

Note de travail sur le contexte européen du rattachement des personnes morales

Marc FALLON
Août 2016

La présente note examine certains aspects contextuels du droit européen des sociétés dans la perspective de l'adoption de règles de rattachement au sein de l'Union.

L'hypothèse de travail repose sur un premier constat, à savoir une tendance forte à établir un rattachement basé sur le lieu d'« incorporation » de la société. Cette tendance caractérise certains droits nationaux (Italie, Allemagne ; travaux en cours en Belgique) et est réputée mieux servir l'objectif de bon fonctionnement du marché intérieur que le critère du siège réel. De fait, elle revient à permettre un rattachement fondé sur la volonté des fondateurs et procède du concept d'autonomie de la volonté, par essence facilitateur d'une mobilité transfrontière. C'est bien en ce sens qu'ont pu se comprendre les premiers arrêts rendus par la Cour de justice.

Pourtant, un second constat s'impose également, qui atténue la force persuasive du critère d'incorporation. D'une part, les premières affaires devant la Cour montrent, tantôt une entrave à la mobilité émanant d'un pays d'incorporation (*Daily Mail*), tantôt une situation de conflit de lois entre des systèmes d'incorporation qui veillent à assurer l'applicabilité de dispositions impératives sur base d'un critère d'effectivité (*Centros, Inspire Art*). D'autre part, les derniers arrêts de la Cour de justice (*Cartesio*) suggèrent que le droit des libertés de circulation n'induit aucune préférence de principe pour un critère de rattachement sur l'autre. De manière surprenante surtout, le droit dérivé exprime une tendance très nette à préférer un rattachement fondé sur un lien étroit entre les activités de la société et l'Etat membre de référence.

La présente note vise à attirer l'attention sur l'importance des références du droit de l'Union au principe de proximité (point 2), de même que sur la nécessité de vérifier, d'une part, la relation entre le rattachement des sociétés et la notion de personnalité morale (point 1), d'autre part, la portée d'une notion d'établissement primaire d'une société (point 3) et la compatibilité avec le droit d'établissement d'un rattachement disjonctif en matière de sociétés (point 4), avant d'évoquer plusieurs méthodes d'approche pour le rattachement de la personnalité morale (point 5).

La note a été rédigée avant d'avoir pris connaissance de l'étude de Peter KINDLER, « L'amministrazione centrale come criterio di collegamento del diritto internazionale privato delle società », *RDIPP*, 2015, 897-920. Cette étude relève, comme la présente note, l'importance du critère de l'administration centrale dans le droit dérivé actuel et la pertinence de ce critère pour un rattachement européen des sociétés.

1) Sur l'incidence de la notion de personnalité morale sur le rattachement

Il semble que les réflexions actuelles sur le rattachement des sociétés dans l'Union européenne soient davantage focalisées sur les exigences du droit du marché intérieur tirées de l'enseignement de la jurisprudence européenne, que déduites d'une analyse de la fonction de la personnalité morale. Or, c'est bien de l'émergence du concept de personnalité morale en droit des sociétés qu'est issu le besoin de s'intéresser à un rattachement propre à la matière.

Plusieurs approches de la personnalité morale sont de nature à influencer le rattachement.

- Sources récentes consultées, avec leurs références : J. BORG-BARTHET, « A New Approach to the Governing Law of Companies in the EU : A Legislative Proposal », *JPIL*, 2010, 589-621 ; P. KINSCH, « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », *Mélanges Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015 ; E.-J. NAVEZ, *Le transfert transfrontalier du siège social des sociétés à l'épreuve du principe de territorialité au sein de l'Union européenne*, thèse, Université catholique de Louvain, 2014 ; W. SCHÖN, « Tax and Corporate Governance : A Legal Approach », in *Tax and Corporate Governance, MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law*, Springer Verl., 2008.

En premier lieu, une analogie avec la personne physique a conduit à une forme d'assimilation des rattachements, en s'efforçant d'identifier un « état » de la personne morale, d'autant plus nécessaire que, dans le contexte du Code Napoléon, seul l'article 3 du Code civil — opportunément son alinéa 3 — pouvait fournir une base juridique à une règle de rattachement : il n'est pas indifférent que la jurisprudence ait qualifié primitivement la matière de la faillite comme relevant du statut personnel et, partant, de la nationalité / du domicile du failli (par ex. en Belgique : Cass. 6 août 1852, *de Terwangne c. Heurtey*). L'observation vaut aussi pour les pays anglo-saxons. Le point de départ du critère d'incorporation est à trouver précisément dans la notion de « *Domicil of origin* », transposée, pour une personne morale, au lieu de sa création, plutôt que dans un concept d'autonomie de la volonté.

- Si l'analogie devait être maintenue avec le statut des personnes physiques, il y aurait lieu de tirer enseignement du constat que le droit contemporain des conflits de lois en matière de statut personnel, y compris dans les règlements européens, met en évidence le critère de la « résidence habituelle » sur celui de la nationalité. On peut estimer que, si la nationalité se maintient pour la création de l'état, la résidence prévaut progressivement pour ses effets, tels, pour les rapports de couple, les droits et obligations découlant du mariage, ses effets patrimoniaux, sa dissolution.

En deuxième lieu, une approche économique de la société, développée en particulier aux Etats-Unis en marge de la pensée néolibérale, consiste à voir dans la société une forme de regroupement de volontés individuelles, mettant en réseau un écheveau de rapports contractuels constituant la substance de l'entreprise. Une telle perspective favorise un rattachement de type contractuel et se réclame, partant, du principe d'autonomie. Elle ne cherche pas forcément à identifier une société à une « personne morale » et privilégie la figure de « l'entreprise ». Mais, comme la première approche, elle cherche en même temps à assurer un traitement analogue des personnes morales et des personnes physiques dans la conduite de leurs activités économiques.

En troisième lieu, une autre approche économique dépasse le rôle de la volonté de l'individu et voit l'entreprise comme un phénomène social. Si des individus fédèrent leurs ressources dans un groupement, c'est pour créer une entité qui transcende la somme des apports individuels. Cette approche institutionnelle voit dans la société un acte indépendant des individus qui la composent — actionnaires, directeurs et autres parties prenantes —, capable de mener une politique propre et destinée à assumer une forme de responsabilité sociale — notion en lien avec l'émergence d'une RSE. Cette approche peut expliquer le rattachement par le critère dit du siège réel, compris comme le siège de direction, d'administration centrale ou d'établissement principal d'exploitation.

En quatrième lieu, les juristes ont à s'interroger sur la raison d'être de la personnalité morale comme création juridique et sur les raisons qui incitent les personnes physiques à s'organiser

en forme de société dotée d'une personnalité morale, en particulier dans le contexte économique contemporain. On peut penser à cet égard que la personnalité morale comporte principalement un double effet utile. D'abord, elle s'accompagne d'un principe de responsabilité limitée : le fondateur sait que le risque sera limité à son investissement. Ensuite, elle donne un effet de levier pour la levée de fonds nécessaires à la croissance, laquelle nécessite des investissements. Par cette double fonction, la personnalité morale revêt une dimension d'intérêt général : la création et la gestion de la société ont un impact d'ordre collectif sur un marché économique et financier de référence. Ainsi s'explique notamment l'applicabilité spécifique de règles propres aux sociétés cotées en bourse.

La troisième et la quatrième approches s'éloignent résolument d'un rattachement fondé sur un concept de « personne » — ou sur la nature « fictive » de cette personne née du fait de la loi —, même s'il reste vrai que le besoin d'identifier un rattachement résulte de la création même de la personnalité morale. Elles chercheraient plutôt à localiser un « patrimoine », ou encore un ensemble cohérent d'actions émanant d'un acteur économique — identifié au moyen de la personne morale constituée — et affectant principalement un marché déterminé. Il s'agirait alors d'un rattachement d'affectation, ayant égard à la fonction sociale de la personnalité morale.

Pour conclure sur le point 1 :

Si ces éléments d'analyse s'avèrent exacts, on peut en déduire que le critère d'incorporation s'explique, d'une part, par une vision traditionnelle d'assimilation de la personne morale à la personne physique, caractéristique du droit international privé anglo-saxon et liée à la nécessité d'identifier une localisation territoriale ayant égard aux circonstances de la naissance de la personne, et, d'autre part, par une vision économique néolibérale fondée sur le pouvoir de la volonté de l'individu et voyant dans la société un réseau de rapports contractuels noués par des individus. En revanche, le critère d'incorporation serait impuissant à traduire la fonction socio-économique moderne de la société-entreprise, en tant que partie prenante / acteur / partie composante d'un marché, agissant de manière indépendante par rapport aux individus qui la composent et supposée obéir à des exigences de gouvernance émises par le milieu social affecté par ses activités.

