

## CHAPITRE 40

### PERSONNES MORALES

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS

1. Fidèle à ses modes d'appréhension et de traitement des préoccupations tant d'ordre pratique que d'ordre théorique propres à chaque moment de l'histoire, l'Institut a toujours veillé à ajuster ses travaux aux besoins de l'époque. Dans certains cas, il a été à l'origine de nouvelles façons de répondre aux problèmes internationaux et, dans d'autres cas, il a organisé et canalisé, avec une autorité particulière, les travaux menés dans d'autres forums internationaux. Agissant de la sorte, l'Institut a pu fournir aux législateurs nationaux et internationaux, aux cercles politiques et sociaux et aux conférences spécialisées une vision impartiale et objective du problème préalablement défini<sup>1</sup>. L'exemple du traitement des personnes morales tout au long de son histoire est significatif.

Les questions particulières soulevées par l'activité internationale des sociétés ont été identifiées de longue date par l'Institut qui leur a consacré différents travaux, notamment lors de ses sessions tenues à Hambourg (1891), New-York (1929), Varsovie (1965), Oslo (1977) et Lisbonne (1995). Au départ, l'Institut s'est occupé de l'internationalisation juridique, en mettant l'accent sur les entités juridiques créées à des fins transfrontalières et en se concentrant sur les questions suivant un « intérêt socialement recommandable ».<sup>2</sup> Il a fallu attendre de nombreuses années pour que l'on s'intéresse davantage à une « internationalisation de fait », à savoir le processus d'intégration du capital des sociétés par actions, qui a donné naissance à la société dite multinationale. Cette évolution s'est reflétée dans la méthodologie utilisée. Les travaux essentiellement dogmatiques qui caractérisaient la première étape ont cédé la place à l'analyse d'une documentation abondante issue des réglementations des Etats, d'une jurisprudence fournie et de forums de codification internationale qui ont commenté le sujet à partir des années soixante. Et cela s'est également reflété dans les techniques de régulation utilisées avec le recours progressif à des solutions de nature matérielle par opposition à l'utilisation traditionnelle des règles de conflit classiques<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> F. Majoros, « A propos du centenaire des résolutions de l'Institut du Droit International sur la codification du droit international privé », *Rev. int. dr. comp.*, vol. 26, 1974, pp. 632-638.

<sup>2</sup> A. Pillet, *Des personnes morales en droit international privé*, Paris, Sirey, 1914, p. 34.

<sup>3</sup> Y. Loussouarn, « Règles de conflit et règles matérielles dans le droit international des sociétés », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, pp. 167-183.

2. Ces travaux ont débouché sur l'adoption de résolutions de caractère normatif, dont le grand intérêt réside essentiellement dans le fait qu'elles s'efforcent de mettre en évidence certaines zones de convergence entre les traditions législatives, à l'issue d'un examen de la pratique internationale. Lorsque, lors de sa session de Varsovie en 1965, l'Institut a adopté une résolution sur les sociétés par actions en droit international privé, le sujet n'était pas nouveau, puisqu'il avait déjà été traité à deux reprises, en 1891 et en 1929, à propos de certains aspects des activités internationales des sociétés par actions, mais les changements intervenus dans la discipline depuis cette dernière date, compte tenu de l'intervention croissante de l'Etat dans de nombreux domaines de leur activité, rendaient souhaitable une révision afin de prendre en considération de nouvelles réalités. Ces réalités ont été marquées au cours des années suivantes par des changements dans la situation économique et financière, donnant lieu à des concentrations successives de sociétés à l'échelle internationale, qui ont conduit à la naissance des entreprises multinationales. Les implications juridiques de ces nouveaux protagonistes dans les affaires internationales ont également fait l'objet d'une étude par l'Institut lors de sa session d'Oslo en 1977, question qui sera complétée plus tard, lors de la session de Lisbonne de 1995, par la détermination des situations dans lesquelles l'entité de contrôle d'une entreprise multinationale peut être tenue responsable des engagements de cette dernière envers des tiers.

### I. CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉS PAR ACTIONS (HAMBOURG, 1891)

3. Au XVII<sup>ème</sup> siècle, la plupart des grands instruments juridiques du commerce moderne sont déjà réunis dans les grandes compagnies, comme la Compagnie des Indes orientales. Celles-ci préfigurent la société anonyme apparue, en France, dans le code de commerce en 1807, qui n'était plus une société de personnes mais de capitaux<sup>4</sup>. Mais après la période des « compagnies des Indes », au XIX<sup>ème</sup> siècle, les qualités offertes par les sociétés à responsabilité limitée pour attirer les investisseurs ont été développées pour faciliter la levée des capitaux nécessaires à la réalisation de la révolution industrielle. Le sujet principal qui attirait l'attention des juristes était la nécessité de l'autorisation gouvernementale qui constituait un frein au développement du capitalisme moderne. Et c'est en surmontant cet obstacle que les sociétés par actions sont devenues des acteurs quasi exclusifs du commerce en général et, dans une plus large mesure encore, du commerce international<sup>5</sup>.

Indépendamment du particularisme actuel du droit des sociétés, son origine et son évolution ont suivi dans les pays européens les mêmes tendances de construction dogmatique. L'Etat avait assumé une fonction de contrôle strict des « sociétés par

<sup>4</sup> A. Lefebvre-Teillard, « La Révolution : une période décisive pour les sociétés par actions », *Rev. Soc.*, vol. 107, 1989, pp. 345-358.

<sup>5</sup> J.C. Fernández Rozas, *Ius Mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Consejo Superior del Notariado, 2003, n<sup>os</sup> 11-12.

actions », en subordonnant leur création à une concession ou autorisation et en mettant en place des mécanismes de supervision de l'activité de la société tout au long de sa vie ; mais l'incapacité de cet archétype à répondre aux besoins économiques de l'époque a rendu nécessaire une évaluation approfondie du système régulateur. Cela explique pourquoi, au milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle, la nécessité d'une concession pour la création d'une société de capitaux (octroi, *verleihung*, *riconoscimento* ...) a été supprimée, et la société a pu voir le jour en remplissant les formalités légales généralement prévues<sup>6</sup>.

