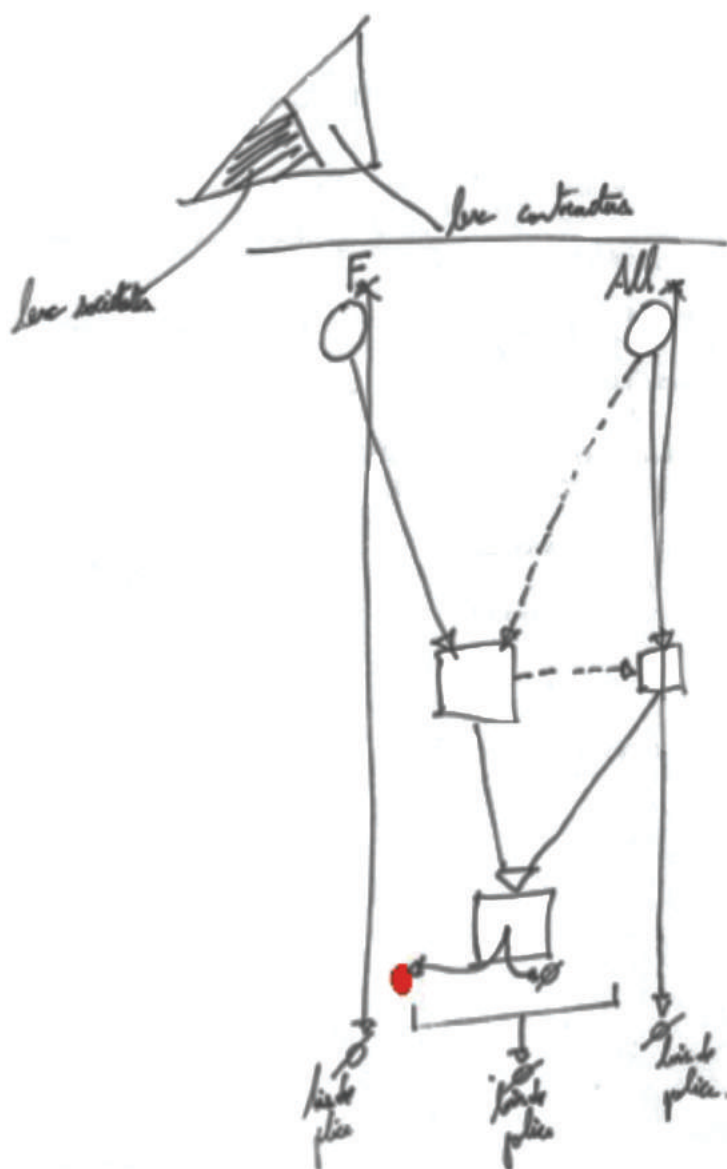


LA VOLONTÉ ET L'ACQUISITION INTERNATIONALE DE SOCIÉTÉ

Droit international privé et droit comparé Allemagne-France

Simon BERNARD



Mémoire sous la direction de :

Monsieur Thomas MASTRULLO Directeur-adjoint Master 2 OFIS

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier Monsieur MASTRULLO pour son aide et ses conseils dans la rédaction de ce mémoire.

Et parce que ce mémoire est en grande partie né d'un voyage, je remercie Maître LAINÉ de m'avoir permis de découvrir le droit allemand, de m'avoir fait bénéficier de son savoir-faire et de ses qualités humaines.

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements	1
Liste des abréviations, sigles et acronymes	4
Introduction	6
Partie I – Approche conflictualiste de l'acquisition internationale de société.....	13
I. La désignation d'une loi propre au contrat d'acquisition internationale de société	13
A. Le choix exprès : désignation par les parties de la <i>lex contractus</i>	14
1. Consécration de la loi d'autonomie par la Convention de Rome et le règlement <i>Rome I</i>	14
2. Conditions de la désignation de la loi d'autonomie par les parties	16
B. L'absence de choix exprès : désignation par le juge de la <i>lex contractus</i>	19
1. Critères de rattachement envisageables	19
2. La cohérence maintenue par l'application de l'exception en droit communautaire : la loi du pays avec les liens les plus étroits.....	21
II. La désignation d'une loi propre aux domaines réservés au droit des sociétés	22
A. Les obligations régies par la <i>lex societatis</i>	23
1. Attributs liés à la qualité d'associé.....	23
2. Fonctionnement de la société.....	24
B. Détermination de la <i>lex societatis</i>	24
1. Le système allemand et le système français : deux modèles de détermination traditionnellement isolés.....	25
2. L'apport de la jurisprudence communautaire : vers un modèle de détermination harmonisé	27
Partie II – Approche matérialiste de l'acquisition internationale de société	29
I. Les lois de police applicables à toutes les sociétés	29
A. Les lois de police : un instrument de protectionnisme national.....	30
1. L'acquisition internationale de société : un investissement direct étranger par définition.....	31
2. Des réglementations spécifiques encadrées par le droit communautaire	32

B.	Les lois de police : un instrument de protection des politiques nationales.....	34
1.	Règles applicables pour l'acquisition de toutes les sociétés.....	34
a.	Droit social	34
b.	Droit de la concurrence.....	36
c.	Droit fiscal.....	37
2.	Règles applicables pour l'acquisition d'une société cotée	37
II.	Les lois de police propres aux sociétés cotées	38
A.	Étude d'ensemble de la directive n°2004/25/CE.....	39
1.	Portée de la directive	39
2.	Objectifs principaux de la directive	40
B.	Étude comparée de la mise en œuvre de la directive n°2004/25.....	41
1.	Influence de la directive sur les droits boursiers nationaux	41
2.	Des visées protectionnistes partagées	42
	Conclusion.....	44
	Bibliographie	45

LISTE DES ABREVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bull. Joly	Bulletin Joly
Bull. Joly Soc.	Bulletin Joly Sociétés
C.A.	Cour d'appel
Cass. Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Com	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. Crim	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CE	Conseil d'Etat
CJCE	Cour de justice de la Communauté européenne
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
D.	Recueil Dalloz
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DP	Dalloz périodique (dans le Recueil Dalloz avant 1941)
DStR	Deutsches Steuerrecht
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FS	Festschrift
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JCL Europe	Juris-Classeur Europe Traité

JCP	Juris-Classeur périodique
JCP E	Juris-Classeur périodique, édition entreprises
JCP éd. G	Juris-Classeur périodique, édition générale
JDI	Journal du droit international
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JW	Juristische Wochenschrift
KG	Kammergericht
MüHb-GmbH	Münchener Handbuch zum Gesellschaft mit beschränkt Haftung
MüKo-IntGesR	Münchener Kommentar zum Internationales Gesellschaftsrecht
MüKo-IPR	Münchener Kommentar zum Internationales Privatrecht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report, Zivilrecht (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
RGZ	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rev. Arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. soc.	Revue des sociétés Dalloz
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
S.	Recueil Sirey
Trav. Com. Fr. DIP	Travaux du Comité français de Droit international privé
UE	Union européenne
Vgl	Vergleich (comparaison)
WM	Wertpapier-Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WpUG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

INTRODUCTION

1 – **Enjeux.** Les intérêts concernés par les restructurations internationales sont d'une grande importance. Les intérêts sont d'abord particuliers, ceux des associés minoritaires, des salariés et des créanciers de la société cédée, mais également généraux, ensuite. Le jeu des volontés et leur encadrement sont dès lors fondamentaux.

2 – **Contexte.** Ces conflits d'intérêts se multiplient en même temps que ces opérations qui reviennent à la mode. Les opérations d'acquisition ont fait un bond de 48% en 2014, par rapport à 2013¹. La conjoncture économique y est pour beaucoup et génère une palette accrue de motifs. Sans particulièrement regarder ces motifs, qu'ils soient économiques (économies d'échelles, gains d'apprentissage, gains synergétiques, pouvoir de marché, gestion du risque, optimisation fiscale) ou managériaux², les Etats, eux, laissent l'empreinte éternelle de leur souveraineté, insubmersible malgré les vagues de l'international qui plus que ne s'intensifient, s'installent comme nécessité. Devant ce type de conflits de souveraineté, alors que chaque Etat entend faire appliquer à l'opération qui le concerne son droit national, rien n'est souvent plus simple qu'un droit matériel en puissance et qui efface temporairement toute spécificité locale, pour rendre hégémonique l'harmonie *inter-partes*.

Mais les acquisitions internationales de société ne font l'objet d'aucun texte global de cette nature et le contraire n'est pas à l'ordre du jour³. Pourtant, ces opérations, par leur définition même⁴, ont une place centrale dans le processus de restructuration internationale d'un groupe de sociétés.

3 – **Définition.** Acquérir une société, c'est en prendre le contrôle, devenir maître d'une société. En d'autres termes, acquérir une société c'est « *prendre le pouvoir de déterminer la*

¹ M. CHARRE et A. TONNELIER, « L'abondance de liquidités grise les marchés », *Le Monde*, supplément économie et entreprise, samedi 26.04.2014, p.4.

² P. NAVATTE, *Fusions et Acquisitions*, éd. EMS, 2012, p. 28 et s. ; sont également abordées des raisons *a priori* moins influentes, telles qu'une diversification des activités, une augmentation des gains par actions ou une baisse du coût du financement par endettement.

³ Les développements qui suivent révéleront néanmoins l'existence d'un certain nombre de conventions internationales, comme autant d'outils d'harmonisation des règles juridiques pour les acquisitions internationales de société, mais dans des matières particulières et non globalement.

⁴ Voir *infra* n°3.

politique sociale ainsi que de décider de l'exploitation et de la cession des actifs »⁵. Cette définition met en avant le pouvoir sociétaire. Le transfert de ce pouvoir sociétaire est en fait l'objet principal du contrat d'acquisition de société, sa prestation caractéristique.

4 – Intérêt d'une étude de droit comparé. La volonté est universellement reconnue⁶ et encadrée, certes à différents degrés, par les Etats, pour éviter les dérives d'un libéralisme sans contrôle. Les droits nationaux ont donc pris la mesure de l'enjeu mais avec des permissions trop hétérogènes⁷. A ces approches éclectiques, les conventions internationales et régionales tentent, dans certains domaines, d'apporter une uniformité⁸. C'est particulièrement vrai au sein de l'Union européenne par le biais de différents instruments.

A cet égard le droit allemand est particulièrement intéressant à étudier dans le cadre du droit international privé des contrats, compte tenu de ses réticences à se plier au droit commun des Etats membres. Sa position vis-à-vis de la Convention de Rome était dès lors particulièrement originale. Conformément à la possibilité offerte par l'article 28 alinéa 2 de la Convention de Rome⁹, le législateur allemand a préféré, dès 1986, exclure l'application directe de la Convention et incorporer les règles conflictuelles dans son droit interne¹⁰. Ainsi, les dispositions de la Convention de Rome, ont été apportées au Code civil allemand (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*¹¹).

La mise en place du règlement (CE) n°593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, aussi appelé règlement *Rome I*¹², a fini par faire rompre les résistances opposées par le législateur allemand. Mais des divergences persistent entre les textes communautaires et

⁵ Voir D. SCHMIDT, « Les définitions du contrôle d'une société », *RJ com.* n° spéc. sur « La prise de contrôle d'une société », nov. 1998, p.9.

⁶ Voir à ce sujet : L. RAVILLON, « La recherche de la sécurité juridique : la stipulation quasi systématique d'une clause d'*electio juris* », in S. CORNELOUP (sous la direction de), *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011.

⁷ Sur les risques liés aux différences de solution pour un même problème, voir par exemple : R. DAVID ET C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^{ème} éd., Dalloz, 2002, p. 1-2, n°2.

⁸ Voir en ce sens : P. PESCATORE, « Le recours dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres », *Revue de droit comparé* 1980, p. 337 et s..

⁹ Remplacé par l'article 29 du règlement *Rome I*, qui ne permet plus une telle option : « *Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout Etat membre conformément au traité instituant la Communauté européenne* ».

¹⁰ BGBI 1986, II, 806ss : Loi d'approbation du 25 juillet 1986.

¹¹ Certains mots clés seront traduits en langue allemande, pour servir la comparaison et permettre une meilleure perception des mots clés et des nuances sémantiques.

¹² Modernisation de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19.06.1980 entrée en vigueur le 01.04.1990.

leur interprétation par les juridictions nationales¹³, et dans certains domaines, entre les textes communautaires et leur transposition en droit interne¹⁴. Ces différences de contenu ou de cohérence nourriront l'approche comparée avec le droit international privé français¹⁵.

5 – **Attributs de la volonté.** La volonté, c'est « *la faculté de vouloir, l'aptitude de fait à comprendre la portée d'un acte* »¹⁶, la conscience. Pour KANT, la volonté est un principe fondamental du droit, qui seul justifie qu'un Homme puisse n'être soumis qu'à des lois qu'il a lui-même choisies¹⁷.

Pour caractériser ce fondamental qu'est la volonté dans le droit applicable à la prise de contrôle d'une société, encore faut-il que ses attributs puissent être rencontrés lors de l'élaboration du contrat d'acquisition. Encore faut-il, donc, que l'opération laisse une place, au moins partielle, à la volonté. A ce titre, il y a une importante différence à faire entre les contrats de droit interne et les contrats qui peuvent être qualifiés d'internationaux. La dimension internationale d'un acte juridique offre aux parties un certain nombre de libéralités, dans une plus ou moins grande mesure, que les droits nationaux se refusent d'accorder pour un contrat interne¹⁸.

6 – **Spécificités du contrat international.** La notion de contrat et *a fortiori* de contrat international fait intervenir des règles propres à la matière, qui ne sont pas les mêmes, d'un pays à un autre. Les conflits de souveraineté font intervenir des conflits de lois différentes. Plus sûrement encore que par les règles proposées par les droits internationaux privés nationaux, l'unité des règles applicables ne peut être trouvée que par l'élaboration de textes internationaux, ou la mise en place de règles de conflit par les juges. Les conventions internationales, si elles existent, posent alternativement des règles de conflit *stricto sensu* ou des règles de droit

¹³ Cas des règlements communautaires qui sont d'effet direct en droit interne, voir en ce sens P.-L. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, 8^{ème} éd., LGDJ, 2013, n°75, p. 64.

¹⁴ Cas des directives européennes qui bien qu'ayant une force obligatoire doivent être transposées en droit interne.

¹⁵ Concernant l'impact de l'entrée en vigueur successivement de la Convention de Rome et du Règlement Rome I sur l'harmonisation des droits internationaux privés, voir M. PICAT et S. SOCCIO, « *Harmonisation of European contract law: fiction or reality ?* », *International Business Law Journal* 2011, n°4, p. 371-413.

¹⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., Quadriges/Puf, p. 1074.

¹⁷ « *D'où il suit qu'une personne ne peut être soumise à d'autres lois qu'à celles qu'elle se donne à elle-même (soit seule, soit du moins de concert avec d'autres)* » E. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797.

¹⁸ Sur la distinction entre contrats de droit interne et contrats de droit international, voir Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2013, n°216, p. 205.

matériel¹⁹, qui s'appliquent telles quelles, sans que la substance de la règle n'ait à être recherchée dans une norme étatique²⁰.

Ces règles sont exorbitantes du droit commun et ne s'appliquent que dans des circonstances particulières, c'est-à-dire, lorsque le contrat peut être qualifié d'international. Là encore, se confrontent différentes perceptions de la notion. Plus simplement, les conventions qui s'arrêtent sur la matière ont en leur sein une définition précise, qu'il convient d'appliquer concrètement²¹. La problématique est bien plus vive hors champ d'une convention. C'est alors à la juridiction compétente de qualifier le contrat. Les critères retenus peuvent rapidement devenir pour les parties sources d'insécurité juridique.

7 – **Règles conflictuelles du règlement Rome I.** En France comme en Allemagne, et plus généralement dans l'ensemble des pays membres de l'Union européenne, à l'exclusion faite du Danemark²², les conflits de loi en matière contractuelle sont régis par le règlement (CE) n°593/2008, dit règlement *Rome I*. Ce dernier remplace, pour les contrats conclus après le 19 décembre 2009²³, la Convention de Rome du 19 juin 1980. Le règlement *Rome I* promeut la volonté des parties au rang de pierre angulaire du système²⁴ dès lors que le contrat est reconnu comme international.