2) Indices de rattachements de proximité en droit dérivé

Une consécration du principe d'incorporation contraste avec de nombreux textes normatifs qui traduisent le souci du législateur international, en particulier européen, de rattacher les activités de la société à un principe de réalité.

Le contexte conventionnel est certes pauvre. En matière fiscale, on peut citer la Convention modèle de l'OCDE, dont l'article 4.3 préconise un rattachement fiscal en fonction du **centre de décisions**. En matière de Corporate Governance, les Principes de l'OCDE énoncent une liste intéressante de points d'attention concernant les droits des actionnaires, des investisseurs institutionnels et marchés financiers, le rôle des « *stakeholders* », l'obligation d'information et de transparence, la responsabilité des directeurs. Implicitement, ils prennent pour base de rattachement le **critère d'incorporation** (point III.F) tout en insistant sur la nécessité d'informer les investisseurs sur le contenu de la *lex societatis*.

Dans le passé, plusieurs enceintes internationales se sont attachées à régler le statut international des personnes morales. On peut citer la Conférence de La Haye dans la Convention

de 1956, l'ILA dans son projet de Convention de 1958 (session de New York), l'Institut de droit international dans sa résolution de Varsovie de 1965, les États membres de la Communauté dans la Convention européenne de 1968.

- Selon l'Institut de droit international, prenant en compte les travaux antérieurs de la Conférence et de l'ILA :
 - Le rattachement de principe est basé sur le critère du pays de constitution ;
 - Mais à défaut de lien effectif (siège d'exploitation, origine des fonds, nationalité ou résidence des fondateurs) avec le pays de constitution, le rattachement selon le siège réel peut l'emporter ;
 - Définition du siège réel : centre principal de direction et de gestion des affaires.
- La Convention européenne de 1968, tout en portant sur la question de la « reconnaissance », vise à concilier les critères de localisation, par une formulation complexe, qui revient à ce que :
 - Le rattachement de principe est basé sur le critère de constitution (mais la règle n'a pas d'applicabilité universelle : la loi désignée est celle d'un État membre) ;
 - Un choix de la loi de constitution est possible ;
 - Le critère du siège réel (administration centrale) peut prévaloir :
 - pour les règles impératives,
 - pour le rattachement, si pas de lien sérieux avec l'économie d'un État membre (pour les sociétés avec siège réel dans un pays tiers) ou si pas d'exercice effectif de l'activité pendant un temps raisonnable dans le pays de constitution.
- La Convention de La Haye pose le principe du critère d'incorporation tout en prévoyant l'effet de la loi du siège réel :
 - En cas de réserve d'un pays prenant en considération le siège réel ;
 - Pratiquement, pour le fonctionnement et l'exercice de l'activité sociale dans l'État de reconnaissance.

C'est en droit de l'Union que l'on trouve une tendance très marquée à retenir un **lien de proximité**, dans une mesure limitée pour identifier la *lex societatis*, et de manière prononcée à propos des activités de la personne morale.

- Un processus de consolidation du droit dérivé des sociétés est en cours (doc COM 2015, 616 ; doc COD 2015/0283). Le texte volumineux semble toutefois omettre toute disposition affectant le conflit de lois.

a) Sur le rattachement de la société (constitution, fonctionnement, liquidation/insolvabilité)

A première vue, le droit dérivé ne contient pas d'enseignement sur le rattachement des sociétés. Plusieurs directives de rapprochement des droits matériels des sociétés — par exemple les directives 2005/56 et 2011/35 sur les fusions — contiennent au mieux une référence au droit de l'État membre « **dont relève** » la société, ce qui constitue une simple règle de signalisation.

- Directive 1989/666 (publicité des succursales) : concerne « les succursales créées dans un État membre par des sociétés qui relèvent du droit d'un autre État membre » (art. 1.1).

D'autres directives fixent indirectement leur domaine d'application dans l'espace par une référence à l'article 54 TFUE, ce qui revient à établir une règle spéciale d'applicabilité visant les sociétés constituées en conformité du droit d'un État membre et qui ont dans l'Union leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur établissement principal.

- Directive 2005/56 (fusions transfrontalières de sociétés de capitaux) ; directive 2009/102 (sociétés à responsabilité limitée à un seul associé) ; directive 2012/30 (protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital).

Force est d'abord de constater une référence au **siège statutaire** dans la plupart des directives visant au rapprochement des droits des sociétés des États membres pour les rendre équivalents, sans constituer pour autant un facteur de rattachement.

- Directive 2003/71 sur les prospectus (art. 2.1.m) et directive 2004/109 (« **transparence** ») sur les informations concernant les émetteurs de titres (art. 2.1.i) : obligation d'informer la localisation du « **siège statutaire** ».
- Directive 2004/25 sur les OPA : le critère du « **siège social** » / « **registered office** » sert à désigner l'autorité de contrôle de l'offre compétente et le droit applicable (art. 4, art. 12) ; ce siège doit être mentionné sur le document d'offre (art. 6).
- Directive 2005/56 sur les fusions transfrontalières :
 - Applicabilité aux sociétés visées par l'article 54 TFUE
 - Renvoi au droit « dont relève » la société
 - Plusieurs allusions au critère du « **siège statutaire** » : art. 16 sur la participation des travailleurs ; art. 5.a sur la mention du siège statutaire dans l'acte constitutif, art. 6.2.a sur la mention du siège statutaire dans le bulletin national de l'Etat « auquel la société est soumise ».
- Directive 2007/36 sur l'exercice de certains droits des actionnaires des sociétés cotées : référence au critère du « siège social » : la directive vise les « sociétés qui ont leur **siège social dans un État membre** et dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé établi ou opérant dans un État membre » (art. 2.1).
- Directive 2009/101 sur la protection des associés et des tiers (consolide la dir. 68/151) et directive 2012/30 sur la constitution des sociétés anonymes : obligation de mentionner le « **siège social** » / « **registered office** » dans l'acte constitutif de la société anonyme (art. 3.a dir. 2012/30), ainsi que dans les lettres et bons de commande de la société et en cas de transfert de siège (art. 2.g et art. 4 dir. 2009/101).
 - Chaque Etat prévoit une obligation **d'inscription dans un « registre »** où la société est inscrite (art. 3 dir. 2009/101)
 - Observation 1 : En accompagnant d'une formalité d'enregistrement la création de sociétés anonymes, sociétés en commandite par action et sociétés à responsabilité limitée, la directive 2009/101 établit pratiquement une corrélation entre siège réel et incorporation dans les Etats membres de siège réel et, de ce fait, *rapproche la théorie du siège réel de celle de l'incorporation*. L'inverse n'est cependant pas vrai, puisqu'un pays d'incorporation peut se contenter de la localisation du siège statutaire.
 - Observation 2 : La référence de ces directives au siège social signifie une référence au siège statutaire à la lumière de la version en langue anglaise (comp. la dir. 68/151 où le terme est « seat »). /36
- Observation : La plupart des références au siège statutaire *concernent une simple obligation d'informer* et ne visent pas directement le rattachement même de la société, même si l'effet utile des mentions du siège statutaire semble être de renseigner sur le droit qui régit la société... Il est cependant peu probable que l'objectif ait été une uniformisation latente du critère de rattachement, vu l'état de disparité des règles de conflit de lois des Etats membres.

Une orientation plus nette en faveur du critère du siège statutaire s'observe dans la proposition de directive relative aux sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée (9 avril 2014, doc. COM 2014, 212, dossier 2014/0120 COD). Alors que la directive 2009/102 qu'elle tend à abroger ne contient aucune précision en vue d'un rattachement, la proposition énonce pour règle de rattachement que « La SUP, et ses statuts, sont régis par le droit national de l'Etat membre dans lequel elle est immatriculée (ci-après le droit national applicable) » (art. 7.4), mais « Le siège statutaire de la SUP ainsi que son administration centrale ou son principal établissement sont sis dans l'Union » (art. 10). L'instrument vise explicitement à faciliter l'établissement de filiales dans d'autres Etats membres.

