l'Etat où est situé un siège d'exploitation, qui affectent la gestion de cet établissement ou la fourniture d'informations relatives aux statuts de la société,**

**dans la mesure où la loi applicable à la société ne réalise pas de manière équivalente l'objectif poursuivi par ces règles impératives.**

Explication :

Si le critère d'incorporation est maintenu tel que dans la version du sous-groupe, les dispositions sur les règles impératives doivent être formulées avec précision de manière à assurer l'application de ces règles en fonction de leur objet. Il convient donc d'identifier ces objets.

Dans la perspective des formules présentées aux points I et II, le point a) serait probablement sans objet.

## *I.2. — Relation avec d'autres actes européens*

**Le présent règlement n'affecte pas l'application des dispositions de droit de l'Union qui :**

- a) règlent les conflits de lois relatifs à certaines formes de sociétés,**  
**ou**
- b) déterminent l'accès ou l'exercice de certaines activités et ont une incidence sur la constitution, le fonctionnement ou la dissolution de la société.**

Explication :

Une disposition doit réserver, notamment, l'application de règles européennes relatives à l'accès et/ou à l'exercice de l'activité économique, qui ont une incidence sur la constitution ou le fonctionnement de la société (voy. le point 2.b).

## *II. Techniques d'ajustement des critères de localisation dans la règle de rattachement*

Deux méthodes sont évoquées. La première consiste à opérer une distinction selon que la société est visée ou non par l'article 54 TFUE (point II.1). La seconde envisage, pour l'ensemble des sociétés, une formule d'option de législation dans la ligne de ce que prévoient d'autres règlements en matière civile (point II.2).

Dans l'un et l'autre cas, le rattachement fait appel à une condition d'effectivité, ce qui pourrait nécessiter une disposition particulière sur la reconnaissance de la personnalité morale (point II.3).

Ces propositions de conciliation des critères de localisation prennent appui sur l'observation du droit dérivé autant que des travaux d'autres enceintes internationales (voy. la note de travail, point 2).

*II.1. — Ventilation du rattachement en fonction du domaine spatial : distinction entre sociétés européennes et non européennes*

**Article 3 :**

**§ 1. La société est régie par la loi de l'Etat membre en conformité de laquelle elle a été enregistrée en vue de sa constitution, si elle exerce effectivement une activité statutaire sur le territoire de cet Etat au moyen d'une infrastructure stable.**

**§ 2. A défaut d'un tel enregistrement ou d'une telle infrastructure, la société est régie par la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel est située son administration centrale.**

**Article 4 :**

**La société constituée conformément à la loi d'un Etat non membre et qui n'est pas régie par la loi d'un Etat membre en vertu de l'article 3 est régie par la loi de l'Etat sur le territoire duquel est située son administration centrale.**

Explication :

Cette formule établit une distinction selon que la société est ou non de celles visées par l'article 54 TFUE. Pour les sociétés non visées, elle base le rattachement sur le critère de l'administration centrale alors que pour les autres, elle retient un critère d'incorporation mais avec une atténuation par un critère d'effectivité. Dans les deux cas, le rattachement vise à réaliser un objectif de réalité, en exigeant une forme d'activité dans le pays de rattachement, dont l'intensité varie selon que la société est constituée ou non selon le droit d'un Etat membre. Une telle approche est dans le prolongement d'une politique tendant à canaliser le phénomène des localisations fictives, à l'instar de la tendance en matière de fiscalité des sociétés. Dans le domaine sociétal aussi, autant qu'en matière

d'accès au marché, elle est également en harmonie avec la politique du législateur européen, observable dans de nombreux règlements ou directives du marché intérieur (voy. la note de travail, point 2).

La raison de distinguer les sociétés selon qu'elles sont constituées en conformité du droit d'un État de l'Union et d'un pays tiers, et de soumettre ces dernières à un régime de rattachement plus strict, est liée au principe de reconnaissance mutuelle. Ce principe est corrélé à l'existence d'un degré de rapprochement des lois des États membres procédant à une harmonisation essentielle afin d'établir des niveaux de protection équivalents ou comparables des intérêts publics que ces lois cherchent à assurer. Un tel degré d'équivalence est supposé exister en droit des sociétés commerciales par l'effet de plusieurs directives, alors qu'il n'existe guère avec le droit de pays tiers, à défaut d'instruments internationaux.

Concernant les sociétés constituées en conformité avec le droit d'un État membre, la condition de la localisation d'une activité effective dans le pays de constitution répond à une double préoccupation.

