

**ILLUSTRATIONS DU PRINCIPE DE RÉALITÉ DANS LE DROIT DÉRIVÉ
INTÉRESSANT LES SOCIÉTÉS ET L'EXERCICE DE LEURS ACTIVITÉS**

Marc Fallon*

* Professeur émérite, Université catholique de Louvain.

Le présent texte peut être uniquement utilisé à des fins de recherche individuelle. Toute reproduction ou diffusion, que ce soit en version papier ou électronique, est soumise au consentement du ou des auteurs. L'auteur est libre d'en publier le contenu ailleurs mais assume alors l'entière responsabilité du respect de ses obligations vis-à-vis de tout éditeur tiers.

This text may be used for personal research purposes only. Any reproduction or diffusion for other purposes, whether in hard copy or electronic format, requires the consent of the author(s). The author is free to publish the text elsewhere but then assumes full responsibility for complying with the obligations imposed by any third party.

Les Cahiers du CeDIE doivent être cités comme suit: Auteur, Titre, *Cahiers du CeDIE* année/numéro, uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie.

The CeDIE Working Papers should be cited as follows: Author, Title, *CeDIE Working Papers* year/number, uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie.

ISSN 2034-6301

© Marc Fallon

Published in Belgium by:
Université catholique de Louvain
CeDIE – Centre Charles De Visscher pour le droit international et européen
Collège Thomas More
Place Montesquieu, 2 (boîte L2.07.01)
1348 Louvain-la-Neuve
Belgique / Belgium

uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie

Contact : cedie@uclouvain.be

RÉSUMÉ

Par leur objet, les actes européens intéressant le droit des sociétés ne déterminent pas le rattachement de la société au sens du droit international privé. Pourtant, lorsqu'ils rapprochent les droits matériels 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 État membre où elles ont leur siège statutaire sans avoir leur administration centrale ni leur établissement principal dans un État membre.

TABLE DES MATIÈRES – TABLE OF CONTENTS

INTRODUCTION	5
1. CONTEXTE CONVENTIONNEL.....	5
2. SUR LE RATTACHEMENT DE LA SOCIÉTÉ (CONSTITUTION, FONCTIONNEMENT, LIQUIDATION/INSOLVABILITÉ)	6
2.1. RÈGLES SPÉCIALES D'APPLICABILITÉ.....	6
2.2. RÉFÉRENCES AU SIÈGE STATUTAIRE.....	7
2.3. RATTACHEMENT SELON LE CRITÈRE DE L'ADMINISTRATION CENTRALE.....	9
2.4. PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ.....	9
3. SUR L'ACCÈS DE LA SOCIÉTÉ À L'ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE / AU MARCHÉ ET SON EXERCICE	10
3.1. MARCHÉS RÉGLEMENTÉS	10
3.2. SECTEUR AUDIOVISUEL.....	12
3.3. SECTEURS DIVERS	13
3.4. SECTEUR DES SERVICES EN GÉNÉRAL	14
3.5. DROIT APPLICABLE AUX OBLIGATIONS.....	15
4. MATIÈRE FISCALE	15

INTRODUCTION

Une consécration du principe d'incorporation en matière de sociétés 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.

1. CONTEXTE CONVENTIONNEL

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 3.5) 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 refonte du droit dérivé des sociétés a abouti à la directive 2017/1132 du 14 juin 2017 (*J.O.*, 2017, L 169). Le texte volumineux semble toutefois omettre toute disposition affectant le conflit de lois, sauf en ce qui concerne les fusions transfrontalières (art. 118, 121, 129, 133).

2. SUR LE RATTACHEMENT DE LA SOCIÉTÉ (CONSTITUTION, FONCTIONNEMENT, LIQUIDATION/INSOLVABILITÉ)

À 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).
- Une règle de rattachement implicite semble découler de la règle de signalisation présente dans le règlement 2017/1001 du 14 juin 2017 (*J.O.*, 2017, L 154) sur la marque de l'Union européenne (version codifiée) : sous le couvert d'une règle d'assimilation des « sociétés et autres entités juridiques » aux personnes morales, la capacité d'être titulaires de droits et d'obligations, de conclure des contrats et d'ester en justice des sociétés et autres entités juridiques est appréciée selon « la législation qui leur est applicable » : dans le contexte de la problématique de la capacité d'agir et d'ester, ceci revient pratiquement à identifier le droit de tout État en vertu duquel l'entité jouit d'une telle capacité.