- L'avenir du texte reste incertain. La Confédération européenne des syndicats (position du Comité exécutif, 11-12 juin 2014) demande qu'en matière de sociétés, le législateur garantisse « que le lieu d'enregistrement du siège social soit lié au lieu d'activités principal », afin de « résoudre le problème des sociétés boîtes aux lettres », estimant que « le principe du siège réel doit devenir un principe de base du droit européen des sociétés ». L'avis du Comité économique et social (JO 2014, C 458/19) va dans un sens analogue :
 - § 1.5. : « Le CESE est d'avis qu'une SUP ne peut être enregistrée dans un lieu où elle n'exerce pas d'activités économiques (sociétés «boîte aux lettres»). La séparation prévue entre le siège administratif et le siège statutaire de l'entreprise est tout à fait inédite dans le cas d'une forme de société européenne et pose dès lors un précédent qui suscite des inquiétudes au sein du CESE. Cette disposition, associée à la règle prévoyant que la législation applicable à la SUP est celle de

l'État membre d'immatriculation, peut aboutir à mettre en péril les droits des travailleurs en matière de participation, mais aussi à donner la possibilité de contourner la législation des États en matière fiscale. »

- § 4.3.1 : « La dichotomie entre siège statutaire et siège administratif permet à la SUP d'échapper très facilement à l'ordre juridique dans le territoire d'application duquel elle exerce réellement ses activités. Divers exemples montrent que cette situation va à l'encontre de la protection des créanciers et des consommateurs mais également de la participation des travailleurs, qu'il est ainsi possible de contourner aisément. La liberté totale de choisir son siège statutaire, sans lien aucun avec le lieu d'exercice des activités, favorise de surcroît les abus, notamment parce qu'il permet en tout état de cause de se soustraire encore plus aisément au contrôle des autorités. On ne peut admettre que les droits des travailleurs en matière de participation qui sont en vigueur dans l'État membre où une SUP exerce l'essentiel de ses activités économiques soient contournés par le choix d'un siège statutaire dans un autre État membre. De même, il n'existe toujours pas de registre européen unique des entreprises. Il conviendrait de remédier de toute urgence à cette lacune avant de penser à libéraliser davantage. »

En revanche, le critère de **l'administration centrale** domine, tantôt à propos de la création de sociétés européennes, tantôt dans divers secteurs, le plus souvent en coïncidence avec le critère du siège statutaire.

Les divers règlements établissant une forme de société « européenne » — société anonyme, société coopérative, groupement européen d'intérêt économique — identifient le critère du siège réel, à la fois comme élément d'une règle conditionnelle de validité basée sur la localisation convergente des sièges statutaire et réel, tantôt comme règle subsidiaire pour les points de droit laissés en dehors du domaine des règles matérielles communes.

- Règlement 2137/85 sur le GEIE :
 - Loi de l'Etat membre « du siège fixé » par le contrat de groupement (art. 2) et obligation d'inscription au registre de cet Etat (art. 3) ;
 - Le siège doit être au lieu de « **l'administration centrale** » du groupement ou d'un membre, ou de « l'activité principale » d'un membre personne physique si le groupement y a « **une activité réelle** » (art. 12) ;
 - Loi de police : applicabilité de la loi de l'Etat membre du lieu « **d'exercice d'une activité** » qui contrevient à l'intérêt public de cet Etat (art. 38).
- Règlement 2157/2001 sur la SE :
 - La SE relève du droit de l'Etat membre « de son siège statutaire » (art. 3)
 - Le siège statutaire est situé « dans le même Etat membre que **l'administration centrale** » (art. 7)
 - « Une société n'ayant pas son administration centrale dans [l'Union] [peut participer à la SE à condition, notamment,] qu'elle ait un **lien effectif et continu avec l'économie** d'un Etat membre » (§ 23 du préambule).
- Règlement 1435/2003 sur la SEC :
 - Localisation du siège statutaire dans l'Etat de « **l'administration centrale** » (art. 6)
 - Référence à la loi du siège statutaire pour les questions non réglées par l'acte (art. 8.c)
 - Condition de constitution : par des personnes physiques qui « résident » dans un Etat membre ou des personnes morales qui résident ou qui « sont régies » par la loi d'un Etat membre (art. 2.1), ou par une entité « n'ayant pas son administration centrale » dans l'Union à condition que (i) elle soit « constituée » selon le droit d'un Etat membre, (ii) elle ait son « siège statutaire » dans l'Etat de constitution et (iii) elle ait « un lien effectif et continu avec l'économie d'un Etat membre » (art. 2.2)
 - « Compte tenu de la nature spécifique et communautaire de la SEC, **le régime du "siège réel" retenu pour la SEC** par le présent règlement est sans préjudice des législations des États membres et ne préjuge pas les choix qui pourront être faits pour d'autres textes communautaires en matière de droit des sociétés » (Préambule, § 14).

Concernant la participation des travailleurs au fonctionnement interne de l'entreprise, le droit dérivé contient quelques éléments de localisation, tantôt au critère du « siège statutaire »,

tantôt au critère d'un « établissement » compris comme lieu d'occupation des travailleurs et, subsidiairement, de « direction centrale ».

- Directive 94/45 sur le comité d'entreprise européen :
 - les pouvoirs et les compétences des comités d'entreprise européens et la portée des procédures d'information et de consultation des travailleurs [...] concernent [...] **tous les établissements** situés dans les États membres » (art. 1.4)
 - Application « subsidiaire » de la loi « de l'État membre dans lequel est implantée la **direction centrale** » soit au choix des parties, soit en cas d'absence d'accord en vue de la constitution du comité d'entreprise » (art. 7).
- Directive 2005/56 sur les fusions transfrontalières :
 - « La société issue de la fusion transfrontalière est soumise aux règles éventuelles relatives à la participation des travailleurs qui sont en vigueur dans l'État membre où son **siège statutaire** est établi » (art. 16.1). On observe par ailleurs que la directive vise les sociétés visées par l'article 54 TFUE.

Par ailleurs, le rattachement de l'insolvabilité peut être vu comme présentant un lien avec le rattachement de la société, dans la mesure où la procédure conduit à la disparition de la personne morale — et de son patrimoine —, autant qu'il exprime la fonction sociale de la personnalité morale. Ainsi, le règlement sur la société européenne (SE) inclut l'insolvabilité dans le domaine de la loi qui régit la constitution de la société (art. 63).

Le règlement 2015/848 Insolvabilité II est particulièrement éclairant d'une tendance à privilégier un rattachement de réalité, même s'il ne touche pas à la présomption favorable au siège statutaire établie par le règlement Insolvabilité I.

- L'article 3 précise désormais le critère de localisation de la « **gestion habituelle** » des intérêts de la société ;
- Le préambule précise désormais clairement que :
 - « § 29. Le présent règlement devrait contenir un certain nombre de garanties visant à **empêcher la recherche frauduleuse ou abusive de la juridiction la plus favorable.** »
 - « § 30. Par conséquent, les présomptions selon lesquelles le siège statutaire, le lieu d'activité principal et la résidence habituelle constituent le centre des intérêts principaux devraient être réfragables, et la juridiction compétente d'un État membre devrait examiner attentivement si le centre des intérêts principaux du débiteur se situe réellement dans cet État membre. Pour une société, il devrait être possible de renverser cette présomption si **l'administration centrale de la société** est située dans un État membre autre que celui de son siège statutaire et si 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 société ainsi que de la gestion de ses intérêts se situe dans cet autre État membre. Pour une personne physique n'exerçant pas une profession libérale ou toute autre activité d'indépendant, il devrait être possible de renverser cette présomption, par exemple si la majeure partie des actifs du débiteur est située en dehors de l'État membre de résidence habituelle du débiteur, ou s'il peut être établi que le principal motif de son déménagement était d'ouvrir une procédure d'insolvabilité auprès de la nouvelle juridiction et si l'ouverture de cette procédure risque de nuire sérieusement aux intérêts des créanciers dont les relations avec le débiteur ont débuté avant le déménagement. »
- Comp. CJ, Eurofood (aff. C-341/04, 2 mai 2006) :
 - Le critère du centre des intérêts principaux est propre au règlement et reçoit une interprétation autonome ;
 - Il est déterminé par des « critères objectifs et vérifiables »
 - La présomption de localisation au siège statutaire est renversée si aucune activité n'y est exercée mais non en cas d'exercice d'une activité, même par une société sous contrôle étranger.

b) Sur l'accès de la société à l'activité économique / au marché et son exercice

Le processus d'intégration positive s'attache nettement à identifier la localisation spatiale des acteurs économiques au moyen d'un critère traduisant un lien économique effectif avec, tantôt

le territoire de l'Union, tantôt le territoire de l'Etat qualifié d'Etat d'origine de la société. Ce lien effectif est recherché en **localisant dans l'Etat d'origine les sièges statutaire et réel.**

Le constat affecte en premier lieu le secteur hautement réglementé des services financiers, où il peut être vu comme étant associé à la nouvelle approche en matière de rapprochement des législations, initiée, dans le domaine des services, à propos des banques et sociétés d'assurance. Cette approche se caractérise par une identification de l'Etat d'origine de l'entreprise, celui-ci étant chargé d'organiser les conditions d'agrément pour l'accès à l'activité et son exercice.