4. En France, une loi de 1857 autorise la libre création des sociétés anonymes, qui deviennent dès lors l'une des principales formes qu'utilisent les entreprises et, par conséquent, le contrôle public sur ces sociétés est effectivement éliminé. Le système de la concession ne fut aboli en Belgique qu'à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi du 18 mai 1873 qui « libéralisa » la constitution des sociétés anonymes, en contrepartie d'un renforcement des exigences de publicité<sup>7</sup>. En Allemagne, cependant, on ressentit le besoin d'articuler des mesures qui, sans impliquer un retour aux mécanismes de contrôle de l'époque des concessions, permettraient d'offrir certaines garanties quant à la solvabilité et au sérieux des entreprises opérant sur le marché. Sur le modèle du droit français, la loi du 2 juin 1870 (*der Reformnovelle de Norddeutschen Bundes*) généralisa la libre constitution de toutes les sociétés par actions. Mais, à la différence de la législation française, la libre constitution des sociétés était admise à la condition que certaines prescriptions réglementaires soient observées, telle que l'inscription à un registre du commerce après vérification judiciaire. Cette libéralisation sera plus tard débattue à la suite de la crise économique en Allemagne en 1874, après la fin de la guerre franco-prussienne. Le résultat a été la réforme du droit allemand des sociétés en 1884, qui a donné naissance au droit moderne des sociétés et a introduit certains contrôles externes pour permettre la création d'une société de capitaux. Ainsi, à partir de 1884, une certaine manière de comprendre le droit des sociétés s'est répandue dans toute l'Europe, prévoyant l'existence de règles sociétaires limitant l'accès à la justice pour les sociétés qui n'offraient pas de garanties suffisantes ou qui n'avaient pas respecté les formalités légales au moment de leur constitution<sup>8</sup>. Il est clair que cette conception ne fut pas reprise en Angleterre, où la création libre de ces sociétés ne fut possible qu'à partir de 1856, mais où il fut décidé de maintenir un système fondé sur la simplicité de la création de sociétés

<sup>6</sup> A. Santa Maria, *La società nell diritto internazionale privato*, Milan, Giuffrè, 1970, pp. 16 et s. *Vid.* C. E. Freedman, *Joint-stock Enterprise in France, 1807–1867: from privileged company to modern corporation*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1979 ; A. Lefebvre-Teillard, *La société anonyme au XIX<sup>ème</sup> siècle : du Code de commerce à la loi de 1867, histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste*, Paris, PUF, 1985.

<sup>7</sup> C. Lescoeur, *Essai historique et critique sur la législation des sociétés commerciales en France et à l'étranger*, Paris, A. Marescq Aîné, 1877, pp. 16 et s. ; R. Piret, *L'évolution de la législation belge sur les sociétés anonymes*, Tournai-Paris, Casterman, 1946, p. 25 et s.

<sup>8</sup> C. Ducouloux-Favard, « L'histoire des grandes sociétés en Allemagne, en France et en Italie », *Rev. int. dr. comp.*, vol. 44, n° 4, 1992, p. 849-881.

et l'absence de contrôles substantiels de la solvabilité de la société.<sup>9</sup> Par ailleurs, dans les pays d'accueil des sociétés de capitaux étrangères, tels que l'Espagne et la Russie, la limitation de la responsabilité au capital apporté, ainsi que la négociabilité du titre qui attribue la qualité d'associé ont été des éléments décisifs pour que les investisseurs décident d'y recourir dans les opérations industrielles et commerciales. Le capital, divisé en actions, permettait de placer et d'accumuler l'épargne à l'échelle requise pour le développement des grandes entreprises que la révolution industrielle a mises en marche.

5. A la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, lorsque l'Institut décide d'étudier des questions relatives aux sociétés par actions, un grand débat se développe, conditionné par une vaste réflexion des doctrines européennes sur la nature juridique des entités créées purement par le droit (« personnes morales », sociétés ou associations) comparée à celle des personnes physiques<sup>10</sup>, et on peut affirmer que l'évolution historique est allée dans le sens d'un alignement de la personne juridique sur la personne humaine. La source fondamentale de la divergence théorique s'est articulée au cours de l'histoire sur la base de plusieurs blocs de problèmes dont l'origine réside dans l'attitude du juriste à l'égard de la notion de « personnification » de certains phénomènes sociaux et, en particulier, des « personnes morales » : une attitude envers un système de droit où les hommes sont exclus<sup>11</sup> et une technique d'affectation patrimoniale consistant à limiter les risques en faisant passer un bien d'un patrimoine à un autre ou bien une technique d'affectation d'un patrimoine à une activité. L'opposition entre les théories de la fiction et de la réalité de la personnalité juridique a été une constante et elle est toujours présente aujourd'hui<sup>12</sup> : le modèle de la fiction domine dans la *common law*<sup>13</sup> et l'école de la réalité est présente dans les systèmes de droit civil. Comme les discussions de la session de Hambourg de l'Institut l'ont clairement montré, les principes de la liaison juridique des personnes morales aux systèmes étatiques dépendent directement de la conception de la personnalité juridique adoptée par chaque système particulier : le droit de l'incorporation en *common law* et le droit du siège réel en droit civil. Cette divergence oblige à distinguer deux lignes théoriques très différentes : la première fondée sur l'idée de la fiction de la personnalité et de son attribution volontaire à une loi constitutive et la seconde articulée autour de la notion de reconnaissance d'une réalité localisée par son siège.

<sup>9</sup> A.G. Foote, « De la condition légale des sociétés étrangers en Angleterre », *Journ. dr. int. pr.*, t. 9, 1882, pp. 465-488, esp. pp. 466-469.

<sup>10</sup> L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 2 vols., Paris, F. Pichon et Durand-Auzias, 1906-1909.

<sup>11</sup> A. Nékám, *The Personality Conception of the Legal Entity*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press. 1938.

<sup>12</sup> A. Prujiner, « La personnalité morale et son rattachement en droit international privé », *Les Cahiers de droit*, vol. 31, n° 4 1990, pp. 1049-1073.

<sup>13</sup> L'affaire *Salomon v. A Salomon & Co Ltd* ([1896] UKHL 1, [1897] AC 22) a constitué un cas de référence dans le droit britannique des sociétés. La décision unanime de la Chambre des Lords a eu pour effet de confirmer fermement la doctrine de la personnalité morale, telle qu'elle est énoncée dans la loi sur les sociétés de 1862, de sorte que les créanciers d'une société insolvable ne pouvaient pas poursuivre les actionnaires de la société pour le paiement de leurs dettes.

La question de la personne morale a occupé les esprits tant à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle qu'au cours du XX<sup>ème</sup> siècle, mais, dans le domaine transfrontalier, il y avait un certain accord doctrinal fondé sur trois postulats : les sociétés étaient l'expression d'une affaire entre particuliers et, dès lors, leur nature était contractuelle ; le rattachement juridique des sociétés au territoire de l'Etat ou à leur nationalité<sup>14</sup> ; le droit des sociétés commerciales étrangères d'ester en justice<sup>15</sup>. Les intérêts nombreux et complexes liés à ce secteur, politiques, économiques et, surtout, juridiques étaient la seule raison pour laquelle ces entités jouaient un rôle aussi important. Les approches ont considérablement évolué dès la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle jusqu'à nos jours<sup>16</sup>. Le temps des intenses controverses du premier tiers du XX<sup>ème</sup> siècle qui mettaient en cause la nationalité même des entreprises et des personnes morales, plus politiques que juridiques, en période de conflit armé est loin<sup>17</sup>.

