

Le siège social en droit luxembourgeois des sociétés

LE LÉGISLATEUR LUXEMBOURGEOIS est attaché à la notion de siège social réel en droit des sociétés. Les évolutions du droit communautaire ne devraient pas remettre en cause cette situation. La notion n'est d'ailleurs pas figée et elle a fait l'objet de diverses mesures de modernisation qui visent à la renforcer. Elle présente cependant quelques inconvénients dans l'ordre juridique international.

1

Introduction

1. Comme une personne physique, une société possède une nationalité qui détermine notamment le droit des sociétés qui lui est applicable, y compris les obligations en matière de gouvernement d'entreprise¹, mais aussi un grand nombre d'obligations juridiques, comptables et fiscales². Toutefois, plusieurs critères de rattachement ont été envisagés en doctrine, comme la nationalité des associés, le lieu des souscriptions ou de l'acte constitutif. En ce qui concerne le Luxembourg, celui-ci applique le critère du domicile qui est retenu de manière très générale, voire universelle, en droit des sociétés. L'article 159 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (L.S.C.) dispose ainsi que « Lorsqu'une société a son domicile au Grand-Duché de Luxembourg, elle est de nationalité luxembourgeoise et la loi luxembourgeoise lui est pleinement appliquée ».

Toutefois, une seconde difficulté réside dans le fait que le domicile doit lui aussi être déterminé et plusieurs approches sont encore possibles. Pour sa part, le législateur luxembourgeois, comme la France ou la Belgique, retiennent le critère du siège social réel. Le principe est posé par la première phrase de l'article 2 de la loi du 10 août 1915 qui dispose que « Le domicile de toute société commerciale est situé au siège de l'administration centrale de la société ». Ainsi une société, dont le siège social est situé au Luxembourg, est de nationalité luxembourgeoise et est soumise à la loi luxembourgeoise. Inversement, le fait qu'une société étrangère ait son siège réel au Luxembourg entraîne sa soumission au droit luxembourgeois des sociétés.

Le droit des sociétés luxembourgeois exclut donc l'autre critère possible de rattachement qu'est le siège statutaire, appelé encore théorie de l'incorporation. Selon ce critère, une société est soumise à la loi de l'État où se situe son siège statutaire dans la mesure où c'est cet État qui lui a conféré la personnalité morale. Cette théorie est reconnue dans plusieurs pays européens, comme notamment le Royaume-Uni, l'Irlande

et les Pays-Bas (depuis 1959), mais également dans les États fédérés des États-Unis, comme le Delaware.

2. Le choix du législateur luxembourgeois n'est guère surprenant au regard de l'influence traditionnelle des droits belge et français, qui retiennent également le critère du siège social réel.

En effet, la loi de 1915 a été fortement inspirée par les professeurs belges A. Nyssens et J. Corbier. Or, la loi belge du 18 mai 1873 a retenu l'application de la théorie du siège réel. Celle-ci énonçait que « toute société dont le principal établissement est en Belgique, est soumise à la loi belge, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger » (article 129). La solution a été ensuite reprise à l'article 56 du Code des sociétés de 1999 et figure désormais dans le Code du droit international privé belge (loi du 16 juillet 2004)³.

La loi française du 24 juillet 1867 sur les sociétés était restée silencieuse sur la question⁴. Toutefois, celle-ci avait été résolue par les juridictions françaises en faveur de la théorie du siège social réel. La solution jurisprudentielle a été intégrée dans le Code civil (article 1837 du Code civil) pour les sociétés civiles et, dans une formulation légèrement différente, dans la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. Cette primauté du siège réel a été confirmée encore récemment par la Cour de cassation française lorsqu'elle a indiqué, dans un arrêt de 1990, que « la nationalité... pour une société résulte, en principe, de la localisation de son siège réel, défini comme le siège de la direction effective et présumé par le siège statutaire »⁵. La solution figure aujourd'hui, pour les sociétés commerciales, dans le nouveau Code de commerce promulgué en 2000 (article 210-3, C. comm.). Ce dernier dispose que : « Les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française. Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si son siège réel est situé en un autre lieu ».

La solution des législateurs français et belge s'explique principalement par la crainte de la fraude. En effet, il paraissait dangereux de permettre à des fondateurs de sociétés d'éviter les dispositions du droit national en désignant un siège statutaire situé à l'étranger, mais fictif. La

primauté du siège réel, par opposition à un siège non sérieux, avait donc pour objet de déjouer ce risque de fraude, dont la possibilité restait très présente dans l'esprit des auteurs et des juges au XIX^e siècle. La concurrence réglementaire existait déjà et s'était trouvée fortement stimulée par les traités de reconnaissance mutuelle des sociétés.

3. Le droit communautaire pour sa part, qu'il soit primaire ou dérivé, de nature réglementaire ou jurisprudentielle, est resté en réalité, sauf exception, neutre dans le choix du critère de rattachement.

En effet, selon l'article 48 du Traité CE, « les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale, leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté, sont assimilées pour l'application des dispositions du présent chapitre aux personnes physiques, ressortissants des États membres ». Le Traité CE n'indique donc aucune préférence pour l'un des critères de rattachement et retient même deux approches possibles pour le siège social réel.

De même, les directives d'harmonisation en droit des sociétés ne se prononcent pas en faveur de l'application de la théorie du siège réel ou du siège statutaire. La question se pose notamment en matière de transfert de siège, où un conflit est envisageable, par exemple en cas de maintien du siège réel dans un État membre de départ qui appliquerait la théorie du siège statutaire et un État membre d'accueil qui appliquerait la théorie du siège réel. La proposition de directive sur le transfert du siège, abandonnée en 2007, prévoyait qu'un État membre d'accueil pouvait refuser d'immatriculer une société si l'administration centrale de la société transférant son siège n'était pas située dans ce même État membre. La directive aurait donc permis aux États membres d'accueil de maintenir la théorie du siège réel.

En revanche, le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité retient le siège social réel, identifié comme étant le lieu où se situe le « centre des intérêts principaux du débiteur » (article 3). En matière de faillite, le choix du siège social réel n'est guère surprenant, en raison des importantes considérations d'ordre public qui entrent en jeu en cas de faillite. Le droit des faillites implique en effet de protéger les salariés et les créanciers qui se situent généralement dans l'État où la société a son activité réelle. Par mesure de simplification, le règlement présume que le centre des intérêts principaux du débiteur est le lieu du siège statutaire. Il ne s'agit que

(1) Les dix principes de gouvernement d'entreprise de la bourse de Luxembourg (2006) s'appliquent uniquement aux sociétés de droit luxembourgeois.

(2) Pour les obligations relatives au R.C.S., voy. la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés, ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales, *Mon. A*, n° 149, décembre 2002, pp. 3630 et s.

(3) « La personne morale est régie par le droit de l'État sur le territoire duquel son établissement principal est situé dès sa constitution » (article 110).

(4) V. M. LEVEN, *De la nationalité des sociétés et ses effets juridiques*, Arthur Rousseau éd., 1900, 294 pp.

(5) Assemblée plénière, 21 décembre 1990, *Rev. crit. D.I.P.*, 1992, p. 70, obs. DURANTON; *D.*, 1991, p. 305, concl. DONTEVILLE.