En premier lieu, la constitution d'une société par enregistrement dans un État membre sans accompagnement d'un établissement ne saurait se revendiquer du droit d'établissement de l'article 49 TFUE sans contredire la notion d'établissement comme condition d'application de cette disposition selon générale la jurisprudence de la Cour de justice relative au droit d'établissement, malgré les termes de l'arrêt Centros (voy. la note de travail, point 3).

En second lieu, la condition d'une activité effective répond à la conditionnalité exprimée d'emblée par le Conseil dans son programme général du 18 décembre 1961 à propos de sociétés ne localisant dans l'Union que leur siège statutaire. Certes, cette conditionnalité n'était évoquée que dans le contexte de l'article 54 TFUE, qui concerne l'invocabilité du droit d'établissement, alors que le règlement ici envisagé vise seulement à identifier la loi applicable à la société. Elle n'explicité pas moins une exigence d'effectivité aussi exprimée par d'autres enceintes internationales.

La formulation d'une activité effective au moyen d'une infrastructure stable est empruntée à plusieurs actes de droit dérivé, par exemple le § 19 du préambule de la directive 95/46 sur le traitement des données à caractère personnel, le § 19 du

préambule de la directive 2000/31 sur le commerce électronique, l'article 4.5 de la directive 2006/123 générale sur les services (voy. la note de travail, point 2.b).

## *II.2. — Rattachement utilisant une option de législation*

### **Article 3 :**

**La société est régie par la loi choisie dans l'acte de constitution, pour autant que cette loi soit celle d'un État où se situe :**

- a) l'organe chargé de la direction générale ; ou**
- b) l'organe chargé de l'administration générale, y compris l'assemblée générale ; ou**
- c) la résidence habituelle de la majorité des fondateurs ; ou**
- d) [une activité statutaire effective au moyen d'une infrastructure stable] [un centre effectif d'opérations].**

### **Article 4 :**

**A défaut de choix de loi conformément à l'article 3, la société est régie par la loi de l'Etat sur le territoire duquel est située son administration centrale. [Toutefois, si la société a des liens manifestement plus étroits avec un autre Etat, la loi de cet Etat est applicable.]"**

### Explication :

Cette proposition ne distingue pas entre sociétés européennes et non européennes, mais elle tend seulement à aménager le rattachement des articles 3 et 4 du projet du sous-groupe en articulant le rattachement en fonction d'une option de législation.

Cette approche repose sur les considérations suivantes.

D'abord, elle exprime plus nettement que la version du sous-groupe le principe d'autonomie de la volonté qui sous-tend cette version au travers du critère d'incorporation, tout en retenant un modèle d'option de législation déjà utilisé par le législateur européen dans d'autres matières où ce principe n'était pas traditionnellement consacré, à savoir le divorce, les successions et les obligations alimentaires. Selon ce modèle, l'option est limitée à des facteurs en lien avec des éléments de localisation qui caractérisent la matière en termes de proximité.

Ensuite, les termes de l'option présentent une forme de conciliation entre deux facteurs antagonistes en droit comparé de sociétés, à l'exemple, en matière familiale, de la nationalité et la résidence. Ils rendent compte des notions d'incorporation et de siège réel, mais en des termes concrets commandés par la sécurité juridique. Pratiquement, les fondateurs pourront choisir la loi du pays d'incorporation, mais à condition que ce choix corresponde à une forme d'effectivité.

Variante :

L'option de législation pourrait être formulée de manière à expliciter que le choix est basé sur le critère d'incorporation. Dans ce cas, le début de l'article 3 pourrait s'écrire comme suit :

**L'acte de constitution de la société peut contenir un choix de la loi de l'État en vertu de laquelle elle a été immatriculée ou, dans le cas d'une entité non immatriculée, en vertu de laquelle elle a été constituée, si cette loi est celle de l'État où se situe : [...]**

Ou encore :

**La société est régie par la loi de l'État en vertu de laquelle elle a été immatriculée ou, dans le cas d'une entité non immatriculée, en vertu de laquelle elle a été constituée, si cette loi est celle de l'État où se situe : [...]**

*II.3. — Règle sur la reconnaissance de la personnalité morale*

**La société peut invoquer l'existence de la personnalité morale, ainsi que la capacité d'agir en justice, en vertu de la loi de tout Etat en conformité de laquelle elle a été constituée.**

Explication :

Une telle règle a un sens au cas où l'instrument envisagé ne retient pas le critère d'incorporation selon la version du sous-groupe, mais retient la formule proposée dans le point I ou dans le point II ci-dessus. En effet, indépendamment de la question de savoir si la société a été constituée valablement selon la loi applicable en vertu de la règle de conflit de lois du juge saisi, il s'avère nécessaire d'assurer la possibilité de faire valoir des droits en justice, au nom du principe général d'accès à la justice.