6. L'engagement de l'Institut sur la question du statut des sociétés date de la session d'Oxford (1880) dans le cadre des travaux de la première commission (« Conflit de lois »). De façon plus précise, les conclusions présentées par le rapporteur de la sous-commission du droit commercial, T.M.C. Asser, préconisaient la nécessité de réglementer certains secteurs du droit commercial à travers une législation internationale uniforme, ce qui, selon le rapporteur, était le moyen le plus radical et le plus efficace d'éliminer les conflits de lois. Toutefois, conscient qu'une telle solution unificatrice n'est pas toujours possible après une référence succincte aux actes de commerce et à la détermination de la qualité de commerçant, il inclut quatre paragraphes déterminant le rôle que devait jouer la loi du siège<sup>18</sup>. Lors de la session de Turin (1882), deux remarques opportunes d'A. Sacerdoti ont retenu l'attention. La première était que la doctrine et les lois nationales différaient quant à savoir si la reconnaissance internationale de la personnalité des sociétés est un acte purement formel ou matériel, si bien qu'il était très important de clarifier cette question dans le projet de résolution. Deuxièmement, il était nécessaire de se conformer au droit étranger pour la constitution de la société et pour la publicité de ses dispositions<sup>19</sup>. Quelques années plus tard, à la Session de Heidelberg (1887), une quatrième commission fut créée pour étudier les « Conflits des lois relatives aux sociétés par actions », composée de A. de Bulmerincq, L. Goldschmidt, Ch. Lyon-Caen, F. de Martens, C. Norsa, L. Renault, G. Rolin-Jaequemyns, A. Sacerdoti, A. Weiss et J. Westlake. Ch. Lyon-Caen, spécialiste reconnu sur la

<sup>14</sup> Vid. M. Leven, *De la nationalité des sociétés étrangères en France*, Paris, Rousseau et Cie éd., 1926 (avec préface de Ch. Lyon-Caen) ; C. Ruhland, « Le problème des personnes morales en droit international privé », *Recueil des Cours*, vol. 45, 1933, pp. 392.

<sup>15</sup> M. Moutier, « Du droit pour les sociétés commerciales étrangères d'ester en justice en France », *Journ. dr. int. priv.*, 1894, pp. 954-978.

<sup>16</sup> Vid. R. Arenas García, *Registro Mercantil y Derecho del comercio internacional*, 2000, pp. 109-115 ; pour une perspective particulière, en se focalisant sur l'activité bancaire, vid. J.C. Fernández Rozas, *La banca extranjera en España*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1981, pp. 3-34.

<sup>17</sup> Vid. J.P. Niboyet, « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés? », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1927, pp. 402-417.

<sup>18</sup> *Annuaire*, t. 5, 1881/82, pp. 59-60.

<sup>19</sup> *Annuaire*, t. 6, 1882/83, pp. 86-93.

matière<sup>20</sup>, fut chargé de préparer un rapport préliminaire. Le rapporteur, en cette qualité, utilisa comme méthode d'action une démarche souvent suivie avec succès, en soumettant d'abord à l'Institut un rapport préliminaire comprenant les principales questions qui, à son avis, devaient être résolues.

Dans ce rapport préliminaire, le professeur Ch. Lyon-Caen attira l'attention sur le fait que le développement des relations commerciales entre les peuples avait soulevé des questions spécifiques aux sociétés par actions ; il était donc nécessaire de clarifier deux points : quels devraient être leurs droits en dehors de leur pays d'origine, et dans quelle mesure elles devraient être soumises, lorsqu'elles opéreraient en dehors de ce pays, à leurs lois nationales ou aux lois de l'Etat sur le territoire duquel elles exerceraient leur activité. Notamment, le fait que de nombreux particuliers d'un pays investiraient, pour diverses raisons, leurs capitaux dans des actions ou des obligations de sociétés d'autres pays exigeait que les droits des sociétés étrangères et les lois qui les régiraient soient déterminés précisément.

Accompagné d'un vaste catalogue de questions, le rapport fut présenté à la Session de Lausanne (1888), sous la présidence de A. Rivier, puis renvoyé à la Commission après son adoption<sup>21</sup>.

7. Déjà lors de la session de Hambourg (1891) et compte tenu des réponses au questionnaire, le rapporteur Ch. Lyon-Caen présenta un projet de résolution, avec un exposé des motifs. Son but était d'indiquer les principes à inscrire dans le droit interne de chaque Etat ou à reconnaître par des conventions internationales, afin de mettre fin aux graves controverses résultant des solutions divergentes contenues dans les lois et la jurisprudence des Etats.

Les principes proposés correspondaient aux tendances révélées par les lois les plus récentes de l'époque qui s'étaient prononcées sur ces questions et s'articulaient autour de trois postulats : a) qu'une société anonyme devait, en principe, pouvoir exercer son activité dans tous les pays, en agissant devant les tribunaux de ces pays, en y effectuant des opérations accessoires, et même en y établissant des agences ou des succursales ; b) que le pays d'origine d'une société était le pays dans lequel elle exerçait son activité ; c) que le pays où la société était principalement constituée coïncidait avec le pays où se trouvait son établissement principal. Ces postulats étaient conformes, sinon à l'avis de tous les membres de la Commission, du moins à celui de la majorité de la Commission<sup>22</sup>.

Tant les travaux préparatoires que les débats de cette première incursion de l'Institut dans le domaine des sociétés ont été menés, en général, dans une perspective exclusivement dogmatique, sans approfondir les solutions adoptées par les Etats en la matière et sans inclure les décisions des tribunaux. Cette perspective dogmatique sera utilisée au fil des ans pour désigner un secteur du

---

<sup>20</sup> *Annuaire*, t. 9, 1887/88, pp. 12 et 376.

<sup>21</sup> *Annuaire*, t. 10, 1888/89, p. 153-156.

<sup>22</sup> *Annuaire*, t. 11, 1889/92, pp. 152-161.

droit international privé conflictuel ayant pour objet les entreprises organisées pour agir dans le commerce international<sup>23</sup>.

Le projet fut discuté lors de la session plénière du 7 septembre 1891 et une résolution fut adoptée, structurée en cinq articles, recommandant l'adoption par tous les Etats d'une série de règles pour résoudre les conflits de lois concernant les sociétés par actions<sup>24</sup>.

8. Les grandes lignes de la résolution de Hambourg de 1891 peuvent être résumées comme suit :

i) Le rejet de l'emploi du terme « nationalité », qui a ainsi évité d'entrer dans un débat qui aurait pu conduire à l'échec de la résolution. Il suffit de noter que selon l'art. 2 de la résolution « Le fonctionnement des sociétés par actions, les pouvoirs, les obligations et la responsabilité de leurs représentants sont régis, même dans les autres Etats, par les lois du pays d'origine de ces sociétés ». C'est-à-dire que le terme « nationalité » a été remplacé par « pays d'origine », ce qui pourrait être interprété comme une référence au pays d'incorporation.

ii) La régulation de la reconnaissance internationale des sociétés par actions sur le modèle libéral retenu par la loi belge du 18 mai 1873 et le Code de commerce italien de 1882 ; son article 1<sup>er</sup> disposait, en effet, que « les sociétés par actions constituées conformément aux lois de leur pays d'origine, ont, sans qu'une autorisation générale ou spéciale leur soit nécessaire, le droit d'ester en justice dans les autres pays. Elles ont le droit d'y faire des opérations en observant les lois et règlements d'ordre public, d'y établir des agences ou sièges quelconques d'opérations ». L'ouverture d'une succursale dans un pays étranger devait cependant s'accompagner de la publication des statuts sociaux, dans les formes prescrites pour les sociétés nationales par la loi de l'Etat où celle-ci était établie (art. 3).