8 – **Critère juridique de l'internationalité d'un contrat.** Historiquement, deux critères ont été utilisés par la doctrine pour qualifier un contrat d'international : le critère juridique et le

¹⁹ R. MICHEL, *Essai sur le domaine de l'autonomie de la volonté dans les conflits de lois relatifs aux contrats*, Thèse de doctorat, 1933 ; Parmi les domaines concernés par des outils d'unification du droit international matériel conventionnel, se trouvent les ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (Convention de La Haye du 15-VI-1955), les contrats d'intermédiaires et la représentation (Convention de La Haye du 14-III-1978), les contrats de vente internationale de marchandises (Convention de La Haye du 22-XII-1986).

²⁰ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2003, n°96, p. 77 : ces règles ont vocation à régir directement le fond du droit.

²¹ Exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, qui sert de matrice en la matière. Voir plus spécifiquement la définition de l'article 1-a et b de la Convention de Vienne : « *La présente Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des Etats différents* ».

²² Considérant 46 du règlement *Rome I*.

²³ Article 28 règlement *Rome I*.

²⁴ Le considérant 11 du règlement *Rome I* dispose : « *La liberté des parties de choisir le droit applicable devrait constituer l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles* ».

critère économique²⁵. Le choix dépend de la portée qui est donnée à la volonté des parties. La volonté²⁶ peut être alternativement une règle de conflit (*Kollisionsrecht Verweisung*) ou une règle de droit matériel²⁷ (*Materiellrecht Verweisung*).

Le règlement *Rome I* est particulièrement novateur quant au critère permettant de considérer un contrat comme international. L'article 1 du règlement fait entrer dans son champ d'application l'ensemble des contrats qui présenteraient simplement un conflit de lois²⁸. La volonté est ainsi affirmée comme une règle de conflit. Le critère juridique sert donc à la définition de l'internationalité du contrat. C'est cette solution qui avait été adoptée par les juridictions allemandes au milieu du XXème siècle²⁹.

9 – **Principe de l'autonomie de la volonté.** L'article 3 du règlement *Rome I* dispose que « *le contrat est régi par la loi choisie par les parties* ». Ce principe, historiquement admis en droit allemand³⁰ et en droit français³¹ permet aux parties de choisir la loi qu'elles pensent la plus

²⁵ Cass. Civ., 17.05.1927, concl. P. MATTER, *DP* 1928, 1, 25, note H. CAPITANT. Définition notamment reprise par : Cass. Com., 04.11.1958 : *D.* 1969, p. 361, note Ph. MALAURIE ; *Rev. Crit. DIP* 1959, p. 117, note L. ANSELME-RABINOVITCH ; *JDI* 1960, p. 440, note J. SCHAPIRA. Le critère de l'internationalité a été assoupli dans l'arrêt *Mardelé* au contrat qui « met en jeu les intérêts du commerce international. Voir : Cass. Civ., 19.02.1930, *Mardelé* : *S.* 1931, 1, 1, note J.-P. NIBOYET. En l'espèce, deux ventes entre entreprises françaises avaient conclues et exécutées en France, mais elles portaient sur des marchandises de provenance étrangère. Dans le premier cas il s'agissait du blé du Chili, dans l'autre cas du blé du Manitoba, qui avait été embarqué à New York City. Les contrats étaient conclus entre français, mais suivants les conditions de la London Corn Trade Association. Ces dernières conditions donnaient compétence à un arbitre anglais, or un des deux français souhaitait que soit compétente une juridiction française et soulevait pour ce faire la nullité de la clause. La question concernait la loi applicable à la validité de la clause. En effet, le droit français interdit une telle clause pour un contrat purement interne, pourtant valable selon les droits anglais et américains. La définition donnée de l'internationalité d'un contrat a permis de caractériser le contrat de l'espèce comme étant international, et ainsi, de considérer la clause compromissoire comme valable en vertu du droit français.

Ce critère économique de l'internationalité est consacré par le législateur à l'article 1492 du Nouveau Code de procédure civile concernant l'arbitrage international.

²⁶ J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Economica, 1983 ; « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Trav. Com. Fr. DIP* 1993-1995, p. 23 et s.

²⁷ Limite la volonté au choix de la loi applicable en matière de règles supplétives et interprétatives de volonté.

²⁸ Règlement *Rome I*, article 1 : « 1. *Le présent règlement s'applique, dans des situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale.* »

²⁹ RG, 27.01.1928, RGZ 120, 70 : « un contrat qui met en jeu la possibilité d'appliquer les lois de différents pays est gouverné en premier lieu par la loi à laquelle les parties se sont soumises expressément ou implicitement ou par celle à laquelle elles se seraient raisonnablement soumises, aux vues de l'ensemble des circonstances de l'espèce, si elles avaient tranché la question ».

³⁰ BGH, 01.02.1952, NJW 1952, 540; BGH, 30.03.1955, NJW 1955, 827; BGH, 22.09.1962, *Rev. crit. DIP* 1962, 621, note E. MEZGER.

³¹ Cass. Civ., 05.12.1910, *American Trading Company*, *Rev. dr int.* 1911, 395 ; *Clunet* 1912, 1156 ; *S.* 1911, 1, 129. Voir également B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2006, n°11, p. 95.

adaptée à leur contrat : la *lex contractus*. Seule la règle prévue à l'article 9 du règlement *Rome I*³² permet d'écarter la loi choisie par les parties au profit des lois de police³³.

10 – Spécificité du contrat d'acquisition de société. L'étude du contrat d'acquisition de société est rendue particulièrement délicate par les spécificités qui accompagnent l'objet même du contrat. Les tribunaux français ont d'ailleurs parfois hésité à caractériser une telle opération comme internationale³⁴. Ce n'est qu'une étude de ses tenants et ses aboutissants et de la matérialisation de l'opération en un contrat, le contrat d'acquisition internationale de société, qui a permis de lever le voile sur sa véritable nature.

Encore a-t-il fallu se pencher sur la définition de sa prestation caractéristique. Difficile, en effet, de cerner le cœur d'une opération à mille facettes qui se résume en la prise de contrôle d'une société et qui *de facto* permet une multitude d'opérations. C'est largement que la prestation caractéristique du contrat peut seulement être envisagée. Les considérations d'ordre juridique que cela implique entraînent une importante limitation de la portée de la *lex contractus* et de ce fait, une importante limitation de la volonté des parties.

11 – Ingérence du droit des sociétés. L'acquisition de société touche le cœur même du droit des sociétés. A ce titre, la question de la loi applicable au contrat n'occupe qu'une partie restreinte des enjeux. De nombreuses questions n'entrent pas dans le champ d'application du règlement *Rome I* et doivent être régies par la loi de la société cédée : la *lex societatis*. Aucune délimitation du domaine de la *lex societatis* n'existe au niveau communautaire. Pour autant, en droit français comme en droit allemand, le domaine est similaire et concerne les éléments liés à la qualité d'associé et certains éléments seulement propres à la cession des parts ou des actions.

L'étude de droit comparé permet néanmoins de souligner la singularité des modalités de détermination de la *lex societatis* traditionnellement utilisées en France et en Allemagne, et aujourd'hui remises à plat par le droit communautaire. Le principe de la liberté d'établissement inscrit dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) impose désormais aux

³² Ancien article 3§3 Convention de Rome.

³³ Voir *infra* n°12 et s.

³⁴ C.A. Paris, 21.02.1984, *Rev. Arb.* 1986, p. 65, note Ph. FOUCHARD. Le fait que seule la société cible soit concernée par le transfert de pouvoir a amené la Cour d'appel à considérer que la contestation avait pour seule attache économique le territoire français. L'auteur de la note sous l'arrêt réfute ce raisonnement qui ne correspondait pas à la réalité de la transaction, c'est-à-dire, à « *un investissement étranger en France et à un mouvement international de services* ».

juges allemands de déterminer la *lex societatis* suivant le critère anglo-saxon du lieu d'immatriculation de la société, contrairement au droit antérieur. Alors qu'en France, les juges qui avaient pris l'habitude de sanctionner un choix fictif voient désormais leur exception de fraude réduite à la miniature du concept communautaire.

12 – Omniprésence des lois d'application impératives. Une acquisition internationale de société, c'est une opération qui a pour conséquence de modifier profondément la physionomie des associés de la cible. La France et l'Allemagne sont naturellement méfiantes quand une entreprise nationale est sur le point de passer sous le contrôle d'actionnaires étrangers. Dès lors, ces investissements étrangers font l'objet d'une réglementation particulière qui permet en fait aux autorités nationales un certain droit de regard.

Les Etats qui hébergent la ou les société(s) cible(s) d'une opération d'acquisition imposent également leur politique économique et sociale aux investisseurs étrangers. L'importance de ces intérêts a pour conséquence d'élever ces règles au rang de lois de police. En d'autres termes, la volonté des parties n'a plus sa place quant au choix de la loi applicable à ces questions et les lois ainsi nommées s'imposent aux cocontractants.

13 – Contrôle renforcé des sociétés cotées en bourse. La méfiance des Etats en cas d'opération d'acquisition d'une société nationale se reflète également dans les législations boursières, en France comme en Allemagne. Les droits propres aux offres publiques d'acquisition (OPA) de sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé, ont été dans une certaine mesure harmonisés par la directive n°2004/25 du 21 avril 2004. La comparaison des droits français et allemands, dans le cadre des transpositions qui ont été faites de la directive est particulièrement intéressante. Les deux modèles affichent finalement une attitude protectionniste claire, matérialisée en France par les décisions récemment prises par les autorités politiques, et notamment la loi du 29 mars 2014, dite loi « Florange »³⁵.

³⁵ Loi n°2014-384, issue du « Pacte pour la compétitivité de l'industrie française » (dit rapport Gallois du nom de son instigateur) rendu le 05.12.2012 ; Voir également *infra* n°63.

14 – Plan. La place laissée à la volonté des parties n'est jamais mieux cernée que lorsque son principe, dans un premier temps exprimé, est ensuite restreint par les exceptions qui viennent s'y greffer.

La volonté doit dans un premier temps être étudiée dans le giron des deux aspects concernés par l'acquisition internationale de société : le contrat qui matérialise l'opération et le droit des sociétés (Partie I). La première partie met en scène des règles de conflit entre différentes lois potentiellement applicables. La deuxième partie, au contraire, vise à analyser les règles matérielles de l'acquisition internationale de société, celles qui s'appliquent dès lors que l'opération touche les intérêts de l'Etat qui les a dessinées (Partie II).

PARTIE I – APPROCHE CONFLICTUALISTE DE L'ACQUISITION INTERNATIONALE DE SOCIÉTÉ

En l'absence de dispositions générales de droit matériel, la connaissance du droit applicable au contrat d'acquisition de société passe par un conflit de lois. Cette méthode, qualifiée d'approche conflictualiste du contrat d'acquisition internationale décompose l'étude en deux parties : le contrat, qui connaît ses règles de conflit propres (I) et les questions relatives au droit des sociétés, soumises à une loi pour laquelle la règle de détermination est autonome (II).

I. LA DÉSIGNATION D'UNE LOI PROPRE AU CONTRAT D'ACQUISITION INTERNATIONALE DE SOCIÉTÉ

15 – Application de la Convention de Rome et du règlement *Rome I*. La cession d'une société est réalisée par un contrat. En Allemagne comme en France, l'internationalité reconnue du contrat d'acquisition de société ouvre droit à un corps de règles de conflit, qui permet d'en choisir la loi applicable. Directement, pour la France, et depuis peu également pour l'Allemagne³⁶, ce sont les règles du règlement (CE) n°593/2008, dit règlement *Rome I*, qui s'appliquent dans ce cas précis. Ce dernier remplace, pour les contrats conclus après le 19 décembre 2009³⁷, la Convention

³⁶ Voir *supra* n°4.

³⁷ Voir *supra* n°7.

de Rome du 19 juin 1980. En vertu de ces dispositions, les parties ne sont plus soumises aux seuls droits internes qui régissent les contrats concentrés dans un seul pays, mais ont le choix de la loi qui doit encadrer leur relation contractuelle : la *lex contractus*.

Sous l'égide des règles européennes d'uniformisation, la volonté est conduite à son paroxysme lorsque les parties usent de leur faculté de choisir expressément la loi applicable (A). En revanche, en l'absence d'un choix exprès, c'est au juge que revient le devoir de déterminer la loi applicable au contrat (B).

A. LE CHOIX EXPRÈS : désignation par les parties de la *lex contractus*

16 – Hégémonie de la volonté des parties. Le droit élaboré par les Etats membres de l'Union européenne en matière contractuelle permet d'avoir un cadre et des règles de conflit harmonisées, entre la France et l'Allemagne (2). La place laissée à la volonté des parties en la matière n'en est pas moins grande. Le principe de la loi d'autonomie est ainsi consacré (1).

1. Consécration de la loi d'autonomie par la Convention de Rome et le règlement Rome I

17 – Portée du principe de la loi d'autonomie. L'article 3§1 de la Convention de Rome³⁸ et l'article 3-1 du règlement *Rome I*, consacrent la vocation de principe de la loi choisie par les parties³⁹ : la loi d'autonomie. La loi d'autonomie permet de choisir, même postérieurement à la conclusion du contrat⁴⁰, la *lex contractus* qui régit toutes les clauses du contrat qui ne sont pas expressément soumises à une autre loi.

A cet égard, les conditions de fond du contrat doivent être distinguées des conditions de forme. Concernant la loi applicable à la forme du contrat, l'article 9 de la Convention et l'article 11 du règlement⁴¹, proposent une règle de conflit alternative. Les parties peuvent choisir entre la loi du lieu de conclusion du contrat (*lex loci actus*) et la loi qui régit le fond du contrat (*lex*

³⁸ Transposé avant abrogation au § 27 EGBGB en droit allemand.

³⁹ Vocation de principe déjà reconnue par les DIP nationaux, voir *supra* n°9.

⁴⁰ Article 3-2 règlement *Rome I*.

⁴¹ Ancien §11 EGBGB, lequel renvoyait à la section relative au « *droit des personnes physiques et des formes des actes juridiques* ». Cette spécificité a permis au législateur allemand de régler les conflits de lois relatifs à la forme de l'ensemble des actes juridiques dans un seul article.

contractus). La capacité juridique des parties est également exclue du spectre de la loi d'autonomie⁴².

18 – Le **domaine de la *lex contractus*** est donc limité aux conditions de formation du contrat, aux effets et à l'interprétation du contrat⁴³, ainsi qu'à la validité de clauses spécifiques au contrat d'acquisition internationale de société⁴⁴.

19 – **Choix de la loi d'un Etat.** Les tribunaux français⁴⁵ et allemands⁴⁶ refusent de recevoir la volonté des parties si elles n'ont choisi aucune loi ou si la loi choisie n'est pas d'origine étatique. Le rattachement à la loi du pays présentant les liens les plus étroits avec le contrat est par ailleurs prévu, en l'absence de choix⁴⁷.

Cette solution ne semble pas s'opposer à la lettre de la Convention de Rome de 1980, ni aujourd'hui à celle du règlement *Rome I*⁴⁸, lesquelles autorisent « *la référence dans [le] contrat à un droit non étatique ou à une convention internationale* ». La cohérence est véritable, car s'agissant des juridictions arbitrales, elles acceptent de régler les litiges eu égard à des règles non étatiques⁴⁹, telles que les principes de la *lex mercatoria*⁵⁰.

Par ailleurs, les juridictions françaises et allemandes⁵¹ ouvrent l'éventail des choix aux lois étatiques sans lien particulier avec la cause⁵². Ce principe est admis par l'article 3 al. 3 du

⁴² Article 1-2, a) du règlement *Rome I*.

⁴³ Article 12 du règlement *Rome I*.

⁴⁴ Exemple de la clause *d'earn out*, dont la validité particulièrement discutée en droit français ajoute à l'importance du choix de la loi qui lui est applicable. Voir à ce sujet : X. BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, LGDJ, 1998, n°425, p. 223.

⁴⁵ Cass. Civ., 21.06.1950, *Messageries maritimes*, D. 1951, p. 749, note J. HAMEL ; *JCP* 1950, II, 5812, note J.-Ph. LÉVY ; *Rev. Crit. DIP* 1950, p.609, note H. BATIFFOL : « *Tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat* ».