- Directives 2000/12 et 2001/24 relatives aux établissements de crédit: application de la loi de l'Etat d'origine de la société, cet Etat étant celui dans lequel l'établissement a été agréé (art. 1.6 dir. 2000/12), étant entendu que cet Etat « exige :
 - des établissements de crédit qui sont des personnes morales et qui ont, conformément à leur droit national, un siège statutaire, que **leur administration centrale soit située dans le même Etat membre que leur siège statutaire**,
 - des autres établissements de crédit que leur **administration centrale** soit située dans l'Etat membre qui a délivré l'agrément et dans lequel **ils opèrent de manière effective**. » (art. 6.2 dir. 2000/12). »
- Directive 2004/39 concernant les marchés d'instruments financiers (MiFID / services d'investissement) :
 - § 22 du préambule : « Les principes de la reconnaissance mutuelle et de la surveillance exercée par l'Etat membre d'origine exigent que les autorités compétentes des Etats membres ne devraient **pas octroyer l'agrément**, ou devraient le retirer, lorsque des éléments tels que le contenu du programme d'activité, l'implantation géographique ou les activités effectivement exercées indiquent, de manière évidente, que **l'entreprise d'investissement a opté pour le système juridique d'un Etat membre afin de se soustraire aux normes plus strictes en vigueur dans un autre Etat membre sur le territoire duquel elle entend exercer ou exerce la majeure partie de ses activités**. Une entreprise d'investissement qui est une personne morale devrait être agréée dans l'Etat membre où se trouve son siège statutaire. Une entreprise d'investissement qui n'est pas une personne morale devrait être agréée dans l'Etat membre où est située son administration centrale. Par ailleurs, les Etats membres devraient exiger que **l'administration centrale** d'une entreprise d'investissement soit toujours située **dans son Etat membre d'origine** et qu'elle **y opère de manière effective**. »
 - Identification de l'Etat d'origine : critère du « **siège statutaire** » (art. 4.1.20)
 - L'Etat d'origine, compétent pour octroyer l'agrément, exige que « toute entreprise d'investissement qui est une personne morale ait **son administration centrale dans le même Etat membre que son siège statutaire** [ou que] toute entreprise d'investissement qui n'est pas une personne morale ou toute entreprise d'investissement qui est une personne morale mais qui, conformément à son droit national, n'a pas de siège statutaire ait son administration centrale dans l'Etat membre où elle exerce effectivement son activité. » (art. 5.4).
 - Observation : en distinguant la notion de « droit national » de l'entreprise, le texte *dissocie le rattachement de la société de la notion d'Etat d'origine* au sens de la directive.
- Directive 2009/65 sur les OPCVM (sicav) :
 - Applicabilité aux organismes « **établis** » **sur le territoire d'un Etat membre** (art. 1)
 - L'Etat d'origine de la société de gestion est l'Etat du « **siège statutaire** » (art. 2.1.c)
 - L'**établissement** de l'OPCVM est « **considéré** » se trouver dans son Etat d'origine (art. 4), lequel est l'Etat dans lequel il a été agréé (art. 2.1.e) ;
 - La société de gestion est agréée dans son Etat d'origine (art. 6) ;
 - Parmi les conditions d'agrément figure celle que « **l'administration centrale et le siège statutaire** » sont situés dans le même Etat membre (art. 7.1.d)
 - Clause marché intérieur interdisant tout autre Etat de commercialisation d'imposer des exigences supplémentaires (art. 19.8)
 - Domaine de la loi d'origine / de la société: constitution, fonctionnement, relations avec les porteurs de certificats, conditions d'émission de prospectus... (art. 19)
- Directive 2009/138 sur l'accès aux activités de l'assurance et leur exercice (Solvabilité II) :
 - Application de la directive aux « entreprises [...] qui sont **établies** sur le territoire d'un Etat membre ou qui désirent s'y établir » (art. 2.1) ;
 - **Etat membre d'origine : Etat membre du « siège social »**, non autrement défini (art. 13.8) ;
 - Etablissement d'une entreprise : « son siège social ou une de ses succursales » (art. 13.12) ;

- L'agrément est donné par l'Etat d'origine, à savoir du siège social (art. 14.2) ;
- L'Etat exige que le **siège social** « **soit situé dans le même Etat que le siège statutaire** » (art. 20) ;
- Observation : cette condition de coïncidence des sièges social et statutaire se comprend comme distinguant formellement les deux notions de siège et *implique donc que le siège « social » réponde à une certaine effectivité*, cette notion se rapprochant alors de celle de siège « réel » ; cette interprétation est confirmée par la version anglaise qui utilise le terme « **head office** ». On constate ainsi que le terme « siège social » revêt des sens distincts selon les instruments, puisqu'il réfère au siège statutaire dans les directives sur le rapprochement des droits des sociétés.
- La liquidation (c'est-à-dire l'insolvabilité) relève des juridictions de **l'Etat d'origine** (art. 273) et de la loi de cet Etat (art. 274).
- Directive 2014/17 sur le crédit à la consommation :
 - L'Etat membre d'origine est celui de **l'administration centrale** pour un prêteur personne physique, et du siège statutaire pour un prêteur personne morale (art. 4.19)
 - Le prêteur personne morale doit **avoir « son administration centrale dans le même Etat membre que celui de son siège statutaire »** et le prêteur personne physique ou personne morale dépourvue de siège statutaire selon « son droit national » doit **avoir « son administration centrale dans l'Etat membre où il exerce effectivement son activité principale »** (art. 29.5).
 - Observation : en distinguant le « droit national » de la société et l'Etat d'origine, la directive suppose que *le critère de l'administration centrale ne sert pas nécessairement à désigner la loi de la société.*
- Directive 2015/2366 concernant les services de paiement dans le marché intérieur :
 - § 36 : « Pour éviter tout abus du droit d'établissement, il y a lieu d'exiger de l'établissement de paiement qui demande l'agrément dans un Etat membre qu'il **exerce au moins une partie de son activité** de prestation de services de paiement dans cet Etat membre. »
 - § 44 : « Les Etats membres devraient être en mesure d'exiger des établissements de paiement qui exercent leurs activités sur leur territoire, dont l'administration centrale est située dans un autre Etat membre, qu'ils leur adressent un rapport périodique sur les activités exercées sur leur territoire, à des fins d'information ou de statistiques. [...] »
 - art. 4.1 : **L'Etat membre d'origine** se comprend comme **l'Etat du siège statutaire** ou, si le prestataire n'a pas de siège statutaire « conformément à son droit national », l'Etat de son administration centrale.
 - art. 11.1 : « 1. Les Etats membres exigent des entreprises autres que celles [établissements financiers soumis à agrément en vertu d'autres actes] visées à l'article 1^{er}, paragraphe 1, points a), b), c), e) et f), et autres que des personnes physiques ou morales bénéficiant d'une dérogation conformément aux articles 32 ou 33, qui ont l'intention de fournir des services de paiement, qu'elles obtiennent l'agrément en tant qu'établissement de paiement avant de commencer à fournir des services de paiement. **L'agrément n'est accordé qu'à une personne morale établie dans un Etat membre.** »
 - art. 11.3 : « Un établissement de paiement qui, en vertu du droit national de son Etat membre d'origine, est tenu de disposer d'un siège statutaire a son **administration centrale dans le même Etat membre que son siège statutaire et exerce au moins une partie de son activité** de prestation de services de paiement dans cet Etat membre. »
 - art. 32.2 : « Toute personne physique ou morale enregistrée conformément au paragraphe 1 est tenue d'avoir son administration centrale ou son lieu de résidence dans l'Etat membre où elle exerce effectivement son activité. »

Le secteur de l'audiovisuel fournit également une illustration historique du concept de pays d'origine.

- Directive 97/36 sur l'activité audiovisuelle et directive 2010/13 sur les services audiovisuels :
 - Référence à l'Etat membre du « **siège social effectif** » au moyen du critère de la localisation des « **décisions de la direction** », subsidiairement de la localisation d'une « **partie importante des effectifs** », subsidiairement encore de l'existence d'un « **lien économique stable et réel** » (art. 2.3 dir. 97/36).
 - « La notion d'établissement, conformément aux critères fixés par la Cour de justice dans son arrêt du 25 juillet 1991, dans l'affaire 'Factortame' (C-221/89, 25 juillet 1991), comporte **l'exercice effectif d'une activité** économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée » (§ 11, préambule dir. 97/36).
 - Selon l'arrêt Factortame concernant les conditions d'immatriculation d'un navire de pêche,

le droit national ne peut pas imposer une condition de nationalité ou de résidence des propriétaires / fondateurs / actionnaires mais il peut imposer une condition d'exploitation, de direction d'activités et de contrôle à partir du territoire de l'Etat d'établissement.