iii) La constatation que la loi applicable à une société par actions était celle de son « pays d'origine », étant entendu que cet Etat soit celui « dans lequel a été établi sans fraude son siège social légal » (art. 5). Cette expression désignait le siège social réel et non fictif, où était effectivement administrée la société. Selon l'article 5, le pays d'origine devait être le pays dans lequel le « siège légal a été établi sans fraude », une fraude étant réalisée lorsque le lieu de constitution d'une société avait été choisi dans le seul but d'échapper à une disposition de la loi, soit, en d'autres termes, s'il s'agissait d'un domicile fictif. Lorsque dans un cas particulier il serait prouvé qu'une société ait été fondée dans un but illégal, les juges trouveraient dans les dispositions du droit national des sanctions suffisantes contre de telles manœuvres.

iv) Aux termes de l'art. 2, comme indiqué ci-dessus, le domaine de la *lex societatis* couvrait le fonctionnement des sociétés par actions, les pouvoirs, les obligations et la responsabilité de leurs représentants. En revanche, la protection des

<sup>23</sup> F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho de sociedades y conflicto de leyes: una aproximación contractual*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 2021, pp. 37-39.

<sup>24</sup> *Annuaire*, t. 11, 1889/92, pp. 161-171.

investisseurs particuliers commandait que les conditions légales d'émission et de négociation d'actions ou d'obligations de sociétés étrangères soient régies par la loi du pays où ces émissions ou négociations avaient lieu (art. 4).

9. Les résultats de la première approche de l'Institut sur la question des conflits de lois en matière de sociétés par actions ont eu un impact mitigé. A l'occasion de l'Exposition universelle, un Congrès international des sociétés par actions s'est tenu à Paris du 8 au 12 juin 1900, lors duquel la question de la révision du droit des sociétés a été à nouveau soulevée, une commission, présidée par Ch. Lyon-Caen lui-même, a examiné cette question à la lumière des orientations définies lors de la session de Hambourg de l'Institut.

L'explication de cette portée limitée repose sur le fait que les années suivantes ont été marquées par un changement de direction dans le régime de l'activité des entreprises transfrontalières, caractérisé par une forte intervention de l'Etat dans ce secteur dans de nombreux pays et par les conséquences inévitables de la Première Guerre mondiale et de la lente et dramatique reprise économique.

Il est vrai qu'un comité d'experts de la Société des Nations a élaboré un projet de convention en 1927 sur la base d'un rapport de S. Rundstein qui n'a pas eu d'effet. Mais certains Etats, comme les Pays-Bas, ont formulé un questionnaire complet sur l'opportunité d'élaborer une convention régissant les personnes morales, qui, outre les questions de nationalité, comprenait des réponses détaillées sur les questions de reconnaissance et de loi applicable, en l'occurrence très inspirées par la résolution de l'Institut de 1891<sup>25</sup>. De l'autre côté de l'Atlantique, les contributions de l'Institut ont également eu un impact modéré sur le Code Bustamante adopté lors de la VI<sup>ème</sup> Conférence panaméricaine en 1928, qui comprenait des dispositions sur les personnes morales (articles 31 à 35 et 252). Enfin, la Résolution de Hambourg a été prise en compte dans le cadre de la septième Conférence de droit international privé de La Haye (1951) qui a adopté un projet de convention relatif à la reconnaissance des personnes morales étrangères<sup>26</sup>.

Outre le fait d'éluder la question de la nationalité des entreprises, le plus grand impact de la résolution de Hambourg de 1891 a sans doute été de considérer que « la personnalité de la société par actions légalement acquise dans un pays (le pays d'origine) est de plein droit reconnue à l'étranger ». Cette déclaration a exercé une grande influence sur la doctrine et la pratique de tous les pays, au point d'être considérée comme une coutume internationale, ou du moins comme un droit interne concordant des pays civilisés. Indépendamment de la véracité de cette déclaration, elle a eu une influence considérable sur les travaux de l'Institut lors de la session de New York (1929).

<sup>25</sup> *Rapport au Conseil de la Société des Nations sur les questions qui paraissent avoir obtenu le degré de maturité suffisant pour un règlement international (Questionnaires n<sup>os</sup> 1 à 7)*, adopté par le Comité à sa troisième session, tenue en mars-avril, Genève, Publications de la Société des Nations, V. Questions Juridiques, 1927, pp. 185-186.

<sup>26</sup> H. Batiffol, « La reconnaissance des personnes morales étrangères à la septième Conférence de droit international privé de La Haye (1951) », *Travaux Com. fr. dr. int. pr.* (1948-1952), Paris, Dalloz, 1953, pp. 137-147, p. 143.

II. STATUT JURIDIQUE DES SOCIÉTÉS EN DROIT INTERNATIONAL  
(NEW YORK, 1929)

10. De manière plus restreinte l'Institut revisitera la question des personnes morales sur la base d'une proposition de Ch. Lyon-Caen à la session de Copenhague (1897) dans le sens de considérer la capacité des personnes morales publiques étrangères (États, Provinces, Départements, Communes, établissements publics), recommandant l'adoption de certains principes d'ordre général, basés sur la reconnaissance de plein droit par tout État de ces personnes reconnues dans le pays où elles ont pris naissance<sup>27</sup>. Et, après une longue interruption due en grande partie à la Première Guerre mondiale, une autre question tangentielle est abordée : le statut juridique des associations internationales à but non lucratif, entendues comme « associations de caractère privé qui sont accessibles, dans les conditions fixées par leurs statuts aux sujets et aux collectivités de plusieurs pays et poursuivent, sans esprit de lucre, un but d'intérêt international », à l'occasion de sa session de Bruxelles (1923)<sup>28</sup>.

Quoi qu'il en soit, l'Institut revint à la question des sociétés lors de la session de 1929 à New York et le Bureau proposa de se concentrer sur le Statut juridique des sociétés en général, laissant de côté pour l'instant la question controversée de la nationalité. Un rapport préliminaire fut commandé à Georges Streit et Charles Daniel Asser. Contrairement au rapporteur de la session de Hambourg (1891), aucun des nouveaux rapporteurs n'était un spécialiste accrédité dans le domaine, quel que soit son prestige professionnel. Le premier, professeur de droit international à l'université d'Athènes, venait de donner son cours de La Haye, bien que la plupart de ses travaux soient écrits en grec (souvent avec son collaborateur P. Vallindas) ; l'avocat néerlandais Charles Daniel Asser présidait à l'époque divers tribunaux d'arbitrage mixtes. Cependant, les documents préparés incorporent une systématique correcte et, contrairement au rapport Lyon-Caen, étaient prolixes en référence à la réglementation étatique des sociétés dans les pays continentaux ainsi qu'à la *common law*.