2.1. RÈGLES SPÉCIALES D'APPLICABILITÉ

Certaines 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 (& dir. refonte 2017/1132, fusions transfrontalières de sociétés de capitaux) ; directive 2009/102 (sociétés à responsabilité limitée à un seul associé) ; directive 2012/30 (& dir. refonte 2017/1132, 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).
- En matière de fusion transfrontalière, le législateur ajoute à la règle d'applicabilité visant à définir les sociétés rattachées à l'Union (dir. 2017/1132, art. 118), un système de rattachement tout en se gardant d'identifier un critère de rattachement : la fusion est possible entre types de sociétés pouvant fusionner « en vertu de la législation nationale des États membres concernés », ce qui constitue une forme de rattachement distributif (chaque société est régie par la loi qui lui est applicable, c'est-à-dire la loi nationale dont elle relève).

Certaines de ces directives incluant une règle d'applicabilité explicite comportent des exigences matérielles pouvant être qualifiées de **lois de police européennes** au sens du droit général des conflits de lois.

- Voy. une référence à un « marché réglementé situé ou opérant sur le territoire d'un État membre » en matière d'émission de prospectus (règl. 2017/1129, art. 1^{er}).
- Voy. la directive 2017/828 sur l'engagement à long terme des actionnaires, visant l'obligation des intermédiaires à communiquer l'identité de ses actionnaires à une société ayant son siège social dans l'Union et admise à la bourse dans l'Union. Comp. l'évolution du domaine d'application territorial de la réglementation sur la protection des données personnelles (*infra*) : alors que la directive 95/46 visait un responsable du traitement établi dans l'Union au moyen d'une installation stable exerçant une activité effective, le règlement 2016/679 élargit le domaine par le critère de la présence ou du comportement de la personne concernée dans l'Union.
- En matière de publication des états financiers annuels et des états consolidés, la qualification des règles harmonisées comme lois de police paraît plus délicate. Même si leur contenu révèle une nature impérative dictée par l'intérêt général européen, un critère d'applicabilité territorial n'apparaît pas clairement. Voy. la directive 2013/34 visant les entreprises relevant du droit d'un État membre (art. 1^{er}, 2 et 42). La directive 2014/95 modifie la directive 2013/34 en étendant l'obligation de publication à des informations non financières sur les conditions

de travail et le respect des droits de l'homme, réglementation constitutive d'une forme de « responsabilité sociale de l'entreprise » (RSE).

Concernant la participation des travailleurs au fonctionnement interne de l'entreprise, le droit dérivé contient des règles spéciales d'applicabilité, utilisant tantôt le critère du « **siège statutaire** », tantôt le 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 (& dir. refonte 2017/1132, art. 133) :
 - « 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.
- Directive 2001/86 complétant le statut de la Société européenne (SE) pour ce qui concerne l'implication des travailleurs : en cas de transfert de siège de l'entreprise, l'information et la représentation des travailleurs obéit aux procédures de négociation de la loi du nouveau siège statutaire (art. 6) et celle-ci régit aussi les conditions d'implication des travailleurs (art. 7). Cependant, une compétence de contrôle est attribuée à l'État membre où est situé un établissement ou une filiale même si le siège statutaire est situé dans un autre État membre (art. 12). Il faut préciser que pour la SE, il y a identité entre siège statutaire et administration centrale (voy. *infra*, 2.3).