- « Conformément à une jurisprudence constante de la Cour de justice (citant : 33/74, Van Binsbergen, 3 décembre 1974 ; C-23/93, *TV10*, 5 octobre 1994 [voir aussi : C-56/96, *VT4*, 5 juin 1997 ; C-475/12, *UPC DTH*, 30 avril 2014]), un État membre conserve le droit de prendre des mesures à l'encontre d'un organisme de radiodiffusion télévisuelle établi dans un autre État membre, mais dont **l'activité est entièrement ou principalement tournée** vers le territoire du premier État membre, lorsque cet établissement a eu lieu **en vue de se soustraire** aux règles qui seraient applicables à cet organisme s'il était établi sur le territoire du premier État membre » (§ 14, préambule dir. 97/36).
- « Il convient de prendre des dispositions, dans un cadre communautaire, afin d'éviter les risques d'insécurité juridique et de distorsion de marché et de concilier la libre circulation des services télévisés et la nécessité **d'empêcher que soient éventuellement tournées** des mesures nationales destinées à protéger un intérêt général légitime (§ 19, préambule dir. 97/36).
- Une **clause anti-abus** est formulée dans la directive 2010/13, art. 4 : au terme d'une procédure de coopération avec l'Etat d'origine n'ayant pas abouti, l'Etat d'accueil peut adopter des mesures appropriées si « l'organisme de radiodiffusion télévisuelle en question s'est établi sur le territoire de l'État membre [d'origine] compétent afin de contourner les règles plus strictes, dans les domaines coordonnés par la présente directive, qui lui seraient applicables s'il était installé dans l'État membre d'accueil » (art. 4.3.b).

Le concept de loi d'origine s'est étendu à d'autres secteurs d'activité dans le domaine des services.

- Directive 95/46 sur le traitement des données à caractère personnel :
 - § 18 du préambule : la directive entend « soumettre les traitements de données effectués par toute personne opérant sous l'autorité du responsable du traitement **établi dans un État membre** à l'application de la législation de cet État. »
 - § 19 du préambule : « l'établissement sur le territoire d'un État membre suppose **l'exercice effectif et réel d'une activité au moyen d'une installation stable** [...] ».
 - Dans l'affaire *Google Spain* (C-131/12, 13 mai 2014), la Cour de justice relève que « Google Spain se livre à l'exercice effectif et réel d'une activité au moyen d'une installation stable en Espagne. Étant en outre dotée d'une personnalité juridique propre, elle constitue ainsi une filiale de Google Inc. sur le territoire espagnol et, partant, un «établissement» au sens de l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive 95/46 » (§ 49).
 - Selon la Cour de justice (aff. C-230/14, *Weltimmo*, 1^{er} octobre 2015) : la directive utilise « une conception souple de la notion d'établissement, qui **écarter toute approche formaliste selon laquelle une entreprise ne serait établie que dans le lieu où elle est enregistrée**. Ainsi, afin de déterminer si une société, responsable d'un traitement de données, dispose d'un établissement, au sens de la directive 95/46, dans un État membre autre que l'État membre ou le pays tiers où elle est immatriculée, il convient d'évaluer **tant le degré de stabilité de l'installation que la réalité de l'exercice des activités** dans cet autre État membre » (§ 29). Par ailleurs, vu l'objectif de protection des personnes poursuivi par la directive — et la compétence de contrôle attribuée aux autorités de l'Etat de tout établissement du responsable du traitement, « la notion d'«établissement», au sens de la directive 95/46, s'étend à toute **activité réelle et effective, même minime**, exercée au moyen d'une installation stable » (§ 31).
 - Observation : cette directive atteste, d'une part, que la notion d'établissement, dont la définition répond à la condition d'effectivité qui caractérise plus généralement la notion (arrêt *Gebhard*, aff. C-55/94, 30 novembre 1995), ne sert pas ici seulement à identifier l'établissement principal de l'entreprise, mais aussi et surtout tout établissement quelconque en tant que critère de compétence et de rattachement des activités de traitement ; mais en même temps, la directive confirme le principe d'effectivité, y compris pour l'établissement principal, qui commande l'accès à l'activité économique et son exercice. Il est remarquable que la raison d'être de la condition d'effectivité est, selon le préambule, de prévenir le risque de fraude : selon l'arrêt *Weltimmo* précité, le § 19 du préambule précise « que, lorsqu'un même responsable est établi sur le territoire de plusieurs États membres, il doit s'assurer, notamment en vue **d'éviter tout contournement**, que chacun des établissements remplit les obligations prévues par le droit national applicable aux activités de chacun d'eux » (§ 28).

- La directive 2000/31 sur le commerce électronique contient une « clause marché intérieur » qui s'adresse à l'Etat où un prestataire est « établi » (art. 3.1), sans toutefois définir ce lieu. Le préambule éclaire cependant ce point comme suit :
 - « § 19. Le **lieu d'établissement** d'un prestataire devrait être déterminé conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle le concept d'établissement **implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable et pour une durée indéterminée**. Cette exigence est également remplie lorsqu'une société est constituée pour une période donnée. Le lieu d'établissement d'une société fournissant des services par le biais d'un site Internet n'est pas le lieu où se situe l'installation technologique servant de support au site ni le lieu où son site est accessible, mais le **lieu où elle exerce son activité économique**. Dans le cas où un prestataire a plusieurs lieux d'établissement, il est important de déterminer de quel lieu d'établissement le service concerné est presté. Dans les cas où il est difficile de déterminer, entre plusieurs lieux d'établissement, celui à partir duquel un service donné est fourni, le lieu d'établissement est celui dans lequel le prestataire a le **centre de ses activités** pour ce service spécifique. »
- Règlement 1008/2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte) :
 - la compagnie aérienne « européenne » obtient sa licence d'exploitation auprès de l'Etat membre dans lequel se situe son « **établissement principal** » (art. 4).

Une relation entre la notion d'établissement traduisant un lien économique effectif et les régimes du droit d'établissement et de la liberté de prestation de services issus de l'interprétation jurisprudentielle du droit primaire est explicitée par la directive 2006/123 générale sur les services, laquelle constitue instrument de consolidation de cette jurisprudence plutôt que de rapprochement des droits nationaux.

- La directive et, partant, les régimes du droit d'établissement et de liberté de prestation de services que la directive vise à cristalliser, bénéficie aux sociétés « **ressortissantes** » d'un Etat membre au sens de l'article 54 TFUE, mais en outre, ces sociétés doivent être « **établies** » dans l'UE (art. 2.1), et cet établissement se définit comme « **l'exercice effectif d'une activité économique** [...] au moyen d'une infrastructure stable à partir de laquelle la fourniture de services est réellement assurée » (art. 4.5).
- Observations : en d'autres termes, la directive distingue :
 - d'une part, une condition de nationalité, ce qui renvoie, d'abord aux articles 49 TFUE et 56 TFUE où la nationalité d'un Etat membre est un critère d'invocabilité du traité, ensuite à l'article 54 TFUE qui « assimile » aux nationaux des Etats membres les sociétés constituées en conformité du droit des Etats membres ;
 - d'autre part, une condition d'établissement, définie selon les termes utilisés par la Cour de justice pour identifier un établissement au sens du droit d'établissement (voir spécialement l'arrêt *Gebhard*, C-55/94, 30 novembre 1995). Ainsi, l'article 49 TFUE ne saurait être revendiqué pour créer une coquille vide dans l'Etat membre d'établissement.

D'autres actes intéressant la détermination de droits et obligations de la personne morale à l'égard de tiers en matière civile se réfèrent nettement au critère de l'administration centrale. Il en est ainsi en matière d'obligations contractuelles et non contractuelles.

- Selon les règlements 593/2008 Rome I et 864/2007 Rome II : la résidence habituelle d'une personne morale est le lieu où « elle a établi son **administration centrale** », ce lieu étant celui de l'établissement principal dans le cas d'une personne physique agissant dans le cadre d'une activité professionnelle (art. 19 Rome I ; art. 23 Rome II).
- Dans le contexte du règlement 1215/2015 Bruxelles Ibis, l'interprétation de la notion d'« établissement » au sens de l'art. 7.5 s'entend, à la lumière de l'interprétation de la même disposition présente dans la version de la Convention de Bruxelles, comme étant un centre d'opérations qui se manifeste de façon durable vers l'extérieur [...] pourvu d'une direction et matériellement équipé de façon à pouvoir négocier des affaires avec des tiers [...] », critère qui nécessite la vérification de « l'existence d'un **centre effectif d'opérations** » (arrêt *Somafer*, aff. 33/78, 22 novembre 1978).