11. Deux textes ont été proposés à l'examen de l'Institut. Le premier avait été entièrement rédigé par G. Streit en raison de l'impossibilité de participer dans laquelle ses fonctions d'arbitre plaçaient alors Ch. D. Asser. Ce rapport était plus étendu, avec de nombreuses références doctrinales aux théories développées au début du XX<sup>ème</sup> siècle et à la suite de la première guerre mondiale, en particulier en ce qui concerne le critère du contrôle<sup>29</sup>. En revanche, le second rapport avait été rédigé conjointement par les deux intervenants, bien qu'il comprenne certaines positions individuelles qui n'étaient pas partagées. La principale différence résidait

<sup>27</sup> *Vid.* l'extrait des procès-verbaux en *Annuaire*, t. 16, 1897, pp. 279-306 : et le Projet de Résolution, pp. 307-308.

<sup>28</sup> Où un projet de convention relative à ces associations a été discuté et voté sur le rapport de N. Politis (*Annuaire*, t. 30, 1923, pp. 385-393).

<sup>29</sup> *Annuaire*, t. 34, 1928, pp. 187-223.

dans l'absence de toute disposition sur la nationalité, une question très développée dans le rapport de Streit<sup>30</sup>, sans que cette omission délibérée n'implique une condamnation de la notion en soi même. Pour le professeur grec, il était douteux que l'omission du traitement de la nationalité puisse faciliter ou simplifier les délibérations de l'Institut, suite à l'expérience acquise lors de la session de Hambourg à l'occasion de la discussion du projet d'articles prouvant le contraire.

Moins étendu et moins savant, mais plus pragmatique, le rapport conjoint se justifiait par le fait qu'il serait superflu de procéder à un examen approfondi des différents systèmes et théories ; cet examen, de l'avis des auteurs, remplirait à lui seul un volume entier et ne serait qu'une répétition des arguments de la plupart des auteurs ayant traité plus spécifiquement des sociétés par rapport au droit international. Ils avaient donc choisi de procéder par voie de synthèse, en établissant des principes généraux suffisamment étendus pour couvrir tous les détails du sujet, qui pourraient servir de base aux discussions de l'Institut<sup>31</sup>. Ils s'étaient donc limités à résumer brièvement les différentes questions soulevées par les conflits de lois dans le domaine des sociétés, à faire un choix entre les solutions les plus appropriées et à formuler quelques conclusions à la suite de l'étude réalisée. Conformément à cette approche, la présentation commençait par une définition très générale du « statut juridique des sociétés en droit international », incluant toutes les sociétés, tant civiles que commerciales. Enfin, il n'avait pas été jugé nécessaire de traiter du problème particulier du transfert transfrontalier du siège social. Cela permit d'éviter la valorisation du double problème très controversée dans la doctrine de l'époque : la recherche de l'incidence du transfert de siège social sur le statut juridique de la société et la difficulté de préciser les contours de la théorie du siège social fictif<sup>32</sup>.

Fort de ces considérations préliminaires, le rapport excluait les questions de droit public (fiscalité, droit pénal, etc.) pour se concentrer sur les questions de droit privé qui étaient regroupées en deux chapitres : a) *Reconnaissance* : Les rapporteurs avaient estimé que cette question était suffisamment connue pour ne plus mériter de longs développements<sup>33</sup>. Toutefois, ils saisirent l'occasion pour rappeler l'ancienne doctrine selon laquelle la personnalité juridique trouve son origine dans une fiction juridique, qui n'existe que sur le territoire de l'Etat dont la loi a créé cette fiction. Selon cette doctrine, une distinction est faite entre les personnes physiques, dont l'existence doit nécessairement être reconnue partout

<sup>30</sup> *Ibid.*, pp. 192-201. G. Streit lui-même, lors de la discussion du rapport, a justifié sa position en faveur d'une réglementation de la question de la nationalité des entreprises (*Annuaire*, t. 35, 1929-II, p. 143).

<sup>31</sup> *Annuaire*, t. 35, 1929-II, p. 141.

<sup>32</sup> Y. Loussouarn, « Le transfert du siège social et le problème du statut des sociétés », *Travaux Com. fr. dr. int. pr.* (1946-1948), Paris, Dalloz, 1951, pp. 157-162. Un débat particulièrement intéressant sur ce sujet a eu lieu au sein du Comité français de droit international privé, avec les interventions de J.P. Niboyet, Y. Loussouarn, J. Hamel et H. Batiffol. (pp. 162-165). *Vid.* aussi, D. Sancho Villa, *La transferencia internacional de la sede social en el Espacio Europeo*, Madrid, CECO-Eurolex, 2001, pp. 143 et s.

<sup>33</sup> Les auteurs se réfèrent principalement à l'ouvrage de E.H. Young, *Foreign Companies and Other Corporations*, Cambridge, University Press, 1912, pp. 22 et s.

où elles se trouvent, et les personnes morales, qui n'existent pas à l'étranger, à moins qu'elles n'aient été expressément reconnues comme telles. Cette reconnaissance peut être l'effet d'une autorisation spéciale, accordée dans des cas particuliers ; elle peut résulter, en général, de la législation d'un Etat ; enfin, elle peut faire l'objet d'un traité<sup>34</sup>. b) *Constitution, fonctionnement et dissolution des sociétés* : Ce chapitre se concentrait sur la résolution des conflits de lois en matière de sociétés. Il distinguait sociétés civiles et sociétés commerciales, même si ses auteurs étaient conscients que cette distinction n'était pas acceptée par toutes les législations ; de plus, celles qui l'acceptaient divergeaient quant à ce qu'il fallait entendre par actes civils et actes de commerce.

Le rapport se terminait par l'incorporation de 35 conclusions destinées à guider les discussions de la Commission sur le « Statut juridique des sociétés en droit international »<sup>35</sup>, qui ont eu lieu les 11 et 12 octobre. Comme on pouvait s'y attendre, l'élimination de la question de la nationalité fit l'objet d'un grand désaccord, les positions de J. Diena étant les plus marquantes ; mais J.P. Niboyet défendit le rapport en ce sens qu'il ne s'agissait pas de nier la nationalité des entreprises, mais de résoudre les énormes difficultés auxquelles l'Institut se heurterait s'il voulait examiner le problème du statut juridique des entreprises à l'époque<sup>36</sup>.

12. Le contenu final de la résolution fait la distinction entre la reconnaissance internationale de la personnalité des sociétés et les conflits des lois relatifs à la constitution, au fonctionnement et à la dissolution des sociétés

i) *Reconnaissance internationale de la personnalité des sociétés* : la personnalité d'une société conférée par la loi du pays où les formalités constitutives sont remplies doit être reconnue dans les autres pays, lorsque cette loi est aussi celle du siège statutaire. Cette reconnaissance peut être refusée ou retirée pour des motifs fondés sur les bonnes mœurs ou sur l'ordre public. Dans ce cas demeurent réservés les droits des tiers de bonne foi.

ii) *Conflits des lois relatifs à la constitution, au fonctionnement et à la dissolution des sociétés* : Un certain nombre de règles de réglementation et d'application sont intégrées dans leur solution.