⁴⁶ OLG Cologne, *NJW* 1994, 1026. Le Tribunal de Cologne juge que la référence à un usage constitue simplement une incorporation au contrat de règles de droit matériel, et non un choix de loi.

⁴⁷ Voir *infra* n°28.

⁴⁸ Le considérant 13 du règlement *Rome I* est une copie du considérant 13 de la Convention de Rome et dispose que les parties pourront « *intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale* ».

⁴⁹ Sur la suprématie de la volonté des parties devant un tribunal arbitral, y compris dans le cas où la règle choisie par les parties est anationale, voir : C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, n°779, p. 800.

⁵⁰ Sur la division doctrinale autour du concept de *lex mercatoria*, voir : C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, n°881, p. 801.

⁵¹ Un important courant doctrinal avait ainsi plaidé, avant même l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, pour qu'un lien ne soit exigé que dans le cas où le contrat présentait un déséquilibre certain entre les parties (exemple type du contrat de travail) ; Voir F. GAMILLSCHEG, *Internationales Arbeitsrecht*, 1959, p.101.

règlement⁵³. Un choix qui aurait pour seul avantage la neutralité et ne serait justifié pour le contrat d'acquisition que dans des circonstances exceptionnelles.

20 – Conséquences du choix sur le droit applicable au contrat. La loi choisie par les parties s'applique dans son ensemble. Plus généralement, c'est l'ensemble du corps législatif de l'Etat choisi qui va s'appliquer. Les parties peuvent limiter les effets de l'évolution dans le temps du droit promu par la rédaction d'une clause de stabilisation⁵⁴. Néanmoins, la Convention de Rome⁵⁵ et le règlement *Rome I*⁵⁶ offrent aux parties la possibilité de dépecer le contrat et ainsi choisir une loi différente pour chaque corps de stipulations⁵⁷. Cette solution a d'ailleurs été admise par le juge allemand⁵⁸ bien avant le texte communautaire et confirmé par la suite⁵⁹. Les deux parties à un contrat auront ainsi la possibilité de faire une application distributive de leur loi respective. Néanmoins, une condition s'impose : la cohérence de l'ensemble ne devra pas être atteinte.

2. Conditions de la désignation de la loi d'autonomie par les parties

21 – Choix de la loi la plus favorable. La rationalité des parties à une opération internationale veut que la loi d'autonomie soit celle qui offre le plus de sécurité aux parties concernées. C'est, une loi neutre dans le cas d'un contrat avec des attaches partagées entre deux Etats ou une loi qui s'impose par ses liens avec l'objet de la convention. Dans le cadre d'un contrat d'acquisition de société, l'unité de l'opération semble devoir être privilégiée. Le choix de la société cible ne semble pas désavantager une partie tant il est cohérent avec la loi applicable aux domaines autres

⁵² Cette possibilité est au contraire exclue dans les pays de *Common Law* dans lesquels la loi désignée par les parties doit être la loi propre au contrat (« *Proper Law of the Contract* »).

⁵³ Ancien article 3 al. 3 de la Convention de Rome. L'article 3 al. 3 du règlement *Rome I* reprend par ailleurs l'exception posée par la Convention de Rome en cas de localisation de tous les éléments du contrat au même endroit : « *Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord.* »

⁵⁴ Sur les conséquences d'une clause de stabilisation, voir : C. TIETJE, *Internationales Wirtschaftsrecht*, De Gruyter Recht, 2009, §8 n°28, p. 353.

⁵⁵ Article 3 al. 3 de la Convention de Rome.

⁵⁶ Article 3 al. 1 du règlement *Rome I*.

⁵⁷ Sur les risques d'un dépeçage et particulièrement pour une cession de titres d'une société allemande, compte tenu par exemple du principe de droit allemand de l'abstraction non reconnu par de nombreux droits, et notamment le droit français, voir : V. TRIEBEL (sous la direction de), *Acquisitions d'entreprises en droit allemand*, 1996, n°1038, p. 431..

⁵⁸ RG, 14.11.1929, *RGZ* 126, 196 ; confirmé par BGH, 28.11.1963, *BGHZ* 40, 320/323.

⁵⁹ OLG Francfort, 13.02.1992, *Iprax* 1992, 314, 296, note J. BUNGERT.

que ceux régis par la *lex contractus*⁶⁰. Seule une proximité des deux parties avec une loi autre que celle de la société cédée semble pouvoir justifier un autre choix⁶¹.

22 – Clause expresse de choix de la loi. L'article 3 du règlement *Rome I*⁶² prévoit la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable au contrat par une clause d'*electio juris*⁶³. C'est de fait l'ensemble du rapport cédant cessionnaire qui est concerné par le principe désormais universellement reconnu de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux, à condition que le choix soit « *exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause* »⁶⁴.

En droit allemand, seule cette dernière précision modifie la solution historiquement admise. Les juges allemands avaient ainsi pour habitude, en l'absence de choix exprès, de rechercher la volonté présumée des parties⁶⁵, autrement appelée « *volonté hypothétique* » (*hypothetischen Parteiwillen*)⁶⁶. Du temps de la Convention de Rome, la transposition⁶⁷ avait permis aux juges allemands de conserver une certaine marge d'appréciation⁶⁸. L'abrogation des articles de transposition et les rattachements⁶⁹ désormais prévus par le règlement *Rome I* permettent de prévenir toute dérogation jurisprudentielle à l'interdiction⁷⁰.

23 – Choix tacite de la loi applicable. L'article 3 du règlement *Rome I* retient néanmoins que le choix des parties peut également émaner de leur volonté tacite⁷¹. Les conditions de cette

⁶⁰ Voir *infra* n°31 et s.

⁶¹ Ce serait le cas où les deux parties sont situées dans un même Etat, différent de celui de la société cédée. Par exemple, la cession de titres d'une société grecque, détenus par une société française à une autre société française.

⁶² Egalement article 3 de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

⁶³ Définie comme une clause relative le règlement des litiges, insérée dans un contrat commercial international et permettant aux parties de faire le choix de la loi qu'elles considèrent comme la plus favorable à l'opération. *A contrario*, une telle clause permet d'exclure certaines lois ; Voir également H. GAUDEMET-TALLON, « Convention de Rome, Champ d'application, Clauses générales », *JCL Europe*, Fasc. 3200.

⁶⁴ Article 3-1 du règlement *Rome I*.

⁶⁵ BGH, 14.02.1958, *Rev. crit. DIP* 1958, 542, note E. MEZGER : Raisonement qui revenait à faire appliquer la loi qu'aurait choisi une personne raisonnable.

⁶⁶ G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, C.H.Beck, 2004, p. 658.

⁶⁷ Transposition de l'article 3 de la Convention de Rome alors faite à l'article 27 EGBGB.

⁶⁸ La version allemande disposait « *mit hinreichender Sicherheit* », qui se traduit par « *avec une certitude suffisante* ». Le vocabulaire utilisé apportait plus de souplesse que le simple « *de façon certaine* » de la version française.

⁶⁹ Voir *infra* n°28.

⁷⁰ Pour un commentaire général concernant l'interprétation de la volonté tacite par les juges allemands, voir : Münchener Kommentar, *Bürgerliches Gesetzbuch – Internationales Privatrecht*, 2010, Band 10, n°45-66, p. 578-486.

⁷¹ Le choix tacite est reconnu dès lors qu'il « *résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause* » (article 3-1 du règlement *Rome I*).

détermination ne sont pas prévues par des droits matériels nationaux⁷². La place laissée à la caractérisation d'un choix de loi tacite est particulièrement faible en droit français⁷³. Les solutions sont similaires à celles outre-Rhin⁷⁴. Le droit allemand, malgré ses goûts passés pour imaginer la volonté hypothétique des parties⁷⁵ est aujourd'hui beaucoup plus réservé. Le choix tacite est alternativement considéré : en présence d'une clause de choix de juridiction⁷⁶, ou si le comportement des parties au cours de la procédure est sans ambiguïté⁷⁷, ou lorsqu'un droit national est particulièrement soulevé par les parties, et également lorsque la pratique conventionnelle des parties permet une telle caractérisation⁷⁸.

24 – Unité de l'ensemble contractuel. L'opération d'acquisition internationale fait la plupart du temps l'objet d'une multitude de contrats⁷⁹. En l'absence de référence explicite aux autres contrats dans celui comportant une clause d'*electio juris*⁸⁰, il convient de se demander la portée de cette clause sur l'ensemble. Une clause cadre d'*electio juris* pourrait être envisagée pour maintenir l'unité des actes juridiques propres à la même opération. Dans le cadre de *joint-ventures*⁸¹ des auteurs ont ainsi admis la conformité d'une telle clause au droit communautaire⁸².

⁷² OLG Hamburg, *TranspR* 2002, 120 ; E. LORENZ, *RIW* 1992, 698.

⁷³ La Cour de cassation a à plusieurs reprises insisté sur la nécessaire prévisibilité des solutions. Voir par exemple : Cass. Com., 27.04.2011, n°09-72.304, *D.* 2011, p. 2434 et s., comm. S. BOLLÉE ; et plus généralement sur la prévisibilité du droit applicable, voir : M.-E. ANCEL, « Une jurisprudence en mouvements », *Droit et Patrimoine* 2011, p. 89.

⁷⁴ Les situations envisagées en droit allemand sont identiques à celles du droit français. Par leur nature, elles ne laissent que peu de place au doute sur la volonté des parties, et permettent donc au juge de déterminer le droit applicable.

⁷⁵ Voir *supra* n°22.

⁷⁶ Pour une application par les juridictions allemandes de l'adage *Qui eligit iudicem, eligit ius*, voir notamment : BGH, 01.07.1964, *WM* 1964, 1024.

⁷⁷ Application par les parties au litige, au cours de la procédure, du même droit ; Voir notamment OLG Karlsruhe, *NJW-RR* 2002, 1206 ; OLG Zweibrücken, *IHR* 2002, 67.

⁷⁸ Münchener Kommentar, *Bürgerliches Gesetzbuch – Internationales Privatrecht*, 2010, Band 10, p. 479 et s..

⁷⁹ Voir en ce sens X. BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, LGDJ, 1998, n°426, p. 221.

⁸⁰ Voir *supra* n°22.

⁸¹ Une joint-venture est une entreprise créée habituellement, à part égale, par deux ou plusieurs sociétés qui s'associent afin de réaliser un projet spécifique commun.

⁸² La question s'était posée par rapport à l'article 3 §1 de la Convention de Rome ; Voir à ce sujet F. LECLERC, *Le contrat cadre en droit international privé*, *Tr. Com. DIP fr.*, 2002-2004, p.4.

En l'absence d'un contrat cadre⁸³ et d'une clause avec une portée aussi générale, il semblerait que la loi applicable à chaque contrat soit à rechercher spécifiquement⁸⁴.

B. L'ABSENCE DE CHOIX EXPRÈS : désignation par le juge de la *lex contractus*

25 – La prestation caractéristique pour point de repère. Le principe communément accepté par les juridictions françaises et allemandes était prévu par la Convention de Rome et désormais par le règlement *Rome I*. Aussi, en l'absence de choix de la loi applicable, la détermination de la *lex contractus* doit être faite par les tribunaux eux-mêmes⁸⁵. La détermination de la prestation caractéristique (*Vertrag charakteristische Leistung*)⁸⁶, en d'autres termes, l'objet même du contrat, c'est-à-dire, dans le cas présent, le transfert du pouvoir sociétaire, est à ce titre essentiel. Différents critères de rattachement ont pu être envisagés en droit international privé (1), mais le critère le plus opportun devrait être celui qui permet le maintien d'une certaine cohérence, en l'occurrence, le critère prévu par la règle d'exception de la Convention de Rome et du règlement *Rome I* (2).

1. Critères de rattachement envisageables

26 – Critères de rattachement envisageables en droit international privé. De nombreux critères de rattachement pourraient tenter les juges, au moment de faire leur choix : la loi de la société cédée, la nationalité des parties, le lieu de livraison de la prestation caractéristique⁸⁷, ou le choix par extension d'une loi prévue dans un autre contrat que l'on qualifierait de satellite⁸⁸.

⁸³ Un contrat cadre avec une clause d'*electio juris* ferait peser sur l'ensemble contractuel une présomption que les parties pourraient néanmoins renverser en démontrant qu'une convention satellite a fait l'objet d'un choix de loi différent. Voir à ce sujet V. PIRONON, *Les joint-ventures : contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, thèses Paris II, 2002, n°768, p. 386.

⁸⁴ Chaque contrat est alors à regarder comme une unité. Le travail de recherche de la loi applicable doit donc être fait pour chaque contrat par le juge.

⁸⁵ Article 4 du règlement *Rome I*.

⁸⁶ Sur la détermination de la prestation caractéristique en droit allemand, voir : Münchener Kommentar, *Bürgerliches Gesetzbuch – Internationales Privatrecht*, 2010, Band 10, n°146-243, p. 558-591.

⁸⁷ Le lieu de livraison de la prestation pourrait alors être compris de deux façons. Si la prestation caractéristique est la cession des titres ou parts détenus dans la société, alors le lieu de livraison serait le lieu de résidence du cessionnaire. Au contraire, si la prestation caractéristique est comme nous l'envisageons le transfert du pouvoir sociétaire, le lieu de livraison serait alors le lieu du siège de direction de la société cédée.

⁸⁸ Voir *supra* n°24 par rapport à l'ensemble contractuel.

27 – **L’acquisition d’un groupe international de sociétés.** Un critère alternatif pourrait exister dans le cas de l’acquisition d’un groupe de société, en l’occurrence, un critère qui permettrait de déterminer une loi unique à l’ensemble de l’opération⁸⁹. La difficulté ressurgit, dès lors qu’il convient de déterminer le siège social d’un groupe de sociétés. En l’absence de personnalité morale unique, et en présence d’une multitude de sièges sociaux, le siège social de la société mère apparaît comme le seul critère de rattachement éventuellement suffisant. Mais il ne peut subsister en l’absence de reconnaissance du groupe de sociétés comme tel. En France comme en Allemagne, cette solution n’est donc pas envisageable⁹⁰. La même impasse se présentera pour la détermination de la loi applicable aux questions réservées au droit des sociétés⁹¹.

28 – **Critère de principe du règlement Rome I.** Le règlement *Rome I*, tout comme la Convention de Rome avant lui, prévoit, à son article 4, un certain nombre de présomptions qui permettent de reconnaître la loi applicable au contrat en l’absence de choix par les parties. Lorsque le contrat n’est pas concerné par les dispositions du premier paragraphe, comme c’est le cas du contrat d’acquisition de société, le deuxième paragraphe prévoit une règle de rattachement plus générale. Dans ce cas, la loi qui régit le contrat est celle du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle⁹².

Cette solution a été rappelée⁹³ par le juge français dans un arrêt récent du 10 septembre 2013⁹⁴. En l’espèce, la loi du pays où résidait le cédant avait ainsi été désignée⁹⁵. Si cette solution

⁸⁹ Loin d’être un simple sujet théorique, cette solution comporterait de nombreux avantages dans la pratique, et simplifierait ainsi grandement l’opération. C’est particulièrement vrai lorsqu’est acquis un groupe avec un grand nombre de sociétés situées dans des pays différents, et donc un grand nombre de loi applicable, entre la *lex contractus* et les multitudes de *lex societatis*.

⁹⁰ Pour une étude de la détermination de la loi applicable au groupe de sociétés, voir notamment : H. SYNDET, *L’organisation juridique du groupe international de sociétés*, Thèse Rennes, 1979, t. 1, p. 99.

⁹¹ Voir *infra* n°45.

⁹² Article 4 du Règlement Rome I : « 2. Lorsque le contrat n’est pas couvert par le paragraphe 1 ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a) à h) du paragraphe 1, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle. »

⁹³ Voir notamment : Paris, 16^{ème} ch. B, 16.06.1988, *Bull. Joly Soc.* 1988, n°11, p. 825.

⁹⁴ Cass. Com., 10.09.2013, n°12-15930, *Rev. soc.* 2014, p. 193, note M. MENJUCQ.