Pour conclure sur le point 2 :

Par leur objet, ces instruments vus dans leur ensemble ne déterminent pas le rattachement de la société au sens du droit international privé. Pourtant, lorsqu'ils rapprochent les droits nationaux des sociétés en vue de les rendre équivalents, ils évoquent le siège statutaire, essentiellement à propos d'une obligation d'informer les tiers. En revanche, le critère de l'administration centrale domine pour le statut de sociétés européennes et pour les conditions d'accès et d'exercice des activités économiques, souvent en posant une règle de convergence des sièges statutaire et réel. Le législateur européen exprime alors l'exigence d'un lien réel entre la société et un marché déterminé. Cette exigence peut se confondre pratiquement avec une condition de rattachement. Autre chose est encore de se demander si ce principe de réalité doit commander, tantôt la désignation de la *lex societatis*, tantôt l'applicabilité de dispositions impératives qualifiables de lois de police.

Il est significatif que l'exigence de convergence des sièges statutaire et réel, ou la référence à l'administration centrale ou à une activité effective, s'explique notamment, selon certains préambules, par une volonté de lutter contre le contournement de la loi nationale la plus stricte. Ce faisant, le législateur européen semble prendre le contre-pied d'une position de la Cour de justice comprise comme ouvrant la voie à la recherche de l'application de la loi la plus favorable.

Par ailleurs, même si le législateur européen n'entend viser que des sociétés couvertes par l'article 54 TFUE, il cherche à s'assurer de la localisation d'une activité effective dans l'Union à propos de sociétés « pseudo européennes », constituées en conformité du droit d'un Etat membre où elles ont leur siège statutaire sans avoir leur administration centrale ni leur établissement principal dans un Etat membre.

3) Sur la notion d'établissement primaire d'une personne morale

Les arrêts *Centros* et *Inspire Art* reconnaissent l'invocabilité de l'article 49 TFUE à une société du seul fait de sa constitution en conformité avec le droit d'un Etat membre et de la localisation de son siège dans un Etat membre, afin de créer un établissement « secondaire » dans un autre Etat membre, même si elle est dépourvue de toute activité économique dans l'Etat d'origine. En d'autres termes, le simple fait d'un siège statutaire purement formel serait constitutif d'une forme d'établissement « primaire ».

Que le bénéficiaire du droit d'établissement doive être reconnu dans ce cas du seul fait que la personne soit ressortissante d'un Etat membre ne soulève pas de difficulté, une fois que la personne morale a été constituée valablement selon le droit international privé d'un Etat membre, dès lors qu'il convient d'attribuer une « nationalité » à la personne morale pour assurer un effet utile à la qualité de « ressortissant » visée par les articles 49 TFUE et 56 TFUE : tel est bien l'objet de l'article 54 TFUE, qui s'en remet, pour identifier cette nationalité, au droit international privé des Etats membres.

Autre est cependant la question qui se pose en amont de la constitution de la société, à savoir la question du droit des fondateurs d'invoquer le droit d'établissement de l'article 49 TFUE afin de constituer la société dans l'Etat membre de leur choix : cet établissement est-il soumis à une condition d'effectivité, à savoir l'existence d'un lien réel avec l'économie de l'Etat d'établissement ? La réponse se trouve assurément dans la définition d'un établissement au vertu de l'arrêt *Gebhard* (aff. C-55/94, 30 novembre 1995), qui énonce « une participation stable et continue à l'activité économique » de cet Etat. Cette notion est appréciée en fonction

d'indices de « fréquence, périodicité ou continuité » de l'activité de nature à « favoriser l'interpénétration économique et sociale » à l'intérieur de l'Union. Autrement dit, la création au Royaume-Uni d'une personne morale par des fondateurs néerlandais ou danois établis aux Pays-Bas ou au Danemark reviendrait, dans le contexte de l'article 49 TFUE, à créer un établissement secondaire et, à ce titre, cet établissement devrait répondre à la condition d'effectivité de l'arrêt *Gebhard* pour pouvoir invoquer le droit d'établissement.

- Certes, invoquer l'article 49 TFUE est sans objet lorsque l'Etat de constitution ne prévoit d'autre condition que le choix d'un siège statutaire sans autre lien d'effectivité. Mais si les fondateurs de ces deux sociétés avaient rencontré un obstacle à la création de leurs sociétés émanant de l'Etat de constitution, par exemple au cas où ils auraient voulu constituer la société dans un Etat membre de siège réel sans y implanter de siège, ils se seraient heurtés à la double condition d'enregistrement et de localisation du siège réel prévue par le droit de cet Etat, sans que l'article 49 TFUE ne s'y oppose.
- Voy. aussi en ce sens l'arrêt *Cadbury Schweppes*, aff. C-196/04, 12 septembre 2006 :
 - § 53 : « [L'objectif poursuivi par la liberté d'établissement est de permettre à un ressortissant d'un Etat membre de créer un établissement secondaire dans un autre Etat membre pour y exercer ses activités et de favoriser ainsi l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de la Communauté dans le domaine des activités non salariées (voir arrêt du 21 juin 1974, *Reyners*, 2/74, Rec. p. 631, point 21). La liberté d'établissement entend, à cette fin, permettre à un ressortissant communautaire de participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un Etat membre autre que son Etat membre d'origine et d'en tirer profit (arrêt du 30 novembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, Rec. p. I-4165, point 25). »
 - § 54 : « Eu égard à cet objectif d'intégration dans l'Etat membre d'accueil, la notion d'établissement, au sens des dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement, implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans cet Etat pour une durée indéterminée (voir arrêts du 25 juillet 1991, *Factortame e.a.*, C-221/89, Rec. p. I-3905, point 20, ainsi que du 4 octobre 1991, *Commission/Royaume-Uni*, C-246/89, Rec. p. I-4585, point 21). Elle suppose par conséquent une implantation réelle de la société concernée dans l'Etat membre d'accueil et l'exercice d'une activité économique effective dans celui-ci. »
- Comp. en ce sens sur l'immatriculation des navires de pêche, les conclusions de l'avocat général La Pergola précédant l'arrêt *Centros*, note 46 : l'Etat ne peut pas limiter l'inscription dans le registre national par une condition de nationalité des propriétaires (CJ 221/89, 25/7/1991, *Factortame*) mais « le libre établissement transfrontalier [peut] être légitimement soumis à la condition que le bateau à immatriculer soit exploité et ses opérations dirigées et contrôlées à partir du territoire de l'Etat membre intéressé (selon la Cour, une telle condition recouvre en substance la notion même d'établissement au sens des articles 52 et suiv. du traité; idem, point 34). »
- Un enseignement similaire est donné aux fins de dissocier les domaines respectifs de la circulation des capitaux et du droit d'établissement, à propos de la prise de participation au capital d'une société. Alors qu'une prise de participation, mineure ou substantielle, constitue un investissement au sens du chapitre sur les capitaux, relève du droit d'établissement une participation « conférant une influence certaine sur les décisions de la société et lui permettant d'en déterminer les activités » (arrêt *Baars*, aff. C-251/98, 13 avril 2000, § 22). En d'autres termes, cette forme d'exercice du droit d'établissement se traduit par un élément ayant égard au critère de direction effective d'une société.
- Sur ce que le concept d'établissement primaire d'une personne morale ne saurait s'appliquer à la constitution même de cette personne si ce n'est dans le chef des fondateurs, qui sont des personnes physiques ou d'autres personnes morales, mais uniquement à propos du transfert de siège ou de la fusion, voy. : G.H. ROTH, *Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für dans Kapitalgesellschaftsrecht*, München, Beck Verl., 2010, p. 3 ; G. MUSTAKI et V. ENGAMMARE, *Droit européen des sociétés*, Paris, LGDJ, 2009, p. 24, cités par E.-J. NAVEZ, précité, p. 493.

Il n'est pas indifférent de constater que la qualité de « ressortissant » d'un Etat membre obéit selon l'article 54 TFUE, pour une société, à une double condition, à savoir non seulement d'être constituée en conformité avec le droit d'un Etat membre, mais en outre d'avoir à

l'intérieur de l'Union son siège statutaire, son administration centrale ou son établissement principal. Même si, pour la Cour de justice, cet article sert à déterminer la nationalité en s'en remettant au droit (international privé) des Etats membres, il y ajoute une condition distincte, exprimant une forme de rattachement territorial avec l'Union. Certes, ces trois critères territoriaux correspondent à la liste des facteurs de rattachement utilisés par les Etats membres. Cependant, ils entendaient bien exprimer une forme de condition d'établissement exprimant un lien effectif avec l'économie des Etats membres. En atteste la position du Conseil dans son programme général sur la suppression des restrictions à la liberté d'établissement du 18 décembre 1961.