Les premières s'articulent comme suit : a) La forme de la constitution des sociétés est déterminée par la loi du pays de cette constitution. b) Les sociétés ayant la personnalité sont régies par la loi du pays de leur siège statutaire, en ce qui concerne notamment : 1) Les conditions de fond de leur constitution ; 2) Leur fonctionnement tant dans les rapports entre associés qu'avec les tiers ; 3) Leur dissolution et leur liquidation. Il ne peut être stipulé que la société sera régie par une autre loi. c) Les sociétés n'ayant pas la personnalité sont régies par la loi du pays où elles sont constituées, en ce qui concerne notamment : 1) Les conditions de fond de leur constitution ; 2) Leur fonctionnement tant dans les rapports entre

<sup>34</sup> A. Pillet, *Des personnes morales en droit international privé*, op. cit., pp. 161 et s.

<sup>35</sup> *Annuaire*, t. 35, 1929-II, pp. 139-169.

<sup>36</sup> *Ibid.*, pp. 144-145.

associés qu'avec les tiers ; 3) Leur dissolution et leur liquidation. Toutefois, dans la mesure où cette loi le permet, les associés peuvent se référer à une autre loi.

Les secondes règles comprennent trois questions : a) Le caractère civil ou commercial d'une société dépend de la loi du pays de sa constitution, sauf le droit, pour chaque Etat, de lui appliquer à cet égard et sur son territoire sa propre législation. b) Le partage des biens d'une société dissoute est réglé, quant à sa procédure et à ses effets réels, par la loi des divers pays où se trouvent les biens à partager. c) Est réservée la faculté, pour chaque Etat, d'imposer des conditions ou d'édicter des prohibitions applicables aux sociétés constituées hors de son propre territoire. Ces mesures ne doivent pas porter atteinte aux droits antérieurement acquis par des tiers.

La résolution fut finalement adoptée le 12 octobre 1929 par 37 voix et 6 abstentions (Sir Thomas Barclay, A. Cavaglieri, J. Diena, L. Strisower, J. Vallotton et A. Verdross), mais tous les espoirs s'envolèrent. Un peu plus de deux semaines plus tard, le mardi noir (29 octobre 1929), le Stock Market Crash se produisit à New York même<sup>37</sup>, provoquant l'effondrement d'un système que l'Institut s'était efforcé de réguler. De nombreux événements tragiques eurent lieu au cours des années suivantes et il fallut plus de trois décennies pour que l'Institut remette la question des sociétés par actions à son ordre du jour.

### III. LES SOCIÉTÉS ANONYMES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (VARSOVIE, 1965)

13. Plusieurs années après les sessions de Hambourg (1891) et de New-York (1929), l'Institut reprit la rédaction d'une résolution recommandant l'adoption par tous les Etats d'un ensemble de règles pour résoudre les conflits de lois dans le domaine des sociétés anonymes, lors de la session de Varsovie (1965)<sup>38</sup>. Une Commission fut créée à cet effet, pour laquelle deux illustres juristes français, Georges Ripert et Joseph Hamel, furent successivement les rapporteurs ; mais tous deux décédèrent avant de commencer la tâche qu'ils avaient acceptée. Le mandat fut transféré à l'internationaliste belge Georges van Hecke, qui venait de rejoindre l'Institut lors de la session de Salzbourg (1961). Ce dernier a accompli son travail avec diligence et efficacité sur la base d'une présentation préliminaire faite aux membres de la Commission lors de la réunion précédente à Bruxelles en septembre 1963. Le rapporteur, professeur à l'Université catholique de Louvain, était un spécialiste reconnu du droit international privé et du droit comparé, ayant été professeur invité à la Parker School of Foreign and Comparative Law de l'Université de Columbia.

<sup>37</sup> Vid. M. Klein, « The Stock Market Crash of 1929: A Review Article », *Business History Review*, vol. 75, n° 2, 2001, pp. 325-351.

<sup>38</sup> H.W. Briggs, « Institut de Droit International: The Warsaw Session, 1965 », *Am. J. In'l L.*, vol. 60, n° 3, 1966, pp. 517-526.

A l'époque, on considérait que le développement des opérations économiques d'une certaine nature rendait souhaitable la possibilité pour les sociétés d'exercer directement et sous le seul régime de la loi de la société leur activité dans les pays autres que celui dont la loi les régissait. Mais le choix de la règle de conflit de lois en matière de sociétés transfrontalières était particulièrement délicat<sup>39</sup> parce que, dans le cas d'une société à vocation transfrontalière, le problème du conflit de lois se posait alors indéniablement du fait que cette société était susceptible d'être soumise à différents systèmes juridiques pouvant être dérivés de règles de conflit de lois différentes. La recherche de la loi applicable à la société, la *lex societatis*, est apparue incontournable, car les règles de constitution, de fonctionnement et de dissolution de la société en dépendent<sup>40</sup>, accentuant la confrontation du caractère transnational des entreprises. En d'autres termes, la divergence entre les différents systèmes de rattachement traditionnellement utilisés par les législations rendait nécessaire l'uniformisation des règles de conflit de lois pour déterminer la *lex societatis*<sup>41</sup> et cet intérêt uniformisateur devint plus pressant lorsque, dans les années 1960, les pays qui venaient de sortir de la domination coloniale ont rejoint l'ONU en masse.

Après les travaux sur la Convention concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères du 1<sup>er</sup> juin 1956, élaborée par la 78<sup>e</sup> session de la Conférence de La Haye de Droit international privé, il apparut que l'opposition entre la théorie de l'incorporation et la théorie du siège réel était un problème fondamental qu'il fallait régler<sup>42</sup>. Tous les travaux furent donc axés sur la recherche du « pont » qu'il fallait établir entre les deux conceptions. C'est ce que le rapporteur, parfaitement au courant des avancées de la Convention<sup>43</sup>, soulignait en rappelant dans son étude introductive que son objectif était plus ambitieux puisqu'il visait à résoudre la question de la reconnaissance de ces sociétés et à déterminer la loi applicable à certaines de leurs activités dans le cadre exclusif du droit international privé. Cela impliquait l'exclusion expresse du chapitre sur la nationalité des sociétés, qui relevait davantage du droit international public<sup>44</sup>, ainsi que du traitement des sociétés

<sup>39</sup> C'est ainsi qu'il avait souligné Y. Loussouarn, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, Paris, Sirey, 1949.

<sup>40</sup> R. Abrahams, *Les sociétés en droit international privé. Recherche du principe d'extraterritorialité*, Liège, Maison Desoer, 1956, p. 200.

<sup>41</sup> J.C. Fernández Rozas, « Balance y perspectivas de los sistemas de determinación de la *lex societatis* », *Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. I, Madrid, McGraw Hill, 2002, pp. 197-214.

<sup>42</sup> Cet instrument n'a été ratifié que par la Belgique, la France et les Pays-Bas. *Vid.* Y. Loussouarn, « La Convention de La Haye sur la reconnaissance des personnes morales étrangères (communication suivie d'une discussion) », *Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1958-959)*, Paris, Dalloz, 1960, pp. 67-98. *Vid.* G. Coscia, *Il riconoscimento delle società straniere*, Milan, Giuffrè, 1984.