⁹⁵ L’espèce concernait une cession de parts d’une société luxembourgeoise. Les statuts prévoyaient que toute cession ultérieure serait régie par le droit luxembourgeois. Or, en l’absence de clause d’*electio juris* dans le contrat de cession, la Cour a accepté de faire régir le contrat par le droit français, en vertu des règles de conflit de lois prévues par la Convention de Rome.

est parfaitement conforme à la règle de conflit, sa cohérence pose question et les juges ont pris conscience de l'enjeu (2).

2. La cohérence maintenue par l'application de l'exception en droit communautaire : la loi du pays avec les liens les plus étroits

29 – **La *lex societatis* comme *lex contractus*.** L'article 4⁹⁶ du règlement *Rome I* prévoit l'hypothèse où le contrat présenterait des liens plus étroits avec un autre pays que celui désigné par la règle de principe⁹⁷. La loi applicable est alors celle du pays avec lequel le contrat présente effectivement les liens les plus étroits⁹⁸. C'est cette exception, autrement appelée principe de proximité, qui doit s'appliquer dans le cadre d'un contrat d'acquisition de société. En effet, l'ensemble des relations adjacentes au contrat est relié à la société. *A fortiori*, c'est même la *lex societatis* de la société cédée qui aura les liens les plus étroits avec le contrat de cession⁹⁹.

30 – **Dépeçage du contrat.** Le juge peut également opter pour un dépeçage du contrat¹⁰⁰. Si l'ensemble du contrat constitue un ensemble *a priori* indivisible, il n'en est pas tant concernant la loi qui lui est applicable. Le choix de plusieurs lois peut être envisagé par le juge lorsqu'une partie du contrat se retrouve plus étroitement liée à un autre pays. L'unité de l'ensemble ne doit toutefois pas être engagée¹⁰¹. A ce titre, le choix d'une loi unique et particulièrement de la *lex societatis* de la société cédée semble celui de la raison et le plus respectueux de la volonté expressément absente des parties. Alors que les modalités du transfert du contrôle de la société cédée sont d'ores et déjà prévues par la *lex societatis*, ce choix serait donc celui de la cohérence et

Pour une application par le juge allemand de la règle de conflit désignant *in fine* la loi du vendeur, voir : BGH, 09.10.1986, *IPRax* 1988, 27.

⁹⁶ Article 4 du Règlement Rome I : « 3. Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. »

⁹⁷ Article Convention de Rome et Article 4 règlement Rome I.

⁹⁸ Bien que désignant la loi de la résidence habituelle du cédant, l'arrêt précité du 10 septembre 2013 n'est pas contraire au principe ici énoncé. Voir à ce sujet *Rev. soc.* 2014, p. 193, note M. MENJUCQ.

⁹⁹ Voir en ce sens : M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 2011, n°355, p. 381 et X. BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, LGDJ, 1998, n°431 et n°439, p.226 et p. 299.

¹⁰⁰ Article 3-1 du règlement *Rome I* : « Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat. »

¹⁰¹ Voir à ce sujet et concernant les limites apportées en droit allemand à la liberté de dépecer le contrat : I. PECHLER BELTRAMINI, *La loi applicable aux contrats internationaux en droit international privé allemand à la lumière de la Convention de Rome*, Thèse Paris II, 2000, p. 119.

un vœu d'unité qui à ce titre doit être soutenu et est souhaité depuis plusieurs années par le juge français¹⁰² (II).

II. LA DÉSIGNATION D'UNE LOI PROPRE AUX DOMAINES RESERVÉS AU DROIT DES SOCIÉTÉS

31 – **Transfert du pouvoir sociétaire.** La prestation caractéristique du contrat d'acquisition internationale de société est le transfert du pouvoir sociétaire¹⁰³. De fait, l'objet même du contrat est directement concerné par certains mécanismes du droit des sociétés. Alors, si l'acquisition internationale de société est normalement régie par la *lex contractus*¹⁰⁴, elle est à ce titre concurrencée par la loi applicable à la société : la *lex societatis*.

32 – **Définition.** La *lex societatis*, c'est la loi qui régit en principe l'organisation interne de la société, de même que les rapports qu'elle entretient avec les tiers.¹⁰⁵ En France, la Cour de cassation a autrefois osé le rapprochement avec le statut personnel des personnes physiques¹⁰⁶. Sans user d'une telle analogie, les juges allemands assimilent également la *lex societatis* à la capacité juridique¹⁰⁷. C'est cette loi qui, une fois déterminée va encadrer la vie sociale. Mais, en France comme en Allemagne, il n'y a aucune définition légale du domaine de la loi, et il n'y a pas plus de définition en droit communautaire¹⁰⁸.

Plus généralement, et pour poser une définition commune aux deux Etats, l'ensemble des opérations relatives à la gouvernance d'une société, quelles soient relatives à sa constitution, à son fonctionnement, ou à sa dissolution, sont régies par la *lex societatis* (A). Quelque soit l'ordre

¹⁰² Pour une décision particulièrement révélatrice sur le sujet, voir Cass., 1^{ère} civ., 12.01.1994, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 92, note H. MUIR WAT ; *JDI* 1995, p. 134, note S. DION-LOYE.

¹⁰³ Voir *supra* n°10.

¹⁰⁴ Voir *supra* n°15 et s.

¹⁰⁵ Voir « Droit international des sociétés », *Rep. Soc.* 2014, n°126.

¹⁰⁶ Cass. Civ., 04.07.1923, S. I, 1925, p.18 : La Cour de cassation évoque dans cet arrêt le « statut personnel des sociétés ».

¹⁰⁷ La capacité juridique est considérée par les juridictions allemandes comme un élément de la *lex societatis*. Voir à ce sujet : M. BODE, *Le groupe international de sociétés : le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand*, Thèse, 2010, n°238, p. 301.

¹⁰⁸ Le groupe d'experts allemands (*Deutscher Rat für Internationales Privatrecht*) chargé de proposer un règlement communautaire alternatif prévoyait pourtant une délimitation précise de la *lex societatis*, afin d'uniformiser les positions au sein de l'Union européenne. Voir : *Rev. crit. DIP* 2006, p. 712.

juridique, cette uniformisation permet l'unité de la loi applicable à la société¹⁰⁹. La profonde portée de la *lex societatis* appelle donc à une étude attentive de ses règles de détermination (B).

A. LES OBLIGATIONS RÉGIÉS PAR LA *LEX SOCIETATIS*

33 – Champ restreint de la *lex societatis* dans le cas d'une acquisition de société. Le domaine de la *lex societatis* est susceptible d'être réduit par les lois de police qui s'appliqueraient à une société hors des frontières de l'Etat de sa *lex societatis*. En fait, concernant une acquisition internationale de société, le domaine de la *lex societatis* va se rapprocher essentiellement d'éléments du fonctionnement de la société qu'elle gouverne (2) et des attributs liés à la qualité d'associé (1).

Il est ainsi acquis, en France, que « *les dispositions d'ordre public économique de la loi du 2 juillet 1996 et le règlement général du Conseil des marchés financiers s'imposent à tout opérateur qui intervient sur un marché réglementé français* »¹¹⁰. Cette position est partagée par bon nombre de juridictions, parmi lesquelles les juridictions allemandes.

1. Attributs liés à la qualité d'associé

34 – Détermination jurisprudentielle. Dans un arrêt *Royal Dutch* du 17 octobre 1972, la Cour de cassation a affirmé, suivie plus tard par les juges allemands¹¹¹, que « *les conditions dans lesquelles s'acquiert, se conserve ou se perd la qualité d'actionnaire* » sont déterminées par la loi de la société en cause¹¹². En d'autres termes, toutes les opérations relatives à l'acquisition de société et qui concernent le rapport entre les parties à la cession et la société¹¹³ sont, contrairement aux opérations qui concernent uniquement les rapports *inter partes*¹¹⁴, régies par la *lex societatis*.

¹⁰⁹ B. AUDIT, L. d'AVOUT *Droit international privé*, 4^{ème} éd., Paris, Economica, 2006, § n°1127, p. 883.

¹¹⁰ CA Paris, 13.01.1998, *Bull. Joly Sociétés Bourse* 1998, p. 256 ; *Rev. soc.* 1998, p. 572, note P. LE CANNU.

¹¹¹ OLG Saarbrücken, 21.04.1989, *IPRax* 1990, 324 : en l'espèce, une société suisse avait acquis une participation dans une société de personnes allemande, conformément à la loi allemande, applicable au titre de *lex societatis* de la cible, et ce, alors que le droit suisse le lui aurait refusé.

¹¹² Cass. Civ., 17.10.1972, *JDI* 1973, p. 716, note B. OPPETIT ; *Rev. soc.* 1974, p. 127, note J.-L. BISMUTH ; *Rev. crit. DIP* 1973, p. 520, note H. BATIFFOL.

¹¹³ Voir *infra* n°35.

¹¹⁴ Voir *supra* n°25.

35 – Spécificités de la cession d’actions. Seuls les domaines exclus de la loi d’autonomie sont régis par la *lex societatis*¹¹⁵. Le droit de céder ses parts ou ses actions dans une société ne dépend donc que partiellement de la loi de la société. Dans cette gamme de restrictions à la volonté des parties, le droit français prévoit par exemple la possibilité d’inscrire dans les statuts une clause subordonnant ou interdisant la liberté de cession des titres¹¹⁶. La *lex societatis* régit également les modalités de publicité et d’opposabilité de la cession à la société et aux tiers.

2. Fonctionnement de la société

36 – Fonctionnement des organes sociaux. Que ce soit en droit français ou en droit allemand, il existe une multitude de formes sociales¹¹⁷. Leurs similitudes et différences fait le bonheur des auteurs de droit comparé, mais oblige, par souci de cohérence, que la loi qui régit la création, et donc la forme sociale originelle, soit aussi celle qui détermine la structure et le régime des organes de la société. Dans le cadre de l’acquisition du contrôle d’une société, cette nuance concerne essentiellement le cas où les parties souhaiteraient modifier le fonctionnement des organes sociaux, ou le cas où il y aurait un litige concernant le droit applicable au fonctionnement des organes sociaux.

37 – Détermination du statut des dirigeants sociaux. La *lex societatis* sert par ailleurs à la détermination du statut des dirigeants sociaux.

B. DÉTERMINATION DE LA LEX SOCIETATIS

38 – Vision unitaire de la *lex societatis*. Aujourd’hui, en France comme en Allemagne, il existe une véritable différence entre nationalité et loi de la société¹¹⁸. La règle de rattachement de la *lex societatis* doit donc être regardée à part entière¹¹⁹, ce qui n’a pas toujours été le cas.

¹¹⁵ Voir *supra* n°31.

¹¹⁶ Clause admise en droit français pour les sociétés qui renoncent à faire un appel public à l’épargne et qui répondent de la forme des sociétés par actions simplifiées et la société européenne immatriculée en France.

¹¹⁷ Pour une vision globale du droit allemand des sociétés, voir : B. GRUNEWALD, *Gesellschaftsrecht*, Tübingen, 2011.

¹¹⁸ La jurisprudence a longtemps considéré que les sociétés étaient soumises à leur « loi nationale ». Certains auteurs ont également plaidé en faveur d’une confusion des deux ; Voir J.-P. LABORDE, « Les activités et les biens de l’entreprise », in *Mélanges Derrupé*, p. 49.

39 – Opposition des règles de détermination. Deux théories s’opposent : la théorie du siège réel et la théorie majoritaire de l’incorporation¹²⁰. Alors que la France semble avoir clarifié sa situation il y a quelques années en faveur du siège statutaire¹²¹, l’Allemagne continuait encore il y a peu de temps à ne prendre en considération que les critères du siège réel pour accorder à une société la capacité juridique devant ses juridictions (1). L’intervention de la jurisprudence communautaire à ce sujet et au service des libertés qu’elle défend tend à dessiner un système commun de détermination (2).

1. Le système allemand et le système français : deux modèles de détermination traditionnellement isolés

40 – Rattachement à un ordre juridique. Déterminer la *lex societatis* d’une société permet de la rattacher à un ordre juridique précis. C’est cet ordre juridique qui régira ensuite le domaine de la *lex societatis*. Cette dernière est déterminée *a minima* en fonction du lieu où la société est immatriculée¹²². Tout paraît alors très simple, il suffit de regarder où les associés ont entendu immatriculer leur société et attribuer à la loi du pays alors désigné la fonction de *lex societatis*¹²³. Mais cette approche est bien trop directe et se méprend des spécificités nationales et des systèmes respectifs d’enregistrement.

41 – Définitions. La théorie du siège réel amène à ne reconnaître la capacité juridique à une société que dans les cas où son Etat d’immatriculation est aussi l’Etat dans lequel se situe le centre de direction effective de la société¹²⁴. Au contraire, la théorie de l’incorporation

¹¹⁹ P. LOUIS-LUCAS, « Remarque sur la nationalité des sociétés », *JCP* 1953, I, 1104 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 8^{ème} éd., Montchrestien, 2004, n°1031, p. 717 et s. ; H. SYNVEY, *L’organisation juridique du groupe international de sociétés*, Thèse Rennes, 1979, t. 1., n°61 et s. ; L. LEVY, *La nationalité des sociétés*, Thèse, 1984, p. 104 et s. ; Ph. FRANCESKAKIS, « Lueurs sur le droit international des sociétés de capitaux », *Rev. crit. DIP* 1970, 609.

¹²⁰ La plupart des pays, notamment dans l’Union européenne, ont opté pour la théorie du siège de l’incorporation. C’est le cas notamment du Danemark, de l’Espagne, de la Grande-Bretagne, de l’Italie et des Pays-Bas.

¹²¹ En ce sens, M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 2011, n°96 et s., p. 101.

¹²² Application pure et simple de la théorie de l’incorporation.

¹²³ C’est l’approche effectivement utilisée dans les pays qui utilisent le système anglo-saxon.

¹²⁴ Cette solution est particulièrement utile lorsqu’il s’agit de lutter contre certaines fraudes qui consistent à dissocier le siège statutaire du siège réel pour bénéficier du régime juridique le plus avantageux (*forum shopping*).

(*Gründungstheorie*) veut que la *lex societatis* de la société soit la loi de l'Etat au sein duquel elle s'est enregistrée.

42 – **Similarités des règles de détermination.** La France et l'Allemagne ont longtemps été considérées comme utilisant la même règle de détermination. Néanmoins, les deux droits ne sont pas tout à fait symétriques. En France, les différences ont été sensibles quant à savoir si le siège social réel ou le siège social statutaire devait être pris en compte¹²⁵. Au début du XX^{ème} siècle, le critère était sans conteste celui du siège réel¹²⁶. Mais plus tard, la thèse du professeur SYNVET¹²⁷, a dégagé les conditions¹²⁸ qui permettraient d'affirmer de manière définitive la réalité du siège réel comme critère de détermination de la *lex societatis*. Or, aucune des deux conditions n'a été démontrée. Il serait plus juste de dire que la France utilisait le système du siège statutaire, avec une exception de fraude, permettant de lutter contre une quelconque forme de *forum shopping*.

Concernant le critère de rattachement allemand, classiquement choisi par la jurisprudence, c'est sans aucun doute celui du siège social réel (*Sitztheorie*)¹²⁹. C'est en d'autres termes la loi du lieu où se situe le siège d'administration effectif de la société qui en droit allemand servait de *lex societatis*¹³⁰. Les juridictions allemandes s'appuyaient pour ce faire sur le lieu où les actes juridiques liant la société à des tiers étaient habituellement conclus¹³¹.

¹²⁵ Les articles 1837 du Code civil et L. 210-3 du Code de commerce disposent d'une règle de conflit en la matière mais n'explicitent à aucun moment le critère choisi, en évoquant simplement le « *siège social* ».

¹²⁶ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, Paris, LGDJ, 8^{ème} éd., 1993, n°193

¹²⁷ H. SYNVET, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, Thèse Rennes, 1979, tome 1, n°87, p. 201 ; *contra* : B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°514

¹²⁸ Deux conditions cumulatives : les sociétés constituées à l'étranger mais ayant leur siège réel en France sont soumises à la loi française, même en l'absence de fraude et la loi étrangère de siège réel doit s'appliquer à une société ayant son siège statutaire en France (Voir H. SYNVET, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, Thèse Rennes, 1979, tome 1).