- Concernant les personnes morales constituées selon le droit d'un Etat membre et y ayant leur siège statutaire mais n'ayant ni leur administration centrale ni leur établissement principal dans l'Union, les conclusions de l'avocat général La Pergola précédant l'arrêt *Centros* indiquent (§ 12) :

« Étant donné que la disposition libérale de l'article [54 TFUE], précité, pouvait être interprétée dans le sens de l'admission au bénéfice de la liberté de créer un établissement secondaire également pour les personnes morales ayant sur le territoire communautaire leur siège statutaire, mais non leur siège social 'réel', c'est-à-dire leur administration centrale, ni leur centre d'activité principal, la nécessité est rapidement apparue de préciser les conditions auxquelles cette liberté est soumise pour ce qui est des sociétés établies à titre principal en dehors de la Communauté (13). Comme l'a clairement indiqué le programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement, adopté par le Conseil le 18 décembre 1961 (JO, 1962, 2, p. 36), il faudra à cette fin que l'entité satisfasse à un critère de rattachement supplémentaire, de nature économique : celui du lien 'effectif et continu' avec l'économie d'un État membre (15). Mais — il est à peine besoin de l'ajouter — il s'agit d'un critère qui n'a de valeur qu'en ce qui concerne les sociétés extracommunautaires. »

Selon la note 13 : « Voir Poillot-Peruzzetto, S., et Luby, M., *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Paris, 1998, p. 141. Y. Loussouarn observe, pour ce qui est de la genèse du critère de rattachement indiqué ci-après dans le texte, que les autorités communautaires et les délégués des États membres sont partis de la constatation que l'article [49 TFUE] conditionne le droit d'établissement secondaire des personnes physiques à l'établissement (primaire) sur le territoire d'un État membre : donc, à la condition — supplémentaire par rapport à celle de la citoyenneté — du domicile à l'intérieur de la Communauté. Toutefois, la transposition pure et simple de cette exigence aux sociétés, au moyen du cumul de la condition du siège réel et de celle du siège statutaire, aurait été en contradiction flagrante et irréductible avec le prescrit de l'article [54 TFUE] (voir « Le rattachement des sociétés et la Communauté économique européenne », dans *Études de droit des Communautés européennes. Mélanges offerts à Pierre Teitgen*, Paris, 1984, p. 239, spécialement p. 245 et 246, et « Le droit d'établissement des sociétés », dans *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, p. 229, spécialement p. 236). »

Selon la note 15 : « Ce lien pourra être constitué précisément par la présence d'une dépendance de la société extracommunautaire sur le territoire d'un État membre, pourvu que l'activité de cette articulation territoriale ait un caractère permanent, effectif et pertinent (à l'exclusion, par exemple, de simples bureaux de représentation ou de comptoirs qui n'opèrent pas sur le marché ou emploient un nombre d'employés très restreint). En revanche, la nationalité des personnes physiques des associés ou des membres des organes de gestion ou de contrôle de la société est, sous cet angle, dénuée d'importance. »

- Pour une application par le législateur européen de cette condition d'effectivité aux sociétés n'ayant dans l'Union ni leur administration centrale ni leur établissement principal, voy. les règlements précités concernant la constitution de sociétés européennes, notamment la SE et la SEC. Il en va de même de la directive 2006/123 générale sur les services, couvrant notamment le droit d'établissement, qui exige que la société soit « établie » dans un Etat membre (voy. supra, point 2).
- Sur ce que l'invocabilité du droit d'établissement d'une personne morale suppose un établissement préalable dans l'Union, voy. notamment : M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Paris, Montchrestien, 2011, n° 125.

Pour conclure sur le point 3 :

L'affirmation d'un droit à la création d'une personne morale par le choix de la loi la plus favorable en fonction de l'Etat membre de constitution découle moins d'une implication du droit d'établissement au sens de l'article 49 TFUE que de l'état du droit international privé comparé des Etats membres. De fait, l'invocabilité de ce droit d'établissement à propos de la création d'une personne morale n'appartient pas à cette personne mais à ses fondateurs, personnes physiques ou autres personnes morales, pour qui créer une personne morale au sens de l'article 49 TFUE revient à créer un établissement secondaire, lequel doit répondre à une condition d'effectivité. Cette effectivité s'entend au moins comme l'exercice d'une activité économique exprimant une participation durable à l'économie de l'Etat d'établissement.

De son côté, le législateur européen a bien veillé à ce que la condition de localisation de siège — statutaire ou réel — énoncée dans l'article 54 TFUE comme condition d'invocabilité du droit d'établissement au sens de l'article 49 TFUE s'accompagne d'une effectivité minimale dans le cas d'une société ne disposant pas de siège réel dans l'Union par la localisation de son administration centrale ou de son établissement principal.

4) Vers un rattachement disjonctif distinguant constitution et fonctionnement de la personne morale ?

Les éléments de droit dérivé répertoriés au point 2) ci-dessus montrent l'incidence dominante d'un critère de réalité pour les questions relatives aux activités de la société, jusqu'à sa liquidation, et ils pourraient suggérer une évolution du rattachement des personnes morales en pratiquant une distinction entre, d'une part, la création de la personnalité et, d'autre part, les rapports de droit ultérieurs. L'analogie serait possible avec l'évolution de certains rattachements en matière de statut personnel. Ainsi, le rattachement du mariage s'est détaché progressivement d'une règle unitaire pour donner lieu à une pluralité de règles qui isolent diverses questions apparaissant postérieurement à la création du rapport juridique : effets personnels, effets patrimoniaux, dissolution. Cette évolution est liée à la prise en compte d'objectifs propres aux règles matérielles portant sur ces questions, qui appellent des rattachements s'écartant du critère traditionnel de nationalité, au bénéfice du critère de résidence.

En matière de sociétés commerciales, une telle perspective pourrait se dessiner au départ de l'arrêt *Kornhaas* du 10 décembre 2015 (aff. C-594/14), relatif à la responsabilité personnelle du dirigeant d'une société constituée au Royaume-Uni mais dont le centre des intérêts principaux était en Allemagne, à propos d'une action du curateur intentée contre le dirigeant après ouverture d'une procédure d'insolvabilité et fondée sur une disposition du droit allemand des sociétés obligeant le dirigeant ayant négligé de demander l'ouverture d'une procédure, à rembourser à la société le montant de toute dette payée après le début de l'insolvabilité.

Certes, la portée de cet arrêt ne doit probablement pas être extrapolée : son contexte est celui d'une procédure d'insolvabilité, et la question paraissait à la Cour suffisamment simple pour ne pas donner lieu au dépôt de conclusions de l'avocat général et pouvoir être tranchée par une chambre à trois juges, ce qui suffit à exclure la portée d'un arrêt de principe. Cependant, la juridiction nationale avait formulé une observation plutôt générale affectant le rattachement même des sociétés au départ des arrêts *Überseering* et *Inspire Art*, dans les termes suivants inspirés d'une « controverse dans la doctrine allemande » (§ 9) : « la jurisprudence de la Cour [...] pourrait également être interprétée en ce sens que les rapports internes des sociétés créées

dans un État membre, mais exerçant leur activité principale dans un autre État membre, relèvent dans le cadre de la liberté d'établissement, du droit des sociétés de l'État de constitution » (§ 12).

Après avoir constaté assez naturellement que l'action du curateur relevait du champ d'application du règlement 1346/2000 dans la mesure où la règle matérielle en cause déroge au droit commun en vue de réaliser un objectif du droit de l'insolvabilité (prévenir la diminution de la masse), la Cour répond à une seconde question relative à l'applicabilité de l'article 49 TFUE relatif à la liberté d'établissement. Reprenant les arrêts *Überseering* et *Inspire Art* relevés par la juridiction nationale, elle constate que cette jurisprudence concerne seulement la reconnaissance de la capacité juridique et la responsabilité personnelle des dirigeants pour violation de dispositions sur le capital minimal. Elle estime ensuite que la liberté d'établissement n'est pas affectée pour le motif que la règle matérielle allemande en cause « ne concerne aucunement la constitution » d'une société ni « son établissement ultérieur », mais qu'elle ne s'applique que « dans le cadre de l'activité » de la société, c'est-à-dire « qu'après que cette société a été constituée ».