<sup>43</sup> G. Van Hecke, « Le droit international des sociétés et les travaux de la Septième Conférence de droit international privé », *Revue pratique des Sociétés civiles et commerciales*, 51<sup>ème</sup> année, n<sup>os</sup> 6-7, 1952, pp. 161-177.

<sup>44</sup> En droit international public, la notion de nationalité des personnes morales revêt une importance manifeste, notamment parce que l'Etat national d'une société peut exercer la protection diplomatique en sa faveur (L. Caflisch, « La nationalité des sociétés commerciales en droit international public »),

étrangères, qui, comme souligné par G. Van Hecke, relevait davantage du droit administratif interne et des traités d'établissement ou de commerce, que du droit international privé. En d'autres termes, il s'agissait exclusivement du conflit de lois relatif aux sociétés anonymes, c'est-à-dire de la délimitation des champs d'application respectifs de la loi de la société et de la loi locale du pays dans lequel la société exerçait une activité d'une certaine importance.

14. Le rapporteur entreprit son travail en bénéficiant de la participation active des membres de la Commission<sup>45</sup>, et put ainsi aboutir à un projet de résolution. De tout le matériel produit, riche et étendu, il ressort clairement que la question la plus controversée était celle de la détermination du lien de la société avec le pays d'incorporation. Malgré les divergences, les membres de la Commission estimèrent unanimement que la détermination d'un facteur de rattachement devrait se limiter aux choix entre le système de l'incorporation et celui du siège réel<sup>46</sup>. Le choix se fit sans difficulté et tous les membres de la Commission se rallièrent au critère de l'incorporation<sup>47</sup>.

Les débats en séance plénière étaient d'un très haut niveau, et certaines interventions se distinguèrent par leur éclat<sup>48</sup>. Des discussions intéressantes eurent lieu sur certaines questions spécifiques, telles que l'extension éventuelle du champ d'application de la résolution aux conflits interrégionaux et la question de savoir si le terme « pays » devrait être remplacé par le terme « Etat »<sup>49</sup>. L'exclusion des

---

*Ann. suisse dr. int.*, vol. 24, 1967, p. 144 ; L. Lévy, *La nationalité des sociétés*, Paris, LGDJ, 1984, p. 138). En droit international privé, par contre, son utilisation est plus controversée (F. Capotorti, *La nazionalità delle società*, Naples, Jovene, 1953; Y. Loussouarn, « La condition des personnes morales en droit international privé », *Recueil des Cours*, t. 98, 1959-I, pp. 492-493 ; *id.*, « La nationalité des sociétés », *Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1966-1969)*, Paris, Dalloz, 1979, pp. pp. 205-213 ; T. Ballarino, « La nazionalità delle società e la condizione delle società straniere. Problemi generali in chiave comparatistica », *Studi Urbinati, A – Scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 1969-1970, pp. 137-181 ; D. Coher, « Mondialisation et nationalité des sociétés », *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel*, Paris/Madrid, LGDJ/Iproux, 2018, pp. 431-446

<sup>45</sup> Le professeur G. van Hecke a élaboré dans un exposé préliminaire, accompagné d'un questionnaire détaillé (*Annuaire*, t. 51, 1965-I, pp. 259-264), auquel répondirent les membres de la Commission H. Batiffol (*ibid.*, pp. 265-274), E.E. Cheatham (*ibid.*, pp. 274-281), A. Mijsa de la Muela (*ibid.*, pp. 281-283), J. Offerhaus (*ibid.*, pp. 283-291), W. Wengler (*ibid.*, pp. 292-309) y B.A. Wortley (*ibid.*, pp. 309-3011). En présence de ce matériel G. Van Hecke a préparé un Rapport définitif (*ibid.*, pp. 312-318 et un projet de Résolution (*ibid.*, pp. 319-323) ayant fait l'objet de commentaires écrits de H. Batiffol, E.E. Cheatham, A. Mijsa de la Muela, W. Wengler et B.A. Wortley (*ibid.*, pp. 325-334).

<sup>46</sup> *Annuaire*, t. 51, 1965-I, p. 231.

<sup>47</sup> Le Professeur Batiffol s'exprima en ces termes « je veux bien que la loi sous l'empire de laquelle les fondateurs se sont placés soit réputée a priori compétente à raison de ses avantages de simplicité et de certitude. Il faut d'ailleurs observer que même dans les systèmes qui affirment comme point de rattachement le siège réel, ce siège est présumé, jusqu'à preuve contraire, être celui qui résulte des statuts », *Annuaire*, t. 51, 1965-I, p. 266.

<sup>48</sup> *Annuaire*, t. 51, 1965-II, pp. 50-156.

<sup>49</sup> Mais cette approche a été rejetée par 24 voix contre 12. La majorité a soutenu une proposition faite par P. Ruegger d'utiliser une expression plus neutre dans l'art. 3, mais c'est finalement une autre expression qui a été adoptée lors du vote de la résolution article par article : « Si une société a son siège réel et l'objet principal de son entreprise hors du territoire où est en vigueur la loi de sa constitution » (*Annuaire*, t. 51, 1965-II, p. 104).

conflits de lois internes fit l'objet d'une unanimité, sous réserve que la résolution soit applicable dans les relations internationales lorsque le conflit de lois survient entre deux Etats qui n'ont pas de droit uniforme des sociétés, de manière à inclure expressément les Etats fédéraux.

Un autre problème lié au champ d'application de la Résolution se posa lors de l'examen de la situation des sociétés « internationales », phénomène s'étant accru au cours de ces années dans le cadre de ce que l'on a appelé « l'internationalisation de la personnalité juridique », car ces sociétés présentaient la double caractéristique d'être créées par un traité international et de revêtir la forme juridique d'une société commerciale. De plus, elles étaient constituées sous l'application exclusive du droit d'un Etat, et les associés et les dirigeants qui les composaient dépendaient non seulement en fait, mais de manière organique et impérative, de plusieurs souverainetés étatiques<sup>50</sup> ; une catégorie hybride de personnes intéressant à la fois le droit international public et le droit international privé<sup>51</sup>. Enfin, le préambule de la résolution fait exclusivement référence aux sociétés constituées en vertu d'une loi nationale. Vingt ans plus tard, l'Institut n'abandonnera cependant pas la question, consacrant une attention particulière au droit applicable aux entreprises internationales communes, étatiques ou paraétatiques à caractère économique, dans la session de Helsinki (1985). La résolution sur les sociétés en droit international privé fut adoptée par 36 voix et 2 abstentions, couronnant ainsi un travail et un débat très intéressants<sup>52</sup>.