¹²⁹ RG, *JW* 1904, 231; *JW* 1934, 28 (45); *RGZ* 77, 19 (22); *RGZ* 83, 367 (369); *RGZ* 92, 73 (76); *RGZ* 117, 215 (217); *RGZ* 159, 33 (42 et s.); *BGHZ* 53, 181 (183); *BGHZ* 78, 318 (334); *BGHZ* 97, 269, *NJW* 95, 1032, *NJW* 96, 55; BayObLG 92, 113; Hamm, *RIW* 97, 237, 875; Bremen, *RIW* 98, 65; Düsseldorf, *JZ* 2000, 203; *MüKo-IPR* (1998) A. HELDRICH, zu Art. 12 EGBGB, n°2; H. SOERGEL et A. LÜDERITZ, *Ahn*, Art. 10, n°8; H. VON HALEN, *Das Gesellschaftsstatut nach der Centros-Entscheidung des EuGH*, p. 29 et s.; B. GROßFELD, *IPRax*, 1986, 145; W.F. EBKE, *ZGR* 1987, 245 et s.; *contra*: P. BEHRENS, *Die GmbH im europäischen und internationalen Recht*, p. 20.

¹³⁰ Voir O. PALANDT, *EGBGB* (2002) et A. HELDRICH, *Anh. Zu EGBGB* 12, n°1 ; P. KINDLER, *MüKO-IntGesR*, n°258 et s.; U. NIESSEN, *NJW* 1986, 1408 ; V. BEHRENS, *RabelsZ* 52 (1988), 498 et s. ; B. KNOBBE-KEUK, *ZHR* 154 (1990), 325 et s..

¹³¹ OLG München, *NJW-RR* 1995, 703, 704.

L'emploi d'un temps du passé s'impose. Car si ces systèmes devaient être respectés, au risque, pour une société, de voir son immatriculation frappée de nullité, mais la jurisprudence communautaire est venue atténuer cette vérité (2).

2. L'apport de la jurisprudence communautaire : vers un modèle de détermination harmonisé

43 – L'influence de la liberté d'établissement. La liberté d'établissement, consacrée aux articles 49¹³² et 54¹³³ TFUE, matérialise le droit pour une société légalement immatriculée dans un Etat membre de l'Union européenne, d'être reconnue dans les autres Etats membres. La Cour de justice de l'Union européenne est venue préciser le principe par trois arrêts fondamentaux. Les arrêts *Centros*¹³⁴, *Überseering*¹³⁵, *Inspire Art*¹³⁶, ont permis aux juges communautaires d'affirmer sa préférence pour la théorie de l'incorporation¹³⁷.

44 – Impact sur le droit allemand. Si la portée de ces arrêts semble obliger l'Allemagne (et dans une moindre mesure la France¹³⁸) à abandonner les cas de non reconnaissance de sociétés régulièrement immatriculées dans un Etat membre de l'Union européenne, il ne semble pas qu'il y ait pour autant une obligation d'opter purement et simplement pour la théorie de l'incorporation dans toutes les circonstances.

¹³² Article 49 TFUE : « Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un Etat membre établis sur le territoire d'un Etat membre. »

¹³³ Article 54 TFUE : « Aussi longtemps que les restrictions à la libre prestation des services ne sont pas supprimées, chacun des Etats membres les applique sans distinction de nationalité ou de résidence à tous les prestataires de services visés à l'article 49, premier alinéa. »

¹³⁴ CJCE, 09.03.1999, C-212/97, *Centros*, Rec. I, p. 1459 ; J.-Ph. DOM, *Bull. Joly* 1999, 705, § 157 ; M. LUBY, *JDI* 2000, 482 ; M. MENJUCQ, *D.* 1999 ; C. CASCANTE, *RIW* 1999, 450 ; J. SONNENBERGER et H. GROßBERICHTER, *RIW* 1999, 721.

¹³⁵ CJCE, 05.11.2002, C-208/00, *Überseering*, *JCP E* 2003, n°448, note M. MENJUCQ ; *Rev. soc.* 2003, p. 315, note J.-Ph. DOM ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 452, note M. LUBY ; *Europe* 2003, comm. n°19, L. IDOT ; P. LAGARDE, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 508.

¹³⁶ CJCE, 30.09.2003, C-167/01, *Inspire Art*, *JCP G* 2004, II, 10002, note M. LUBY ; *D.* 2004, p. 491, note E. PATAUT ; *JCP E* 2004, 252, note V. MAGNIER ; *JDI* 2/2004, note M. MENJUCQ.

¹³⁷ Voir par exemple sur la portée générale de cette trilogie jurisprudentielle : M. LUBY, « Quand la Cour de justice consacre la loi de l'Etat d'immatriculation en tant que *lex societatis* », *JCP éd. G* 2004, 30-36 (34).

¹³⁸ La France est à cet égard uniquement concerné en ce qu'elle refuse parfois de reconnaître une société régulièrement formée dans un Etat de l'UE en appliquant l'exception de fraude. Cette exception seule est contraire à la jurisprudence communautaire et est donc écartée depuis. Voir au sujet de la portée de la notion de fraude dans le cadre de l'UE : M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 2011, n°138 et s., p. 143.

L'arrêt *Inspire Art* oblige en fin de compte à abandonner la théorie du siège réel en tant que règle de conflit dans le cadre de l'UE, pour un transfert de siège vers l'Allemagne¹³⁹. Par conséquent, la plus haute juridiction allemande (*Bundesgerichtshof* – BGH) reconnaît désormais les sociétés constituées conformément au droit d'un Etat membre de l'UE ou de l'EEE¹⁴⁰, en application de la loi de leur constitution¹⁴¹. Plus largement, une généralisation de l'usage de la théorie de l'incorporation à la détermination de la *lex societatis* dans toutes les circonstances aurait pour effet de grandement simplifier le droit international des sociétés allemand.

45 – Absence de conséquences de l'appartenance à un groupe international de sociétés.

Les difficultés pratiques¹⁴² qui peuvent accompagner l'acquisition d'un groupe international de sociétés pour les filiales ont conduit certains auteurs à s'interroger sur l'appréhension du groupe par une loi unique¹⁴³. Néanmoins, rien ne justifie la subordination d'une société à la *lex societatis* d'une autre société du groupe¹⁴⁴. Dès lors, l'appartenance à un groupe de société n'a aucune incidence sur la loi applicable à une société, et ce, tant en droit français qu'en droit allemand. La *lex societatis* d'une filiale sera la loi du lieu où se situe sa direction effective¹⁴⁵, puisqu'elle jouit d'une autonomie juridique propre. Dans le cadre de l'acquisition d'un groupe international de sociétés, différentes *lex societatis* seront applicables afin de prendre en considération toutes les sociétés membres du groupe dans le domaine propre à la loi de chaque société. Seule une disposition de sa *lex societatis* propre pourra attribuer à une autre loi sa compétence, dans le cadre d'une réglementation nationale qui consacrerait la notion de groupe de sociétés.

¹³⁹ H. HORN, *NJW* 2003, 893 (896); KG Berlin, 18.11.2003, *DB* 2003, 2695 (2696).

¹⁴⁰ Sur le transfert du siège à partir d'un Etat membre de l'EEE : BGH, 19.09.2005, *BB* 2005, 2373 ; *ZIP* 2005, 1869-1871 ; *NJW* 2005, 3351-3352 ; *EuZW* 2005, 733-735 ; H.-P. WACHTER, *GmbHR* 2005, 1483-1484 ; *RIW* 2005, 945-949 ; *Der Konzern* 2006, 195-197 ; E. WELLER, *ZGR* 2006, 748-768.

¹⁴¹ *BGHZ* 154, 185 (188); BGH, *NJW* 2004, 3706; BGH, *ZIP* 2005, 805; C. GOETTE, *DSiR* 2005, 197 et s..

¹⁴² Cas où serait acquis un groupe de société comportant une multitude de filiales, par exemple.

¹⁴³ A ce sujet, Y. LOUSSOUARN, « Règles de conflit et règles matérielles dans le droit international des sociétés », in *Etudes offertes à B. Goldman*, Litec, 1982, p. 175.

¹⁴⁴ H. SYNVEY a ainsi émis l'idée que la loi de la société mère du groupe pourrait servir de loi du groupe ; Voir H. SYNVEY, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, Thèse Rennes, 1979, t.1, p. 591, n°268 et s..

¹⁴⁵ BGH, *WM* 1979, 692 ; *MüKo-IntGesR*, P. KINDLER, n°319 ; *MüHb-GmbH*, JASPER, §75 n°28.

PARTIE II – APPROCHE MATÉRIALISTE DE L’ACQUISITION INTERNATIONALE DE SOCIÉTÉ

Au contraire des matières qui requièrent de passer par un conflit de lois pour connaître le droit qui leur est applicable, certaines questions propres à l’acquisition internationale de société ont des règles propres. Cette méthode consiste à éviter un conflit de lois, et ce dans deux situations. La première est l’existence de lois d’application impérative qui concernent l’ensemble des sociétés cibles (I). La seconde est l’existence de lois d’application impératives pour toutes les offres d’acquisition sur une société présente sur un marché réglementé (II).

I. LES LOIS DE POLICE APPLICABLES À TOUTES LES SOCIÉTÉS

46 – Raison d’être. Les acquisitions internationales de société, comme d’autres opérations qui peuvent toucher certains sacro-saints nationaux, ne laissent jamais insensibles les Etats. Les grandes sociétés font le produit intérieur brut (PIB) d’un Etat, animent son marché de l’emploi et servent son rayonnement à l’international.

La justification des lois d’application immédiate, plus communément appelées lois de police¹⁴⁶, comme autant d’instruments au service des politiques pour bloquer une opération qui ne sied pas au dessein des États n’aurait choqué personne. Néanmoins, cette définition touche un extrême qu’il convient d’éviter. L’objectif des lois de police est plus *soft* et réside plus simplement dans leur application nécessaire compte tenu de leur fonction sociale¹⁴⁷ au sein d’un Etat, et aujourd’hui également au sein de l’Union européenne, avec l’apparition des lois de police communautaires.

¹⁴⁶ Voir à ce sujet M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2011, n°235 et s.: Le terme loi de police est spécifique aux lois protectrices des intérêts des Etats. Mais devant la rareté des lois d’application immédiate qui ne sont pas des lois de police, les deux expressions sont devenues synonymes.

¹⁴⁷ Concernant les lois de police et les règles de conflit, voir notamment : Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 10^{ème} éd., Dalloz, n°168, p. 150.

47 – **Mécanisme.** Les lois de police court-circuitent tout conflit de lois, elles sont d'application immédiate, contrairement aux lois désignées indirectement par un conflit de lois¹⁴⁸. Elles sont des règles matérielles de droit interne qui ne peuvent être dépassées, dans le domaine qui leur est donné, par une loi étrangère, tant leur application apparaît comme indispensable eu égard aux objectifs qu'elles poursuivent¹⁴⁹. Certaines lois¹⁵⁰ peuvent être reconnues comme des lois de police par leur lettre même. Mais une telle qualification est généralement issue de la jurisprudence.

Dans le cadre d'une acquisition internationale de société, si une loi de police doit s'appliquer, c'est au dépend de la loi normalement applicable, c'est-à-dire, la *lex contractus*¹⁵¹.

48 – **Double objectif.** Les lois de police ont une double fonction. Certaines règles ont pour objectif de protéger les sociétés nationales de prédateurs internationaux, elles servent en ce sens une certaine vision du protectionnisme (A). D'autres règles ont une portée plus large et visent à protéger l'ensemble des politiques nationales, qu'elles soient sociales ou économiques (B).

A. LES LOIS DE POLICE : UN INSTRUMENT DE PROTECTIONNISME NATIONAL

49 – **Trois ordres juridiques distincts.** Le droit international des investissements se caractérise par une multi-disciplinarité qui affecte directement son encadrement juridique. Aussi, cet encadrement se fait à trois niveaux. Il est d'abord national (droit national des Etats d'accueil)¹⁵², bilatéral ensuite, organisé sous la forme d'accords bilatéraux (BIT¹⁵³), international enfin, sous la forme de conventions multilatérales.

¹⁴⁸ V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux, Etude critique des méthodes*, éd. GLN Joly, 1990, n°391 et s. ; B. RÉMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, 2008.

¹⁴⁹ Voir Ph. FRANCESKAKIS, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit », *Rev. crit. DIP* 1966, p. 7 : les intérêts poursuivis justifieraient « un domaine d'application exorbitant des solutions atteintes par le procédé de la règle de conflit ».

¹⁵⁰ Certains auteurs postulent à une simple différence de degré entre une loi de police et une autre loi, car toutes les lois ont le même objectif, celui de garantir des intérêts économiques et sociaux. Voir en ce sens : Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, 6^{ème} éd., Dalloz, Paris 2000, n°126 et s..

¹⁵¹ Hors questions réglées par une autre loi, telle que la *lex societatis* (voir *supra* n°33 et s.).

¹⁵² Voir *infra* n°8.

¹⁵³ Bilateral Investment Treaty, également entendus sous le terme de TBI (Traité bilatéral d'investissement).

50 – Libéralisation et affect national. Les sociétés ont su profiter de la globalisation des échanges, au cours de la seconde moitié du XXème siècle, pour se lancer dans des opérations d'acquisition internationales¹⁵⁴. Le phénomène devenant à la mode, ces opérations ont explosé en même temps que les textes nationaux à vocation protectionniste. Ces acquisitions internationales de société figurent parmi les opérations directement visées et définies comme des investissements directs étrangers (IDE)¹⁵⁵(1). Bien qu'en pratique moins concernée de par la conjoncture économique actuelle, par ces opérations, l'Allemagne a comme la France mis en place une procédure de contrôle de l'opportunité de la cession par rapport à l'intérêt national dans certains cas dans les limites posées par le droit communautaire¹⁵⁶ (2).

1. L'acquisition internationale de société : un investissement direct étranger par définition

51 – Définition. Un Investissement direct étranger (*ausländische Direktinvestitionen*) est défini¹⁵⁷ par l'Organisation pour le commerce et le développement économique (OCDE) comme une « *Activité par l'intermédiaire de laquelle un investisseur résidant dans un pays obtient un intérêt durable et une influence significative dans la gestion d'une entité résidant dans un autre pays* »¹⁵⁸. C'est donc fort logiquement que l'acquisition d'une société ayant son siège sur le territoire national est expressément qualifiée d'IDE, tant en droit français¹⁵⁹ qu'en droit allemand¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Les offres publiques d'acquisition sont apparues en novembre 1959, lorsque le banquier Sigmund Warburg conseille le groupe Reynolds pour ce qui sera la première opération de ce genre.

¹⁵⁵ Voir *infra* n°51.

¹⁵⁶ En droit français voir J.-P. BERTREL et M. JEANTIN, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, Litec, 2^{ème} éd., 1991, p. 139, n°136.

¹⁵⁷ En pratique, la définition des IDE pose problème, et aucune définition n'a été globalement acceptée. A noter que la convention CIRDI ne propose par exemple pas de définition propre.

¹⁵⁸ Annexe A du code OCDE de libéralisation des mouvements de capitaux, voir : <http://www.oecd.org/dataoecd/10/63/4844462.pdf>

¹⁵⁹ Article R153-1 du Code monétaire et financier : « *Constitue un investissement au sens de la présente section le fait pour un investisseur : 1° Soit d'acquérir le contrôle, au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, d'une entreprise dont le siège social est établi en France ; 2° Soit d'acquérir tout ou partie d'une branche d'activité d'une entreprise dont le siège social est établi en France ; 3° Soit de franchir le seuil de 33,33 % de détention du capital ou des droits de vote d'une entreprise dont le siège social est établi en France.* »

¹⁶⁰ Münchener Kommentar, *BGB*, 4^{ème} éd., 2006, Band 11, Internationales Kapitalmarktrecht, n°168 et s..

52 – Investisseurs concernés. La cible doit évidemment relever de l'Etat qui veut réglementer l'acquisition, peu importe la nationalité du cédant. Seuls les investisseurs parties étrangères à ce type d'opération seront toutefois soumis aux éventuelles restrictions nationales. Plus précisément, l'investissement sera étranger si le détenteur futur du pouvoir sociétaire l'est¹⁶¹.