2.2. RÉFÉRENCES AU SIÈGE STATUTAIRE

Force est 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 ; dir. abrogée par le règl. 2017/1129) 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** ». Pour les prospectus, le siège statutaire identifie l'État où l'émetteur est « **établi** », étant en même temps son « **État d'origine** ».
- 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 (& dir. refonte 2017/1132) :
 - Applicabilité aux sociétés visées par l'article 54 TFUE.
 - Renvoi au droit « dont relève » la société.
 - Plusieurs allusions au critère du « **siège statutaire** » : article 16 sur la participation des travailleurs ; article 5.a sur la mention du siège statutaire dans l'acte constitutif, article 6.2.a sur la mention du siège statutaire dans le bulletin national de l'État « 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). Dans le même sens, la directive 2017/828 sur l'engagement à long terme des actionnaires, visant l'obligation des intermédiaires à communiquer l'identité de ses actionnaires à une société ayant son siège social dans l'Union et admise à la bourse dans l'Union.
- Directive 2009/101 (& dir. refonte 2017/1132) sur la protection des associés et des tiers (consolide la dir. 68/151) et directive 2012/30 (& dir. refonte 2017/1132) 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 État 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 États 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 »).
- 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 États 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'État 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 États 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 (*J.O.* 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. »

2.3. RATTACHEMENT SELON LE CRITÈRE DE L'ADMINISTRATION CENTRALE

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'État membre « du siège fixé » par le contrat de groupement (art. 2) et obligation d'inscription au registre de cet État (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'État membre du lieu « **d'exercice d'une activité** » qui contrevient à l'intérêt public de cet État (art. 38).
- Règlement 2157/2001 sur la SE :
 - La SE relève du droit de l'État membre « de son siège statutaire » (art. 3).
 - Le siège statutaire est situé « dans le même État 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 État membre » (§ 23 du préambule).
- Règlement 1435/2003 sur la SEC :
 - Localisation du siège statutaire dans l'État 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 État membre ou des personnes morales qui résident ou qui « sont régies » par la loi d'un État 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 État membre, (ii) elle ait son « siège statutaire » dans l'État de constitution et (iii) elle ait « un lien effectif et continu avec l'économie d'un État 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).

2.4. PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ

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 **privilegier 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. C.J., *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.

3. 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'État qualifié d'État d'origine de la société. Ce lien effectif est recherché en **localisant dans l'État d'origine les sièges statutaire et réel.**

- Les sociétés concernées par ce phénomène pourraient être de celles considérées par le législateur de l'Union comme étant des « entités d'intérêt public », l'expression « intérêt public » étant synonyme de celle d'intérêt général en droit de l'Union. Pour une référence à cette expression, en particulier à propos des banques et des assureurs, qui pourrait identifier plus généralement des secteurs sensibles, voy. la directive 2013/34 relative aux états financiers annuels et consolidés (modif. par dir. 2014/95 sur les informations concernant les travailleurs et les droits de l'homme), art. 2.

3.1. MARCHÉS RÉGLEMENTÉS

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'État d'origine** de l'entreprise, celui-ci étant chargé d'organiser les conditions d'agrément pour l'accès à l'activité et son exercice.