Sans avoir à vérifier ici l'exactitude de l'inapplicabilité du régime de la liberté d'établissement à toute règle nationale concernant les activités d'une entreprise établie dans l'État d'accueil, il est intéressant de noter une distinction entre les dispositions relatives à l'existence de la personne morale — sa capacité juridique et la reconnaissance de celle-ci, et sa constitution — et d'autres dispositions qui affectent les activités ultérieures de la personne morale. Pour avoir un effet utile en termes de règles de rattachement, cette distinction donne à entendre que le droit de l'Union ne s'oppose pas à un système de rattachement utilisant le facteur d'incorporation pour l'existence de la personne morale, et le facteur du centre de direction ou de l'administration centrale pour le fonctionnement de la personne morale.

Pour conclure sur le point 4) :

La Cour de justice, après avoir relevé dans l'arrêt *Cartesio* les mérites respectifs des diverses règles nationales de rattachement des États membres, pourrait, au départ de l'arrêt *Kornhaas*, admettre la pertinence d'un rattachement de type disjonctif, distinguant, d'une part, l'existence de la personnalité morale, sa reconnaissance et les conditions de sa constitution, et, d'autre part, son fonctionnement, ses activités et sa liquidation. Alors que la première catégorie relèverait du droit du pays de constitution, la seconde relèverait du droit du pays du centre effectif de direction ou administration centrale.

5) Modes d'expression possibles du principe de proximité dans le rattachement de la personne morale

Il convient d'abord d'évaluer :

- (a) l'incidence exacte de la politique législative exprimée dans le droit dérivé, sur le rattachement d'une personne morale, tout en constatant que les sociétés européennes et les sociétés actives dans certains secteurs, en particulier celui des services, sont amenées *de facto* à assurer une convergence de leur siège statutaire et de leur administration centrale ;
- (b) les déductions à tirer d'une analyse de la nature et/ou de la fonction de la personnalité morale, notamment pour limiter la catégorie de rattachement au cas de personnes morales ;

- (c) la pertinence de l'arrêt *Centros* quant à la faculté pour les fondateurs de loger leur société dans le droit d'un Etat au nom de la liberté d'établissement sans lien de proximité ;
- (d) s'il convient d'orienter le contenu d'une proposition d'acte européen en fonction d'options de nature politique, en particulier des positions pouvant être prises au sein du Conseil en fonction de l'état actuel du droit des sociétés de la majorité des Etats membres, où le critère d'enregistrement occupe, directement ou indirectement, une place dominante du fait de l'obligation d'enregistrement établie par voie de directive, obligation assortie de celle de la localisation du siège réel dans les Etats utilisant ce critère de rattachement ;
- (e) si le résultat à atteindre est la rédaction d'un projet de règlement, ou plutôt d'une recommandation analysant les divers paramètres à prendre en compte en vue d'élaborer des règles de rattachement communes, en laissant le soin de cette élaboration au processus en cours au sein de la Commission.

Ensuite, divers paramètres peuvent être envisagés en soi.

1. L'incidence éventuelle du principe de proximité pourrait s'exprimer à trois niveaux distincts :

- 1. soit pour agir sur le **critère de rattachement** de la société ;
- 2. soit pour induire une structure de **rattachement disjonctif**, opérant une distinction — si elle est praticable — entre, d'une part, la « reconnaissance » au sens strict de la société, à savoir les conditions de sa constitution et sa capacité d'agir, et, d'autre part, son fonctionnement et sa dissolution (voy. *infra*, point 3.5) ;
- 3. soit seulement comme critère **d'applicabilité de lois de police**, concernant principalement les relations de la société avec des tiers ou d'autres parties prenantes (*stakeholders*) pouvant exercer une incidence sur le fonctionnement de la société (représentation de travailleurs, RSE...); ces lois de police pourraient être européennes, en fonction du degré d'impérativité des règles matérielles de droit des sociétés établies par voie de directive (voy. *infra*, point 3.3).

2. Concernant l'incidence sur le critère de rattachement de la société, plusieurs approches sont possibles en soi :

- 1. soit exclure toute incidence, et **maintenir le critère d'incorporation** tel quel, sans limitation ;
- 2. soit retenir le critère du siège réel, entendu comme lieu de **l'administration centrale / centre de direction** ;
- 3. soit établir un **lien entre incorporation/siège statutaire** d'une part, **et siège réel** d'autre part, selon diverses formules possibles :
 - a. soit retenir le critère du siège statutaire s'il s'accompagne de la localisation du siège réel ;
 - b. soit retenir le critère du siège statutaire s'il s'accompagne au moins de l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une infrastructure stable ;
 - c. soit considérer que le critère du siège statutaire vaut seulement comme présomption, réfragable, du siège réel.

- Une référence au critère du siège réel devrait comprendre une définition de celui-ci. Cette définition peut utiliser un terme unique, telle « l'administration centrale » à l'exemple du droit dérivé, ou plusieurs termes indiciaires en cascade, par exemple le centre de direction, subsidiairement le centre des activités

(établissement principal), subsidiairement encore le siège statutaire — sauf dans ce dernier cas si la règle utilise ce siège comme une présomption de siège réel.

- Les solutions (2) et (3) peuvent éventuellement se concevoir dans une cascade de rattachements, prévoyant par exemple à titre principal les rattachements (3) et, à défaut, le rattachement (2). Au sein des rattachements (3), le rattachement (a) peut en soi être retenu à titre principal par rapport au rattachement (b), ou inversement.
3. En cas de difficulté à faire un choix entre les critères d'incorporation et de siège réel, une autre approche peut viser à une méthode de conciliation, comme suit :
1. Une première méthode consiste à retenir une forme **d'option de législation**, à l'exemple de la méthode utilisée par les règlements européens en matière familiale, permettant de formuler, dans l'acte de constitution, un choix de loi encadré, parmi une liste de critères de localisation à déterminer qui illustreraient un principe de proximité ; cette méthode nécessiterait cependant un rattachement subsidiaire qui, si la règle repose sur un principe de proximité, devrait retenir normalement le critère du siège réel.
 2. Une deuxième méthode vise, si le principe d'incorporation est maintenu, à **exclure une applicabilité universelle de l'instrument**, c'est-à-dire limiter la désignation de la loi d'incorporation à celle d'un Etat membre. Cette limitation se justifierait du fait de l'harmonisation du droit des sociétés des Etats membres, qui vise à mettre en équivalence les conditions de constitution, de fonctionnement et de protection de parties prenantes : le risque d'un effet Delaware serait donc insignifiant. Pour les sociétés/personnes morales non incorporées dans un Etat membre, soit chaque Etat membre resterait libre de déterminer le rattachement de la société, soit une règle de rattachement commune spécifique leur serait applicable.
 3. Surtout au cas où l'instrument retenant le critère d'incorporation serait d'applicabilité universelle, il conviendrait (1) d'identifier un noyau dur de règles impératives qualifiables de **lois de police** et (2) d'identifier les critères d'applicabilité pertinents — avec une distribution probable entre les critères de l'administration centrale et de la localisation d'une activité ou siège d'exploitation — mais aussi (3) d'évaluer la nécessité d'assurer l'applicabilité immédiate de règles impératives établies par voie de directive en tant que lois de police européennes.
 4. Dans le cas précité, une **clause anti-abus** pourrait être envisagée, à l'exemple de ce que prévoit la directive 2010/13 sur les services audiovisuels.
 5. Une troisième méthode élabore un **rattachement de type disjonctif**, répartissant les domaines respectifs de la loi d'incorporation et de la loi de siège réel, voire de la loi d'un établissement de la société. Par exemple, le domaine de la loi d'incorporation pourrait être limité à la question de l'existence de la personnalité morale, visant essentiellement la question de la capacité et de l'existence d'un patrimoine propre (notion de responsabilité limitée) — en suivi de la jurisprudence *Überseering* —, à l'instar de la notion de nationalité. Les règles sur le fonctionnement, voire la composition des organes et la composition du capital, et sur les relations avec les parties prenantes (actionnaires, travailleurs, créanciers) relèveraient de la loi du siège réel. La loi du siège d'exploitation d'un établissement pourrait, au titre de loi de police, régir certains aspects de la représentation des travailleurs ou de la RSE.

4. Quel que soit le contenu d'un instrument européen sur le rattachement des sociétés, il convient d'évaluer la mise en compatibilité ou en cohérence avec d'autres directives et règlements ayant recours à un critère de localisation tel que le siège statutaire ou l'administration centrale. S'agissant du règlement Bruxelles *Ibis*, cela concernerait certainement le critère de compétence de l'article 24.2, mais probablement pas nécessairement la définition du domicile au sens de l'article 63.1.