2. Des réglementations spécifiques encadrées par le droit communautaire

53 – Droit commun de l'Union européenne. Ce sont les exigences nées du droit communautaire qui ont poussé la France à grandement alléger, si ce n'est abroger, sa réglementation antérieure en matière d'IDE¹⁶². Le respect des libertés communautaires est le principe. Les restrictions sont l'exception¹⁶³ et ne sont autorisées que si elles sont absolument nécessaires pour la préservation des valeurs fondamentales des États membres. La jurisprudence de la Cour de justice accorde au contrôle des restrictions une attention particulière¹⁶⁴. Il n'empêche que même des investissements venant de l'UE ou de l'Espace économique européen (EEE), dans certains secteurs sensibles, ne peuvent être réalisés sans autorisation préalable.

54 – Mesures de protectionnisme nationales. Dans les limites conférées par le droit international public, les Etats peuvent également réglementer les opérations d'investissement étrangères sur leur territoire.

En Allemagne, les premières règles relatives au contrôle des investissements étrangers dans les entreprises stratégiques ont été introduites en 2004¹⁶⁵, complétées et étendues par une loi du 18 avril 2009¹⁶⁶. L'objectif général est d'empêcher les prises de contrôle hostiles par des

¹⁶¹ Voir en ce sens, X. BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, LGDJ, 1998, n°573, p. 317.

¹⁶² En France, loi 66-1008 du 28.12.1966 sur les relations financières avec l'étranger et décret 68-1021 du 21.11.1968.

¹⁶³ Article 65 TFUE (ancien article 58 TCE).

¹⁶⁴ CJCE, 04.06.2002, Commission c. Belgique, aff. C-483/99, *Rec.*, p. I-4809, p. 43; *D. aff.*, 2002, 126, note M. LOMBARD ; *D.*, 2002, p. 2242, note M.-A. FRISON-ROCHE ; *Rev. soc.*, 2002, p. 523, note G. PARLÉANI ; *J.D.I.*, 2003, p. 619, note M. LUBY; CJCE, 04.06.2002, Commission c. Portugal, aff. C-367/98, *Rec.*, p. I-4731, p. 47 ; CJCE, 04.06.2002, Commission c. France, aff. C-483/99, *Rec.*, p. I-4781 (43) ; CJCE, 13.05.2003, Commission c. Espagne, aff. C-463/00, *Rec.*, p. I-4581 (66); *J.D.I.*, 2004, p. 601, note M. LUBY.

¹⁶⁵ Onzième loi modifiant la loi et le règlement sur le commerce extérieur du 23.07.2004 : Elfte Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und der Außenwirtschaftsverordnung vom 23.07.2004.

¹⁶⁶ Treizième loi modifiant la loi et le règlement sur le commerce extérieur du 18.04.2009 : Dreizehntes Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und der Außenwirtschaftsverordnung vom 18.04.2009.

investisseurs étrangers ou l'entrée de fonds souverains au capital d'entreprises allemandes¹⁶⁷. L'administration allemande contrôle uniquement les prises de participations réalisées, soit par des investisseurs n'ayant pas la qualité de ressortissants d'un État membre de l'Union européenne ou de l'Association européenne de libre-échange (AELE), soit par des sociétés établies dans l'Union européenne dont au moins 25% des droits de vote sont détenus par des investisseurs d'États tiers, dans le cas où l'objectif serait de soustraire l'opération au contrôle des autorités allemandes. Toutefois, un contrôle du ministre fédéral de l'Économie et des Technologies est prévu, quelque soit l'investisseur, dans les trois mois à compter de la réalisation de l'investissement, en cas de menace pour l'ordre public ou la sécurité publique. À ce titre, une déclaration préalable peut être déposée¹⁶⁸.

En France, c'est le Code monétaire et financier (CMF) qui dispose de la réglementation en matière d'investissements étrangers. Un principe général de liberté des investissements étrangers est prévu par le CMF qui dispose : « *Les relations financières entre la France et l'étranger sont libres*¹⁶⁹ ». La plupart des investissements étrangers se traduisent donc par une simple déclaration. Néanmoins, une autorisation préalable est exigée du ministre chargé de l'Économie¹⁷⁰ dans les domaines pouvant porter atteinte à l'ordre public, aux intérêts de la défense nationale, ou dans des activités qui participent à l'exercice de l'autorité publique¹⁷¹. La liste a été élargie par décret¹⁷² du 14 mai¹⁷³¹⁷⁴. Sont aussi bien concernés les investisseurs d'un

¹⁶⁷ Deux cas sont concernés par le contrôle des investissements étrangers dans les entreprises stratégiques : l'acquisition directe ou indirecte de participations dans le capital des entreprises d'armement ou de cryptologie lorsque les intérêts essentiels de sécurité nationale (politique et militaire) sont menacés (§ 7 al. 2, n°5 Außenwirtschaftsgesetz) et l'acquisition directe ou indirecte de participations dans le capital d'une société si elle est une menace pour la sécurité ou l'ordre public (§ 7, al. 2, n° 6 Außenwirtschaftsgesetz).

¹⁶⁸ § 53, alinéa 2, Außenwirtschaftsverordnung : le ministre peut faire opposition à l'acquisition ou prescrire les mesures nécessaires à la protection des intérêts publics en cause dans un délai de deux mois à compter de la notification par l'acquéreur de toutes les informations requises.

¹⁶⁹ Article L. 151-1 du Code monétaire et financier, reflet en droit interne de l'article 63 TFUE.

¹⁷⁰ Article L 151-3 I du Code monétaire et financier.

¹⁷¹ La France a été amenée à préciser le régime d'autorisation préalable suite à un arrêt de la Cour de Justice du 14.03.2000 : CJCE, 14 mars 2000, *Association Eglise de scientologie de Paris et Scientology International Reserves Trust c. Premier ministre*, aff. C-54/99, Rec. 2000, p. I- 010135.

¹⁷² L'article L 151-2 du Code monétaire et financier habilite le gouvernement à prendre des mesures pour assurer la défense des intérêts nationaux. Les dispositions procédurales sont aux articles R. 153-7 à R. 153-12 CMF.

¹⁷³ Porté par Arnaud Montebourg, ministre de l'économie et du redressement productif, et déjà connu sous le nom de décret « *Alstom* », car pris dans le cadre de la négociation relative à la vente de la branche énergie du groupe Alstom, convoitée par l'américain General Electric et l'allemand Siemens, ce décret ne vient en fait qu'élargir la liste des secteurs relevant de la règle posée par l'article L 151-3 I du Code Monétaire et Financier, et issue d'un décret en date du 31.12.2005.

¹⁷⁴ En ce sens, voir : CJCE, 28.09.2006, Commission c. Pays-Bas, aff. C-282/04 : la Cour estime que l'intérêt lié à la sauvegarde de la prestation adéquat d'un service postal universel, la sécurité des installations utilisées dans le cadre

pays tiers que les investisseurs d'un pays de l'UE ou de l'EEE. A cet égard, un investissement qui serait effectué sans autorisation préalable, serait nul.

B. LES LOIS DE POLICE : UN INSTRUMENT DE PROTECTION DES POLITIQUES NATIONALES

55 – Libéralisation et politiques nationales. Au-delà de la crainte que représente une opération d'acquisition de société pour un Etat et sa souveraineté¹⁷⁵, il y a également une farouche volonté¹⁷⁶ de faire respecter sur son territoire sa politique économique et sociale. Mais le pays de la société cible ne sera pas le seul à vouloir appliquer les dispositions protectrices de sa politique. Les pays des filiales seront eux aussi particulièrement concernés.

Certains intérêts nationaux concernent l'ensemble des sociétés, peu importe leur place sur le marché, ces lois de police ont un objectif de protection globale des politiques économiques et sociales nationales (1). Au contraire, d'autres lois de police ne concernent qu'un nombre restreint de sociétés dont l'impact sur l'économie exige un encadrement resserré (2).

1. Règles applicables pour l'acquisition de toutes les sociétés

a. Droit social

56 – Continuité des contrats et spécificité de la cession de contrôle. Par sa nature même, l'opération de cession de contrôle d'une société n'a aucune incidence sur la personnalité de la société. Alors, les droits français et allemand prévoient que l'acquéreur d'une société se voit transférer les droits et obligations issus des contrats de travail existant au moment de la cession de l'entreprise¹⁷⁷. Mais ces règles ne trouvent pas le besoin de s'appliquer dans le cadre d'une acquisition de société, au contraire d'autres règles, qualifiées d'internationalement impératives en droit allemand.

des services publics essentiels, les urgences sanitaires, l'approvisionnement minimal en biens essentiels de la collectivité et, plus généralement, la continuité du service public constituent des raisons impérieuses d'intérêt général.

¹⁷⁵ Exemple de l'attitude de la France dans le dossier Alstom (+ citer article Le Monde).

¹⁷⁶ Qui plus est légitime, eu égard au principe de souveraineté (voir Constitution française XXX).

¹⁷⁷ §613-a al. 1 BGB et art. L. 122-12 du Code de travail.

57 – **Règles internationalement impératives du droit allemand.** En droit allemand, un auteur a récemment démontré le nombre relativement limité des lois de police en droit du travail. La règle de conflit permet *a priori* la protection des intérêts de la personne. Alors, seules des lois destinées à protéger des intérêts de droit public semblent concernées¹⁷⁸. A ce titre, le §7 alinéa 1 de la loi sur les conditions impératives de travail en cas de prestations transfrontalières (*Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Leistungen*) énonce les règles qui tiennent à s'appliquer, quelle que soit la loi applicable au contrat. Cette disposition transpose la directive communautaire relative au détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services¹⁷⁹. A cette exception près que la loi allemande s'applique à toutes les relations de travail entre un employeur étranger et ses employés qui travaillent en Allemagne¹⁸⁰. Les règles concernées sont celles relatives aux périodes maximales de travail et aux périodes minimales de repos, la durée minimale des congés payés annuels, la sécurité, la santé et l'hygiène au travail, ainsi qu'à certaines discriminations¹⁸¹¹⁸².

De plus, une acquisition internationale de société est généralement suivie d'une restructuration, voire de licenciements. Parmi les autres lois d'application impératives à souligner, celle sur la protection en cas de résiliation du contrat de travail a également de l'importance et offre aux travailleurs salariés en Allemagne une certaine sécurité juridique.

58 – **Droit d'information.** Aucune cession de contrôle ne peut être envisagée sans que soit respecté, tant en droit français qu'en droit allemand, le droit d'information des salariés ou de leurs représentants. Cette règle générale est particulièrement vraie pour les acquisitions de sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé¹⁸³. Néanmoins, elle n'est pas inexistante pour les autres sociétés. En France, l'obligation était d'abord d'origine jurisprudentielle¹⁸⁴, et fait aujourd'hui l'objet de l'article L. 2323-6 du Code du travail¹⁸⁵. En

¹⁷⁸ C. MÜLLER, *Internationalen zwingende Normen des deutsche Arbeitsrechts*, Thèse Max-Planck-Institut, 2005.

¹⁷⁹ Directive 96/71/CE : Voir à ce sujet : *Rapport des Services de la Commission d sur la mise en œuvre de la directive, concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services*, Janv. 2003.

¹⁸⁰ Si le nombre de lois de police en droit du travail allemand est relativement restreint, cette précision permet une appréciation globale de la portée relativement large de cette loi de police reconnue.

¹⁸¹ Règles protectrices des femmes enceintes et règles protectrices de l'égalité entre hommes et femmes.

¹⁸² C. TSOUCA, *Rev. crit. DIP* 2008, p. 720 ; à propos de la thèse de C. MÜLLER.

¹⁸³ Voir *infra* n°63 et s..

¹⁸⁴ Cass, Crim., 02.03.1978, *JCP* 1979, II, 19052, note Ph. SALVAGE ; *Gaz. Pal.*, 29.10., 1978, p. 6, note P.L.G. ; Cass. Crim., 22.03.1983, *D.*, 1984.

¹⁸⁵ Ancien art. L. 432-1 Code du travail, modifié par loi du 28.10.1982 et abrogé par Ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007

droit allemand, les obligations du comité d'entreprise font l'objet du §80 *Betriebsverfassungsgesetz* (BetrVG), qui reprend notamment l'obligation d'être informé et d'informer les salariés en cas de changement technique ou organisationnel prévu par l'employeur.

b. Droit de la concurrence

59 – Réglementation communautaire. Par les intérêts qu'elles mettent en jeu, les acquisitions internationales de sociétés françaises ou allemandes, ont généralement une dimension communautaire¹⁸⁶. Définies comme telles, elles entrent dans le champ d'application du règlement relatif au contrôle des concentrations entre entreprises¹⁸⁷. La hiérarchie des normes consacre la primauté de la juridiction communautaire¹⁸⁸ dès lors que les seuils exprimés sont respectés. Aussi, dans l'hypothèse où une opération serait contraire au contrôle de concentration communautaire, mais conforme au droit de la concurrence du pays dont la loi a été choisie par les parties, le droit communautaire va s'appliquer comme une loi de police. L'opération sera par conséquent annulée.

60 – Application subsidiaire des textes nationaux. L'application des droits nationaux de la concurrence, dans le cadre de l'Union européenne, n'a lieu que dans le cas où les seuils communautaires ne seraient pas dépassés. Dans le cadre national, en France comme en Allemagne, la définition des opérations de concentration qui doivent faire l'objet d'un contrôle de l'autorité de la concurrence est la même. Les deux droits considèrent qu'il y a concentration dès lors qu'une ou plusieurs entreprises prennent le contrôle, direct ou indirect, d'une ou plusieurs autres entreprises¹⁸⁹. Si elles trouvent à s'appliquer, les dispositions du droit de la concurrence national sont également d'application impérative.

¹⁸⁶ Ont une dimension communautaire les opérations qui rentrent dans le champ d'application de l'article 2-1 du règlement CE n°139/2004.

¹⁸⁷ Règlement CE n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004.

¹⁸⁸ Sur la suprématie des traités sur la loi nationale, même postérieure, voir notamment : CJCE, 15.07.1964, *Costa, R.* 1141, concl. LAGRANGE ; et CE, 20.10.1989, *Nicolo, R.* 190, concl. FRYDMAN ; *Rev. crit. DIP* 1990, 125 ; *Gaz. Pal.* 12-14.11.1989, obs. CHABANOL ; *RGDIP* 1990, 91, note J. BOULOUIS. Voir également : M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18^{ème} éd., Dalloz, n°91, p. 647.

¹⁸⁹ Article L. 430-1 du Code de commerce et § 37 *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB).

c. Droit fiscal¹⁹⁰

61 – Source de revenu pour les Etats. Les acquisitions internationales de société sont des opérations d'achat et de vente qui de fait, mettent en jeu les mécanismes du droit fiscal¹⁹¹. L'opération de vente génère pour le cédant une plus-value. Ce revenu va être imposé par l'Etat dans lequel il réside¹⁹². Le transfert des titres va également entraîner le versement de droits d'enregistrement¹⁹³ et de droits de timbre¹⁹⁴. Les sommes en jeu sont autant de sources de revenus pour les Etats concernés. Dès lors, le droit fiscal de chaque Etat s'applique sans que les parties n'aient à y redire. La matière fiscale est de ce fait exclue du champ d'application du règlement Rome I¹⁹⁵.

2. Règles applicables pour l'acquisition d'une société cotée

62 – Application impérative de la loi du marché. Les règles boursières françaises sont d'application impérative à tout opérateur qui intervient sur le marché français, peu importe sa nationalité¹⁹⁶. Il faut bien comprendre qu'*a contrario*, les règles boursières françaises ne s'appliquent pas hors du marché français, par exemple, sur un quelconque marché étranger¹⁹⁷. Ce principe est étendu au droit boursier allemand, pour le marché allemand.

Les cas d'application de ces lois de police réduisent grandement la place laissée à la volonté des parties. Et l'importance donnée au droit boursier dans l'espace communautaire ne fait que renforcer cette vérité, qui sert néanmoins à la sécurité juridique des marchés financiers (II).

¹⁹⁰ Les dispositions de droit fiscal ne sont pas définies comme proprement des lois de police. Mais leur fonctionnement et leur caractère impératif permettent, d'une façon plus large, de les considérer comme telles. En ce sens qu'aucun contractant ne pourra, sous prétexte de la *lex contractus*, choisir le droit fiscal national applicable à l'opération.