La règle intéresse la problématique de la reconnaissance de la personnalité morale. Sans exiger d'autre condition que la vérification qu'il y a eu valablement constitution d'une personnalité morale à l'étranger, elle agit comme une disposition unilatérale à l'instar d'une disposition sur la nationalité. Dit autrement, la règle revient à soumettre la reconnaissance de l'existence de la personnalité morale à la loi de la nationalité de la société, alors que le rattachement même de la société relèverait d'une autre loi. Une telle dissociation est présente en droit international privé comparé, et elle conciliable avec l'arrêt *Überseering*.

### III. Modifications ponctuelles

#### *III.1. — Sur la clause d'exception de l'article 4 du projet du sous-groupe*

L'article 4 de la version du sous-groupe insère une clause d'exception dans le rattachement objectif, entre crochets dans la mesure où la discussion sur ce point n'avait pas pu aboutir lors des réunions de Florence et de Luxembourg. La conclusion était plutôt réticente à Florence.

Il est proposé que, si une telle clause est maintenue, elle affecte aussi le rattachement de l'article 3. En effet, on ne comprend pas pourquoi le critère d'incorporation n'en serait pas affecté s'il veut exprimer une localisation. Cela se comprend en revanche si le critère exprime le principe d'autonomie de la volonté, comme il est acté dans le compte rendu de la réunion de Florence. Précisément, les propositions formulées dans le présent document, aux points I et II, visent à s'écarter de ce principe au sens entendu pour les obligations contractuelles et non contractuelles, en raison de la spécificité du rattachement des sociétés en tant que personnes morales.

### *III.2. — Sur la notion d'administration centrale*

La notion d'administration centrale est largement utilisée en droit dérivé et peut donc être utilisée comme telle. Cependant, dans un instrument dédié au rattachement des sociétés, il serait regrettable de ne pas l'identifier de manière concrète.

Dans le présent document, le point II s'efforce de le faire à propos d'une option de législation.

La question peut surgir chaque fois qu'il y a dissociation d'éléments tels que la localisation du conseil d'administration et de l'assemblée générale, la localisation des services généraux de gestion, le siège d'exploitation principal.

Le code belge de droit international privé y répond par une méthode indiciaire, posant en ordre décroissant le centre de direction, du centre des affaires ou activités, et du siège statutaire (art. 4).

Des précisions données par le droit dérivé suggèrent une référence au lieu de la direction centrale (art. 7 dir. 94/45 sur le comité d'entreprise européen), au lieu de la gestion habituelle » (art. 3 regl. Insolvabilité II) ou au centre effectif de direction (§ 30 du préambule du regl. Insolvabilité II), au lieu de l'activité principale (dir. 2014/17 sur le crédit à la consommation, art. 29.5). La directive 97/36 sur l'activité

audiovisuelle évoque une « siège social effectif » au moyen d'indices décroissants, à savoir la localisation des « décisions de la direction », la localisation d'« une partie importante des effectifs » et l'existence d'« un lien économique stable et réel » (art. 2.3).

### *III.3. — Sur l'obligation d'informer pour les sociétés de pays tiers (art. 7)*

L'article 7 de la version du sous-groupe limite l'obligation d'informer à « companies of third countries operating in the European Union ». Pourtant, le compte rendu de la réunion de Luxembourg conclut à la suppression du terme « third countries ».

Ce point devrait donc faire l'objet d'une discussion. L'intention du texte est probablement de tenir compte d'obligations incombant déjà aux sociétés en vertu de certaines directives : par exemple, la directive 1989/666 sur la publicité des succursales s'adresse aux sociétés qui « relèvent du droit » d'un État membre. Il reste cependant utile de vérifier si l'existence d'une obligation générale d'informer incombant à toute société relevant du droit d'un État membre est certaine en droit dérivé.

### *III.4. — Sur la responsabilité civile de la société et des dirigeants*

Il serait utile de vérifier si les termes de l'article 5 trouvent aisément application à propos de deux types d'affaires récentes, à savoir l'affaire *Kornhaas* (responsabilité du dirigeant à l'égard de la société) et des actions en responsabilité en cours intentées par des actionnaires contre la société Volkswagen (contentieux des moteurs aux logiciels truqués).

### *III.5. — Sur la possibilité d'une clause anti-abus*

Si le rattachement est fondé sur le critère d'incorporation sans conditionnalité, il conviendrait d'examiner la possibilité d'une disposition sur la fraude à la loi qui, tout en relevant de ce concept général de la discipline, serait formulée comme

une clause anti-abus déjà observable en droit de l'Union, à l'exemple de l'article 4 de la directive 2010/13 sur les services audiovisuels ou du § 14 du préambule de la directive 97/36 sur l'activité audiovisuelle (voy. la note de travail, point 2.b).