- Directive 2000/12 (& dir. refonte 2006/48) relative aux établissements de crédit, et directive 2001/24 (assainissement et liquidation) : application de la loi de l'État d'origine de la société, cet État étant celui dans lequel l'établissement a été agréé (art. 1.6 dir. 2000/12), étant entendu que cet État 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 État membre que leur siège statutaire** ;
- des autres établissements de crédit que leur **administration centrale** soit située dans l'État membre qui a délivré l'agrément et dans lequel **ils opèrent de manière effective.** » (art. 6.2 dir. 2000/12) ;
- que la « majeure partie des activités » soit dans le pays de l'administration centrale » (§ 10 préamb. dir. 2006/48).
- L'État d'origine refuse l'agrément si la banque a « opté pour le système juridique » d'un État « pour se soustraire aux normes plus strictes » d'un autre État membre (§ 10 préamb. dir. 2006/48).
- Cette exigence de localisation est vue comme une implication de la reconnaissance mutuelle (§ 10 préamb. dir. 2006/48).
- Directive 2004/39 concernant les marchés d'instruments financiers (MiFID / services d'investissement) (remplacée par dir. 2014/65) :
 - § 22 du préambule : « Les principes de la reconnaissance mutuelle et de la surveillance exercée par l'État membre d'origine exigent que les autorités compétentes des États 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 État membre afin de se soustraire aux normes plus strictes en vigueur dans un autre État 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'État membre où se trouve son siège statutaire. Une entreprise d'investissement qui n'est pas une personne morale devrait être agréée dans l'État membre où est située son administration centrale. Par ailleurs, les États membres devraient exiger que **l'administration centrale** d'une entreprise d'investissement soit toujours située **dans son État membre d'origine** et qu'elle **y opère de manière effective.** »
 - Identification de l'État d'origine : critère du « **siège statutaire** » (art. 4.1.20). Selon la dir. 2014/65 : critère de l'administration centrale pour une personne physique ; pour une personne morale, critère du siège statutaire mais si pas de siège statutaire selon « son droit national », critère de l'administration centrale.
 - L'État 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 État 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'État 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'État d'origine* au sens de la directive.
- Directive 2009/65 sur les OPCVM (sicav) :
 - Applicabilité aux organismes « **établis** » **sur le territoire d'un État membre** (art. 1).
 - L'État d'origine de la société de gestion est l'État du « **siège statutaire** » (art. 2.1.c).
 - L'**établissement** de l'OPCVM est « **considéré** » se trouver dans son État d'origine (art. 4), lequel est l'État dans lequel il a été agréé (art. 2.1.e).
 - La société de gestion est agréée dans son État d'origine (art. 6).
 - Parmi les conditions d'agrément figure celle que « **l'administration centrale et le siège statutaire** » sont situés dans le même État membre (art. 7.1.d).
 - Clause marché intérieur interdisant tout autre État 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 État membre ou qui désirent s'y établir » (art. 2.1).
 - **État membre d'origine** : État membre du « **siège social** », non autrement défini (art. 13.8).
 - Établissement d'une entreprise : « son siège social ou une de ses succursales » (art. 13.12).
 - L'agrément est donné par l'État d'origine, à savoir du siège social (art. 14.2).
 - L'État exige que le **siège social** « **soit situé dans le même État 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'**État d'origine** (art. 273) et de la loi de cet État (art. 274).
- Directive 2014/17 sur le crédit à la consommation :
 - L'État 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 État 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'État membre où il exerce effectivement son activité principale »** (art. 29.5).
 - Observation : en distinguant le « droit national » de la société et l'État 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 État membre qu'il **exerce au moins une partie de son activité** de prestation de services de paiement dans cet État membre. »
 - § 44 : « Les États 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 État 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'État membre d'origine** se comprend comme **l'État du siège statutaire** ou, si le prestataire n'a pas de siège statutaire « conformément à son droit national », l'État de son administration centrale.
 - art. 11.1 : « 1. Les États 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 État membre.** »
 - art. 11.3 : « Un établissement de paiement qui, en vertu du droit national de son État membre d'origine, est tenu de disposer d'un siège statutaire a son **administration centrale dans le même État membre que son siège statutaire et exerce au moins une partie de son activité** de prestation de services de paiement dans cet État 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'État membre où elle exerce effectivement son activité. »

3.2. SECTEUR AUDIOVISUEL

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

- Directive 97/36 sur l'activité audiovisuelle et directive 2010/13 de refonte sur les services de médias audiovisuels :
 - Référence à l'État 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 directive de refonte concrétise le « siège social » par le lieu de « **décision éditoriale** » et à défaut, subsidiairement, le lieu des « **principaux actifs** ».
 - « 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'État 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'État d'origine n'ayant pas abouti, l'État 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).

3.3. SECTEURS DIVERS

- Directive 95/46 sur le traitement des données à caractère personnel (& règl. 2016/679 de refonte sur la protection des données):
 - § 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'État 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).