¹⁹¹ Pour une présentation générales des aspects fiscaux d'une réorganisation internationale voir : B. GOUTHIERE, *Les impôts dans les affaires internationales*, 8^{ème} éd., éd. Francis Lefebvre, 2010, n°27035 et s., p. 373 et s..

¹⁹² Que le cédant soit une société personne morale ou un particulier personne physique n'a pas d'importance, seule la définition de la résidence fiscale et le champ territorial des revenus imposables est susceptible de changer.

¹⁹³ Voir à ce sujet les discussions de la Commission sur les disparités au sein même de l'Union européenne et qui handicapent encore aujourd'hui les Etats avec des taux d'imposition moins compétitifs : *Transmission des entreprises : la commission soumet à la consultation un document d'orientation*, European Commission, IP/94/593, 29.06.1994.

¹⁹⁴ Voir F. HELLIO, « Investir en Allemagne : quelques aspects essentiels à connaître pour une acquisition réussie », *Fusions & Acquisitions Magazine*, 01.07. 2011.

¹⁹⁵ Article 1-1 al.2 règlement Rome I.

¹⁹⁶ CA Paris, 13.12.1998, *Rev. soc.* 1998, p. 572 ; *JCP E* 1999, p. 1292, obs. Y. REINHARD.

¹⁹⁷ Dans l'arrêt évoqué, la Cour d'appel de Paris a de ce fait précisé que si les dispositions françaises s'appliquaient, c'était aussi parce qu'elles ne contenaient « aucune mesure d'exécution forcée à l'étranger ».

II. LES LOIS DE POLICE PROPRES AUX SOCIÉTÉS COTÉES

63 – **Le cadre commun de la directive n°2004/25/CE.** La Commission européenne avait proposé, en 1989, une directive qui visait à harmoniser le droit des Etats membres dans le domaine des OPA¹⁹⁸. Trop de règles nationales étaient remises en cause, dès lors, la proposition avait été refusée par le Royaume-Uni, les Pays-Bas et l'Allemagne¹⁹⁹. Un compromis a finalement été trouvé en 2000²⁰⁰, sur le principe d'une directive plus souple. Seuls des principes généraux étaient dégagés, laissant aux Etats une certaine marge de manœuvre dans l'élaboration de leur législation respective²⁰¹. Mais bien qu'empreinte d'un remarquable pragmatisme, la directive n'a finalement pas été adoptée par le Parlement européen. Il a fallu que soit constitué un comité d'experts pour qu'émerge enfin la directive harmonisant le droit des Etats membres relatif aux offres publiques d'achat²⁰².

Le texte de compromis a été définitivement adopté le 22 décembre 2003²⁰³. La rigidité des positions nationales a obligé les rédacteurs à prévoir un nombre considérable d'options, parfois même sur certaines dispositions fondamentales (I). La directive n°2004/25/CE du 21 avril 2004²⁰⁴ a été transposée en France le 31 mars 2006²⁰⁵ et en Allemagne le 8 juillet 2006. La position française a été depuis durcie avec la mise en place d'un cadre législatif beaucoup plus hostile aux OPA par la loi du 29 mars 2014 dite loi

¹⁹⁸ JOCE, 14.03.1989, n°C 64/8 et s. ; Voir commentaires : O. CASSIOT, « Les OPA : étude de la proposition de treizième directive du Conseil en matière de droit des sociétés concernant les offres publiques d'achat ou d'échange », *Les Petites Affiches* 1990, n°112 ; C. LONDON, « OPA/OPE : la vraie communautaire ? », *JCP E* 1990, II, 15762.

¹⁹⁹ Les attitudes des Etats concernant les OPA étaient diamétralement opposées. Le modèle anglo-saxon voyait en ce type d'opération un facteur de croissance externe des entreprises propre à favoriser l'égalité entre les acteurs du marché. Au contraire, le modèle allemand était particulièrement hostile à ces opérations. L'Allemagne n'encadrait donc que très peu les offres publiques d'achat, offrant ainsi la possibilité aux sociétés cibles de mettre en place des techniques de défense agressive ou dissuasive ; Voir à ce sujet M.-B. DIETHELM, *Le droit des offres publiques d'achat : une approche internationale*, Thèse Paris II, 1992, p. 145 et s..

²⁰⁰ Négociations suspendues en 1991.

²⁰¹ F. BLANQUET, « Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés », *Rev. soc.* 2000, p. 126.

²⁰² Groupe d'experts organisée durant l'été 2001 et présidé par J. WINTER. Les travaux étaient orientés vers trois grands axes de réflexion : « prix équitable à payer pour une offre obligatoire », opportunité d'une procédure obligatoire (procédure de *squeeze out*) et égalité des acteurs quelque soit leur Etat ; Voir *Rapport sur les questions liées aux offres publiques d'acquisition*, Commission européenne, 10.01.2002.

²⁰³ Finalement entrée en vigueur le 20.05.2004.

²⁰⁴ JOUE n° L 342, 3-.04.2004.

²⁰⁵ Loi n°2006-387 du 31.03.2006.

« Florange »²⁰⁶. Les deux transpositions convergent dans une direction pourtant contraire à l'objectif premier de la directive. Paradoxalement, les dispositifs anti-OPA ont été renforcés²⁰⁷ par la transposition du texte communautaire, en France comme en Allemagne (II).

A. ETUDE D'ENSEMBLE DE LA DIRECTIVE N°2004/25/CE

64 – Objectif général. La directive vise dans un premier temps à faciliter les opérations de restructuration au sein de l'Union européenne (A). L'objectif est également de protéger les actionnaires minoritaires, particulièrement exposés en cas de transfert du contrôle de leur société (B).

1. Portée de la directive

65 – Champ d'application. La directive OPA s'applique aux sociétés qui relèvent du droit d'un Etat membre et dont les titres sont admis sur un marché réglementé dans au moins un Etat membre²⁰⁸. En France, sont visées les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions. Alors qu'en Allemagne, sont concernées les sociétés par actions (*Aktiengesellschaft*) et en commandite par actions (*Kommanditengesellschaft*)²⁰⁹.

Des deux côtés du Rhin, les offres concernées sont celles qui entraînent un transfert du contrôle de la société cible, peu importe que ces offres soit « volontaires » ou « obligatoires »²¹⁰.

66 – Cadre général à respecter. La directive ne va pas dans les détails de la procédure propre aux offres publiques d'acquisition. De manière plus subtile et pour satisfaire les différentes visions des Etats membres, la directive pose un ensemble de principes. Les Etats

²⁰⁶ Loi n°2014-384, issue du « Pacte pour la compétitivité de l'industrie française » (dit rapport Gallois du nom de son instigateur) rendu le 05.12.2012 ; Voir également en ce sens L. SCHWEITZER et O. FERRAND, *Investir dans l'avenir, une politique globale de compétitivité pour la France*, 2012.

²⁰⁷ Sur la notion sous-jacente de patriotisme économisme, voir : R. DAMMANN et U. VOLK, « Le patriotisme économique, une réalité des deux côtés du Rhin ? », *D.* 2006, p. 1674.

²⁰⁸ Article 1-1 de la directive n°2004/25.

²⁰⁹ § 29 et s. WpÜG.

²¹⁰ Article 3 de la directive n°2004/25.

sont alors libres d'adopter les mesures qu'ils souhaitent, à condition de respecter ces principes généraux entendus comme fondamentaux²¹¹. De très nombreux renvois sont prévus par la directive aux droits nationaux²¹².

2. Objectifs principaux de la directive

67 – Protection des actionnaires minoritaires. A chaque fois que le contrôle d'une société change de mains, *via* une opération d'acquisition, la directive souhaite que l'actionnaire minoritaire soit protégé. Le principe communément accepté est celui d'offrir aux actionnaires minoritaires la possibilité de vendre leurs actions à un juste prix, dit « *prix équitable* », en cas de désaccord avec le nouvel actionnaire majoritaire²¹³.

68 – Encadrement des mesures de défense anti-OPA. L'étendue des latitudes laissées aux sociétés dont le contrôle est en jeu, pour qu'elles puissent se défendre, a fait l'objet d'un important débat. L'Allemagne accorde à l'assemblée générale d'une société une possibilité de délégation de pouvoirs aux dirigeants, pour une durée maximum de 18 mois après réception de l'offre²¹⁴. Or, les discussions autour de la directive s'arrêtaient sur l'importance de confier le sort d'une société à ses propriétaires, et non à ses dirigeants, comme cela est possible en Allemagne. Ainsi, le texte communautaire prévoit qu'une fois l'offre lancée et jusqu'à la fin de la période d'acceptation²¹⁵, l'assemblée générale des actionnaires seule peut autoriser l'organe d'administration ou de direction de la société à adopter des mesures de défense²¹⁶ : principe de passivité. La portée de cette solution est néanmoins à nuancer. La directive prévoit la faculté des Etats membres de ne pas imposer l'application de cette

²¹¹ Article 3 de la directive n°2004/25.

²¹² Sur la multitude de renvois proposés, voir M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 2011, n°366, p. 387.

²¹³ Article 5-1 de la directive n°2004/25.

²¹⁴ § 33 I I WpÜG ; le § 33 I WpÜG rend néanmoins ces situations plutôt singulières en précisant que l'autorisation du conseil de surveillance est suffisante.

²¹⁵ La période d'acceptation est obligatoirement précisée dans le document d'offre rédigé par l'offrant (article 6-3 j de la directive n°2004/25). La rédaction de ce document et sa publicité sont obligatoires (article 6-2 de la directive n°2004/25). La période d'acceptation prévue par l'offrant doit être comprise entre deux semaines minimum et dix semaines maximum à compter de la date de publication du document d'offre (article 7 de la directive n°2004/25).

²¹⁶ Article 9-2 de la directive n°2004/25.

disposition aux sociétés dont le siège social se trouve sur leur territoire²¹⁷. Cette faculté a permis à l'Allemagne de conserver sa réglementation antérieure.

La même disposition de la directive offre également aux Etats la possibilité d'écarter la règle, peut-être exagérément ambitieuse, de neutralisation des mesures préalables de défense anti-OPA²¹⁸. Cette disposition exacerbe le risque de ne pas voir rempli l'objectif d'harmonisation mais renforce l'intérêt d'une étude comparée des mesures prises respectivement par la France et l'Allemagne pour respecter les principes généraux posés (B).

B. ETUDE COMPAREE DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA DIRECTIVE N°2004/25

69 – Une directive à la carte. L'avancée permise par la directive n°2004/25 ne doit pas être négligée. Néanmoins, les dispositions qui auraient du avoir les impacts les plus certains ont été très largement adoucies, pour permettre enfin l'adoption d'un texte commun²¹⁹. Les droits français et allemand ont bien du s'adapter aux principes généraux de la directive. Mais loin de l'objectif initial, les systèmes nationaux particulièrement protectionnistes en sortent renforcés, notamment dans leurs différences (1). Les transpositions en matière de défense anti-OPA sont par contre proches. Plus encore depuis l'adoption par la France de la loi « Florange » du 29 mars 2014 (2).

1. Influence de la directive sur les droits boursiers nationaux

70 – Champ d'application. L'Allemagne a fait le choix de coller parfaitement à la lettre de la directive, en limitant l'application de la directive aux titres admis aux négociations sur un

²¹⁷ Article 12-2 de la directive n°2004/25; La faculté prévue par cette article pose également la question de la portée réelle de la directive, tant le caractère impératif des règles qu'elle prévoit semble dès lors à nuancer.

²¹⁸ Article 11 de la directive n°2004/25 : Les restrictions concernant le transfert de titres, qui seraient prévues par les statuts de la cible sont inopposables à l'offrant. La même inopposabilité est prévue si l'offrant détient au moins 75% du capital de la société assortis d'un droit de vote ou si ces restrictions ont été prévues dans des accords contractuels. Enfin, dans le cadre d'une assemblée générale visant à décider d'une quelconque mesure de défense, les titres à droit de vote multiple ne comptent que pour une seule voix. (Voir M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 2011, n°374, p. 392).

²¹⁹ D. MUFFAT-JEANDET, « OPA : l'adoption d'une directive européenne », *Revue du marché commun et de l'Union européenne* 2004, n°480, p. 455.

marché réglementé²²⁰. La France a au contraire fait le choix d'un champ d'application élargi. L'autorité des marchés financiers (AMF) peut étendre les obligations en matière d'offres publiques aux marchés non réglementés, sur demande de la personne qui gère ce marché²²¹. De manière générale, la marge d'appréciation dont bénéficie l'AMF est beaucoup plus large que celle de la *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)*²²².

71 – Autorités compétentes. La compétence des autorités, en fonction des questions traitées, est répartie par l'article 4 de la directive. La France et l'Allemagne ont transposé la directive avec le même respect de sa lettre. Ainsi, les questions propres au droit boursier sont du ressort de l'autorité compétente pour le contrôle de l'offre publique. Les questions propres au droit du travail et au droit des sociétés sont du ressort de l'autorité de contrôle de l'Etat membre dans lequel la cible possède son siège social²²³.

La directive laissait en fait craindre les principales divergences de transposition pour la substance même du projet d'harmonisation, c'est-à-dire, les mesures de défense anti-OPA. Mais les velléités protectionnistes exacerbées par un contexte économique délicat ont fait converger les transpositions, plus encore depuis l'adoption de la France de la loi « Florange » (2).

2. Des visées protectionnistes partagées

72 – Principe de passivité. La principale différence dans la transposition faite en droit français et en droit allemand concernait, avant la modification de la position française par l'adoption de la loi « Florange », la transposition des articles 9 et 11²²⁴. Concernant l'article 9, la France avait dans un premier temps opté pour le principe de passivité. Alors, pendant la période de l'offre,

²²⁰ Voir *supra* n°65.

²²¹ Article L. 433-1, IV du Code monétaire et financier.

²²² Voir K. J. HOPT, « Les offres publiques d'acquisition en droits français et allemand après la 13^{ème} directive », *D.* 2007, p. 462.

²²³ Sur la complexité de la règle, voir K. J. HOPT, « Les offres publiques d'acquisition en droits français et allemand après la 13^{ème} directive », *D.* 2007, p. 462.

²²⁴ L'article 11 de la directive OPA interdit le recours, en cours d'OPA, à certaines armes de défense, préalablement mises en place par l'entreprise. Ces armes concernent les droits de vote ou le transfert des actions. La France a transposé cet article (articles L 233-35 à L 233-39 du Code de commerce), au contraire de l'Allemagne qui s'y est refusé, et la loi du 29.03.2014 n'est pas revenue sur ce point. Il faut dire que la solution adoptée est souple car non contraignant. Le choix revient aux sociétés d'adopter ou non les dispositions visées, en insérant une clause dans leurs statuts.

l'autorisation devait être demandée à l'assemblée générale avant toute mesure de défense²²⁵, sauf pour rechercher une offre concurrente pour faire échec à l'OPA²²⁶. La loi du 29 mars 2014 est venue modifier cette solution. Désormais, comme c'était déjà le cas en Allemagne²²⁷, le conseil d'administration peut prendre toutes les « *décisions dont la mise en œuvre est susceptible de faire échouer l'offre* »²²⁸. Actuellement, dans les deux pays, seule une autorisation du conseil de surveillance est donc requise²²⁹.

Cette solution est particulièrement protectionniste et rend plus qu'incertaine l'issue d'une OPA hostile sur une société cotée. De plus, les mesures de défense prises peuvent rendre considérables les frais pour l'auteur de l'offre²³⁰. La règle posée est pourtant tout à fait conforme au texte communautaire, puisqu'elle ne fait qu'actionner la faculté d'*opt-out* de l'article 12 de la directive OPA. De plus, une option est laissée aux sociétés d'opter pour le principe de passivité, en France, comme en Allemagne²³¹.

73 – Clause de réciprocité. En France comme en Allemagne, l'exception de réciprocité permet de protéger les sociétés qui opteraient volontairement pour le principe de passivité et/ou de neutralité des restrictions. Cette exception permet de faire échec à ces deux principes si la société qui émet l'offre d'acquisition n'est pas soumise à une disposition équivalente. Dans ce cas, la société peut donc prendre toute mesure de défense contre l'offre hostile.

²²⁵ Voir *supra* n°68 et ancien article L 233-32 du Code de commerce.

²²⁶ Défense dite du « recours à un chevalier blanc ».

²²⁷ § 31-I WpÜG.

²²⁸ Nouvel Article L 233-32 du Code de commerce.

²²⁹ Cette autorisation est encore plus facile à obtenir en Allemagne, puisque les salariés y sont représentés de manière quasi paritaire au sein du conseil de surveillance des sociétés anonymes visées. Voir en ce sens : K. J. HOPT, « Les offres publiques d'acquisition en droits français et allemand après la 13^{ème} directive », *D.* 2007, p. 462.

²³⁰ Cas particulier du lancement d'un emprunt obligatoire ou d'une offre sur un tiers.

²³¹ § 33 a WpÜG (option volontaire pour le principe de passivité) et § 33 b WpÜG (option volontaire pour la neutralisation des restrictions).

CONCLUSION

La place de la volonté des parties dans une opération d'acquisition internationale de société est restreinte au strict minimum. C'est un simple point rouge presque pris au piège dans une complexe mécanique où quand elles ne sont pas exclues par l'application de la loi de la société cédée, les règles conflictuelles sont régulièrement annihilées par des règles matérielles. L'importance et les conséquences des opérations d'acquisition, seules, permettent de justifier cette ingérence des Etats dans le choix de la loi applicable.

En l'absence de convention internationale portant sur la matière, l'étude de droit comparé a à ce sujet permis de révéler un cadre commun. Le développement du droit communautaire, ces dernières années, a une incidence considérable sur les politiques nationales. Alors que l'on aurait pu craindre des différences insurmontables entre les législations nationales, nous avons au contraire constaté des convergences dans tous les domaines. Des règles communes émergent naturellement.

Les juridictions étatiques se refusent pour l'instant à appliquer un droit transnational. Mais l'émergence de ces règles communes qu'a permis l'étude de droit comparé sur la place laissée à la volonté dans le cadre d'une acquisition internationale de société nous amène à ouvrir de nouvelles portes. Un corps de règles universelles pourrait se dessiner pour la matière, comme la *lex mercatoria*, la *lex electronica* ou la *lex sportiva* se sont dessinées et semblent s'imposer à leur domaine respectif. Certains auteurs ont d'ailleurs envisagé la *lex mercatoria* comme une méthode de droit comparé²³². C'est sur cette base que pourrait émerger un droit transnational des acquisitions internationales de société.

A ce titre, la confrontation des droits nationaux doit être plus poussée et le cadre d'étude largement élargi, des droits romano-germaniques, aux droits anglo-saxons, de la détermination de la loi applicable à sa substance même. Il ne paraît pas utopique que d'imaginer une telle solution qui pourrait, au moins devant les juridictions arbitrales dans un premier temps, uniformiser les règles du jeu et simplifier les conflits. L'importance de ces opérations et du contentieux qu'elles induisent inéluctablement appelle cet effort.

²³² E. Gaillard, « Transnational Law: A legal system or a method of decision-making? », in *The Practise of Transnational Law*, K.-P. BERGER, p. 53 et s., 2001.

BIBLIOGRAPHIE

TRAITÉS ET OUVRAGES

- B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2006
- B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974
- B. AUDIT, L. d'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, 2013
- H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, LGDJ, 1993
- J. BEGUIN, M. MENJUCQ (sous la direction de), *Traité de droit du commerce international*, LexisNexis, 2011
- J.-P. BERTREL et M. JEANTIN, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, 2^{ème} éd., Litec, 1991
- X. BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, LGDJ, 1998
- O. CACHARD, *Droit du commerce international*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2011
- L.-J. CONSTANTINESCO, *Rechtsgleichung, Band I, Einführung in die Rechtsvergleichung*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns, 1971
- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., Quadriga/Puf
- R. DAVID ET C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^{ème} éd., Dalloz, 2002
- Ed. Francis Lefebvre, *Allemagne : juridique, fiscal, social*, 2007
- F. FABRICIUS und C. SCHMITTHOFF, *Recht und internationaler Handel*, Athenäum Verlag, 1973
- P.-L. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, 8^{ème} éd., LGDJ, 2013
- B. GOUTHIERE, *Les impôts dans les affaires internationales*, 8^{ème} éd., éd. Francis Lefebvre, 2010
- B. GRUNEWALD, *Gesellschaftsrecht*, Tübingen, 2011
- V. HEUZÉ, *La loi des contrats internationaux*, GLN-Joly, 1990.
- V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux, Etude critique des méthodes*, éd. GLN Joly, 1990
- C. KESSEDJIAN, *Droit du commerce international*, PUF, 2013
- G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, C.H.Beck, 2004
- K. KERSHAW, *Company law in context : text and materials*, Oxford University Press, 2009

- Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2013
- A. LÜDERITZ, *Internationales Privatrecht*, A. Metzner, 1992
- T. MASSART, *Le régime juridique de la cession de contrôle*, Thèse de doctorat, 1995
- P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 8^{ème} éd., Montchrestien, 2004
- M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 2011
- Münchener Kommentar, *Bürgerliches Gesetzbuch – Internationales Privatrecht*, 2010, Band 10
- P. NAVETTE, *Fusions et acquisitions*, éd. EMS, 2012
- M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de la PRADELLE, *Droit international privé*, 4^{ème} éd., LGDJ, 2013
- J-P. NIBOYET, *La théorie de l'autonomie de la volonté*, Académie de Droit International, 1928
- M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 2004
- J-C. POMMIER et Y. LOUSSOUARN, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Economica, 1992
- P. QUIRY, Y. LE FUR, P. VERNIMMEN, *Corporate Finance*, éd. 2013, Chapter 43
- T. RAISER et R. VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, Verlag Franz Vahlen, 2010
- T. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht*, C.F.Müller, 1999
- B. RÉMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, 2008
- C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013
- A. SCHÖPPERLE, *Disharmonien zwischen deutsche und französischem Wertpapiererwerbs- und Übernahmerecht*, Europäische Hochschulschriften, 2008
- C. TIETJE, *Internationales Wirtschaftsrecht*, De Gruyter Lehrbuch, 2009
- V. TRIEBEL (sous la direction de), *Acquisitions d'entreprises en droit allemand*, Bruylant, 1996
- H. WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht, Band I, Grundlagen*, München, Beck, 1980
- H. WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht, Band II, Grundlagen*, München, Beck, 2004
- S. CORNELOUP (sous la direction de), *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011

THÈSES ET MÉMOIRES

- M. BODE, *Le groupe international de sociétés : le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand*, Thèse, 2010

- M.-B. DIETHELM, *Le droit des offres publiques d'achat : une approche internationale* », Thèse Paris II, 1992
- D. FILIPPOVA, *Le contrôle des investissements étrangers par les Etats membres face à l'Union européenne : quatrième pilier ou cinquième colonne ?*, Mémoire HEC Paris, 2012
- J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Economica, 1983
- N. KNÜPPEL, *Zwingendes materielles Recht und Internationale Schuldverträge*, Thèse de l'université de Bonn, 1988
- L. LEVY, *La nationalité des sociétés*, Thèse, LGDJ, 1984
- R. MARTIN, *Les lois de police dans la jurisprudence communautaire*, Mémoire Paris II, 2002
- R. MICHEL, *Essai sur le domaine de l'autonomie de la volonté dans les conflits de lois relatifs aux contrats*, Thèse de doctorat, 1933
- C. MÜLLER, *Internationalen zwingende Normen des deutsche Arbeitsrechts*, Thèse Max-Planck-Institut, 2005
- I. PECHLER BELTRAMINI, *La loi applicable aux contrats internationaux en droit international privé allemand à la lumière de la Convention de Rome*, Thèse de doctorat, 2000
- V. PIRONON, *Les joint-ventures : contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, thèses Paris II, 2002
- C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz Thèses, 2001
- H. SYNDET, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, Thèse Rennes, 1979, t. 1 et t.2.

ARTICLES, CHRONIQUES ET COMMENTAIRES

- M.-E. ANCEL, « Une jurisprudence en mouvements », *Droit et Patrimoine* 2011, p. 89
- F. BLANQUET, « Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés », *Rev. soc.* 2000, p. 126
- O. CASSIOT, « Les OPA : étude de la proposition de treizième directive du Conseil en matière de droit des sociétés concernant les offres publiques d'achat ou d'échange », *Les Petites Affiches* 1990, n°112
- M. CHARRE et A. TONNELIER, « L'abondance de liquidités grise les marchés », *Le Monde*, supplément économie et entreprise, samedi 26.04.2014, p.4
- R. DAMMANN et U. VOLK, « Le patriotisme économique, une réalité des deux côtés du Rhin ? », *D.* 2006, p. 1674
- Ph. FRANCESKAKIS, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit », *Rev. crit. DIP* 1966, p. 7
- Ph. FRANCESKAKIS, « Lueurs sur le droit international des sociétés de capitaux », *Rev. crit. DIP* 1970, 609
- H. GAUDEMET-TALLON, « Convention de Rome, Champ d'application, Clauses générales », *JCI. Europe*, Fasc. 3200

- K. J. HOPT, « Les offres publiques d'acquisition en droits français et allemand après la 13^{ème} directive », *D.* 2007, p. 462
- J.-P. LABORDE, « Les activités et les biens de l'entreprise », in *Mélanges Derrupé*, p. 49
- F. LECLERC, *Le contrat cadre en droit international privé, Tr. Com. DIP fr.*, 2002-2004, p.4
- C. LONDON, « OPA/OPE : la vraie communautaire ? », *JCP E* 1990, II, 15762
- P. LOUIS-LUCAS, « Remarque sur la nationalité des sociétés », *JCP* 1953, I, 1104
- Y. LOUSSOUARN, « Règles de conflit et règles matérielles dans le droit international des sociétés », in *Etudes offertes à B. Goldman*, Litec, 1982, p. 175
- D. MUFFAT-JEANDET, « OPA : l'adoption d'une directive européenne », *Revue du marché commun et de l'Union européenne* 2004, n°480, p. 455
- P. PESCATORE, « Le recours dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres », *Revue de droit comparé* 1980, p. 337 et s.
- M. PICAT et S. SOCCIO, « *Harmonisation of European contract law: fiction or reality ?* », *International Business Law Journal* 2011, n°4, p. 371-413
- D. SCHMIDT, « Les définitions du contrôle d'une société », *RJ com.* n° spéc. sur « La prise de contrôle d'une société », nov. 1998, p.9.
- C. TSOUCA, *Rev. crit. DIP* 2008, p. 720
- « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Trav. Com. Fr. DIP* 1993-1995, p. 23 et s.

NOTES DE JURISPRUDENCE

- Cass. Civ., 05.12.1910, *American Trading Company*, *Rev. dr int.* 1911, 395 ; *Chunet* 1912, 1156 ; *S.* 1911, 1, 129
- Cass. Civ., 04.07.1923, *S. I.*, 1925, p.18
- Cass. Civ., 17.05.1927, concl. MATTER, *DP* 1928, 1, 25, note H. CAPITANT
- RG, 27.01.1928, *RGZ* 120, 70
- RG, 14.11.1929, *RGZ* 126, 196
- Cass. Civ., 19.02.1930, *Mardelé* : *S.* 1931, 1, 1, note NIBOYET
- Cass. Civ., 21.06.1950, *Messageries maritimes* ; *D.* 1951, p. 749, note J. HAMEL ; *JCP* 1950, II, 5812, note J.-Ph. LÉVY ; *Rev. Crit. DIP* 1950, p.609, note H. BATIFFOL
- BGH, 01.02.1952, *NJW* 1952, 540
- BGH, 30.03.1955, *NJW* 1955, 827
- BGH, 14.02.1958, *Rev. crit. DIP* 1958, 542, note MEZGER

Cass. Com., 04.11.1958 : *D.* 1969, p. 361, note Ph. MALAURIE ; *Rev. Crit. DIP* 1959, p. 117, note L. ANSELME-RABINOVITCH ; *JDI* 1960, p. 440, note J. SCHAPIRA

BGH, 22.09.1962, *Rev. crit. DIP* 1962, 621, note MEZGER

BGH, 28.11.1963, *BGHZ* 40, 320/323

BGH, 01.07.1964, *WM* 1964, 1024

CJCE, 15.07.1964, *Costa, R.* 1141, concl. LAGRANGE

Cass. Civ., 17.10.1972, *JDI* 1973, p. 716, note B. OPPETIT ; *Rev. soc.* 1974, p. 127, note J.-L. BISMUTH ; *Rev. crit. DIP* 1973, p. 520, note H. BATIFFOL

Cass. Crim., 02.03.1978, *JCP* 1979, II, 19052, note Ph. SALVAGE ; *Gaz. Pal.*, 29.10., 1978, p. 6, note P.L.G.

BGH, *WM* 1979, 692 ; *MüKo-IntGesR*, KINDLER, n°319 ; *MüHb-GmbH*, JASPER, §75 n°28

C.A. Paris, 21.02.1984, *Rev. Arb.* 1986, p. 65, note Ph. FOUCHARD

BGH, 09.10.1986, *IPRax* 1988, 27

Paris, 16^{ème} ch. B, 16.06.1988, *Bull. Joly Soc.* 1988, n°11, p. 825

OLG Saarbrücken, 21.04.1989, *IPRax* 1990, 324

CE, 20.10.1989, *Nicolo, R.* 190, concl. FRYDMAN ; *Rev. crit. DIP* 1990, 125 ; *Gaz. Pal.* 12-14.11.1989, obs. CHABANOL ; *RGDIP* 1990, 91, note J. BOULOUIS

OLG Francfort, 13.02.1992, *Iprax* 1992, 314, 296, note BUNGERT

Cass., 1^{ère} civ., 12.01.1994, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 92, note H. MUIR WAT ; *JDI* 1995, p. 134, note S. DION-LOYE

OLG Cologne, *NJW* 1994, 1026

OLG München, *NJW-RR* 1995, 703, 704

CA Paris, 13.01.1998, *Bull. Joly Sociétés Bourse* 1998, p. 256 ; *Rev. soc.* 1998, p. 572, note P. LE CANNU

CA Paris, 13.12.1998, *Rev. soc.* 1998, p. 572 ; *JCP E* 1999, p. 1292, obs. Y. REINHARD

CJCE, 09.03.1999, C-212/97, *Centros, Rec. I*, p. 1459 ; J.-Ph. DOM, *Bull. Joly* 1999, 705, § 157 ; M. LUBY, *JDI* 2000, 482 ; M. MENJUCQ, *D.* 1999 ; CASCANTE, *RIW* 1999, 450 ; SONNENBERGER et GROßERICHTER, *RIW* 1999, 721

CJCE, 05.11.2002, C-208/00, *Überseering, JCP E* 2003, n°448, note M. MENJUCQ ; *Rev. soc.* 2003, p. 315, note J.-Ph. DOM ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 452, note M. LUBY ; *Europe* 2003, comm. n°19, L. IDOT ; P. LAGARDE, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 508

OLG Hamburg, *TranspR* 2002, 120; S. 438; E. LORENZ, *RIW* 1992, 698

OLG Karlsruhe, *NJW-RR* 2002, 1206

OLG Zweibrücken, *IHR* 2002, 67

HORN, *NJW* 2003, 893 (896)

KG Berlin, 18.11.2003, *DB* 2003, 2695 (2696)

CJCE, 30.09.2003, C-167/01, *Inspire Art*, *JCP G* 2004, II, 10002, note M. LUBY ; *D.* 2004, p. 491, note E. PATAUT ; *JCP E* 2004, 252, note V. MAGNIER ; *JDI* 2/2004, note M. MENJUCQ

BGH, 19.09.2005, *BB* 2005, 2373 ; *ZIP* 2005, 1869-1871 ; *NJW* 2005, 3351-3352 ; *EuZW* 2005, 733-735 ; WACHTER, *GmbHR* 2005, 1483-1484 ; *RIW* 2005, 945-949 ; *Der Konzern* 2006, 195-197 ; WELLER, *ZGR* 2006, 748-768

Cass. Com., 27.04.2011, n°09-72.304, *D.* 2011, p. 2434 et s., comm. S. BOLLÉ

Cass. Com., 10.09.2013, n°12-15930, *Rev. soc.* 2014, p. 193, note M. MENJUCQ