- Le règlement 2016/679 tient compte de la jurisprudence de la Cour de justice en posant une règle spéciale d'applicabilité visant un lien de rattachement élargi avec le territoire de l'Union, au moyen de deux critères jouant de manière alternative, à savoir la localisation des « activités d'un établissement d'un responsable du traitement [...] sur le territoire de l'Union, que le traitement ait lieu ou non dans l'Union » (art. 3.1), ou, à défaut d'une tel établissement du responsable dans l'Union, la présence de la personne concernée dans l'Union si le traitement est lié à une « offre de biens ou de services » à cette personne dans l'Union, ou la localisation du comportement de la personne concernée si le traitement concerne le suivi de ce comportement (art. 3.2).
- La directive 2000/31 sur le commerce électronique contient une « clause marché intérieur » qui s'adresse à l'État 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'État membre dans lequel se situe son « **établissement principal** » (art. 4).

3.4. SECTEUR DES SERVICES EN GÉNÉRAL

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 État 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 État membre est un critère d'invocabilité du traité, ensuite à l'article 54 TFUE qui « assimile » aux nationaux des États membres les sociétés constituées en conformité du droit des États 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'État membre d'établissement.

3.5. DROIT APPLICABLE AUX OBLIGATIONS

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).

4. MATIÈRE FISCALE

En matière fiscale, le législateur européen entreprend de surmonter une attitude traditionnelle de retenue en adoptant progressivement des outils en vue d'encadrer les pratiques d'ingénierie ou de fraude. Par une référence au critère d'applicabilité des régimes fiscaux des États membres en matière de société, ces actes renvoient pratiquement à un critère de réalité, telle la localisation du **centre de décisions**.

- Voy. la directive 2016/1164 sur les pratiques d'évasion fiscale (ATAD), modifiée par la dir. 2017/952 « en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers ». La réglementation a pour domaine d'application « tous les contribuables soumis à l'impôt sur les sociétés dans un ou plusieurs États membres, y compris les établissements stables, lorsqu'ils sont situés dans un ou plusieurs États membres, d'entités ayant leur résidence fiscale dans un pays tiers. » (art. 1.1).
- Une telle politique est vue par le législateur comme un facteur de « résilience du marché intérieur » (§ 27 du préambule de la dir. 2017/952).

Comité scientifique/Scientific Board

Prof. Jean-Yves Carlier
Prof. Pierre d'Argent
Prof. Marc Fallon
Prof. Stéphanie Francq
Prof. Sylvie Saroléa

Comité de rédaction/Editorial Board

Prof. Stéphanie Francq
Annie Fourny
Caroline Manesse

Les Cahiers du CeDIE sont stockés sur [DIAL](#), la plateforme de dépôt institutionnel de l'Académie Louvain.
The CeDIE Working Papers are uploaded on [DIAL](#), the Louvain Academy repository and publications database.

CeDIE – Centre Charles De Visscher pour le droit international et européen. Créé en 1963, le CeDIE honore depuis 1973 la mémoire du Professeur Charles De Visscher (1884-1973), une personnalité qui a marqué le droit international public dans la période d'après-guerre. Il fut, en particulier, président de l'Institut de droit international, juge à la Cour internationale de Justice et ministre du gouvernement belge. Le CeDIE poursuit des activités de recherche dans les disciplines juridiques affectant les problématiques internationales au sens large, en particulier le droit international public, le droit international privé, le droit européen (UE) et les droits de l'homme. Depuis ses débuts, le CeDIE défend une conception large du droit international et une approche comparative, de type interdisciplinaire.

CeDIE – Charles De Visscher Centre for International and European Law. Established in 1963, the CeDIE honours since 1973 the memory of Professor Charles De Visscher (1884-1973), a prominent figure in the field of public international law in the post-WWII period. Among others, he held positions as President of the Institut de droit international, Judge of the International Court of Justice and Minister in the Belgian government. The CeDIE carries research activities in the field of international law including public international law, private international law, European (EU) law and human rights law. Since its inception, the CeDIE aims to promote a broad understanding of and an interdisciplinary approach to international law.