15. La Résolution de Varsovie ne traite plus la reconnaissance comme un sujet séparé, mais comme une simple conséquence de la constitution de la société conformément à la « loi de la société ». Le principe selon lequel l'intérêt résultant pour la communauté internationale de la possibilité pour les sociétés d'exercer directement et sous le seul régime de la loi de la société leur activité dans des Etats autres que celui dont la loi les régit conduit à énoncer les limites que les Etats devraient respecter dans l'exercice de leur faculté d'appliquer aux sociétés étrangères les dispositions de leur propre législation (préambule). Son but est la recherche d'un équilibre tendant à circonscrire et à résoudre les plus remarquables conflits de lois relatifs aux sociétés par actions agissant dans un Etat autre que celui de leur constitution. Dès lors, on comprend aisément le soin d'éviter d'autres problèmes relatifs aux sociétés étrangères et notamment les règles de reconnaissance qui n'auraient pas d'incidence directe sur l'activité des sociétés, telles que celles relatives à la protection diplomatique.

<sup>50</sup> A. Valenti, « La società a carattere internazionale », *Riv. dir. int.*, vol. 43, 1960, pp. 465-487 ; J.P. Calon, « La société internationale. Eléments d'une théorie générale », *Journ. dr. int.*, 1961, t. 88, pp. 694-733 ; B. Goldman, « Le droit des sociétés internationales », *Journ. dr. int.*, t. 90, 1963 pp. 320-389 ; Ph. Kahn, « International Companies – A Study of Companies having International Legal Status », *J. World Trade L.*, vol. 3, n° 5, 1969, pp. 498-521 ; D.A. Ijalaye, *The extension of Corporate Personality in International Law*, Dobbs Ferry (NY), Oceana, 1978.

<sup>51</sup> Les discussions ont montré l'inclination du rapporteur à exclure ces entreprises du champ d'application de la résolution, bien que certains membres (C.W. Jenks, P.C. Jessup, A.P. Sereni et de G.G. de la Pradelle) aient eu un débat très intense sur cette question, qui s'est terminé par une intervention remarquablement précise de W. Wengler (*Annuaire*, t. 51, 1965-II, pp. 75-77).

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 140.

L'art. 1<sup>er</sup> énonce qu'« une société anonyme est régie par la loi en vertu de laquelle elle a été constituée », et l'art. 2 ajoute que « Toute société formée conformément à la loi désignée à l'article premier sera reconnue dans tous les autres Etats comme un sujet de droit ».

Le postulat ci-dessus du siège réel enregistre deux exceptions lorsque : a) l'objet principal de l'entreprise est hors du territoire du pays de l'incorporation (art. 3), et b) quand ce siège est hors du territoire de l'incorporation et en l'absence de lien effectif avec ce territoire (art. 4)<sup>53</sup>.

i) Siège réel et objet principal de l'entreprise hors du territoire du pays de l'incorporation. L'art. 3 dispose : « Si une société a son siège réel et l'objet principal de son entreprise hors du territoire où est en vigueur la loi de sa constitution, la reconnaissance de cette société comme sujet de droit pourra être refusée si sa constitution n'est pas régulière au regard de la loi du lieu de son siège réel ». Cette exception part de l'idée que si le siège réel de la société est situé en dehors du pays de son incorporation et que si, de plus, l'objet principal de l'activité sociale se manifeste dans le pays du siège réel, on est en présence d'une société pseudo-étrangère. Le lien avec le pays du siège réel est le plus fort et la reconnaissance doit dès lors pouvoir être refusée si la loi du pays du siège réel l'exige<sup>54</sup>.

ii) Siège réel hors du territoire de l'incorporation et absence de lien effectif avec ce territoire. L'art. 4 dispose : « Si une société a son siège réel hors du territoire où est en vigueur la loi de sa constitution et n'a avec ce territoire aucun lien effectif, la reconnaissance de cette société comme sujet de droit pourra être refusée si sa constitution n'est pas régulière au regard de la loi du lieu de son siège réel. Le lien effectif doit résulter d'éléments autres que la simple désignation d'un siège statutaire et peut consister notamment en la présence d'un siège d'exploitation, l'origine du capital ou des fonds empruntés, la nationalité ou la résidence habituelle des actionnaires ou dirigeants ».

16. Au-delà des répercussions de la Résolution de Varsovie, il convient d'ajouter que, sur le plan doctrinal, le Conseil de l'Europe en a largement tenu compte lors de l'élaboration, le 20 janvier 1966, d'une Convention européenne sur l'établissement des sociétés commerciales qui, bien qu'elle ne soit pas entrée en vigueur, a joué un rôle très important dans le processus de développement du droit d'établissement et de la libre prestation de services qui s'est produit ces années-là

<sup>53</sup> Selon J.-F. Perrin on peut aussi reprocher au système proposé par les arts. 3 et 4 son absence de clarté et le fait qu'il faille avoir recours aux travaux préparatoires pour comprendre l'intention des rédacteurs et se référer aux solutions proposées par le « Draft convention on conflicts of law relating to companies » (1960), émis par the International Law Association (*La reconnaissance des sociétés étrangères et ses effets : étude de droit international privé suisse*. Genève, Georg, 1969, p. 69-61 et 63-64). *Vid.* le texte du projet dans *Rev. crit. dr. int. priv.* 1961, pp. 440 et s.

<sup>54</sup> Cette décision a été influencée dans une certaine mesure par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris 19 mars 1965, dans l'affaire *Banque Ottomane* introduite dans les débats par H. Batiffol. *In casu*, la banque défenderesse prouva tout d'abord que son siège réel était non pas à Paris mais à Londres et qu'en Grande-Bretagne, la constitution de la banque était régulière pourvu que la loi turque la considérât comme telle (*Annuaire*, t. 51, 1965-II, p. 100). *Vid. Journ. dr. int.*, 1966, p. 118 et s. et note de B. Golman ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1967, p. 101 *et s.* et note de P. Lagarde.

au sein de la Communauté européenne. Les travaux de l'Institut ont également été pris en compte lors de la rédaction, au sein de la CIDIP, de la Convention interaméricaine sur les conflits de lois en matière de sociétés commerciales, faite à Montevideo le 5 août 1979<sup>55</sup>.

#### IV. LES ENTREPRISES MULTINATIONALES (OSLO, 1977)

17. Dans les années soixante-dix, l'Institut est confronté à des problèmes particulièrement sensibles posés par les entreprises multinationales, étudiés dès la session de Zagreb (1971).<sup>56</sup> La question était très vaste, ambitieuse et d'actualité, comme en témoignent les travaux menés dans d'autres forums internationaux<sup>57</sup>. L'opinion selon laquelle le sujet était complexe en raison de son importante composante politique et économique était également très répandue, ce qui a suscité la méfiance des juristes. Pareille circonspection n'empêcha pas toutefois la réunion d'Oslo d'apporter une autre contribution importante à l'étude du droit des sociétés au niveau international, et dont les résultats furent largement diffusés dans les milieux universitaires<sup>58</sup>, mais aussi de mettre en évidence, comme cela avait été le cas auparavant dans d'importants sièges de codification, que même entre spécialistes de la matière, il n'est pas simple de trouver une définition d'entreprise multinationale qui fasse consensus<sup>59</sup>.

Le choix du rapporteur fut tout à fait approprié. Doté d'un savoir incontesté sur le sujet et d'un prestige reconnu, le professeur B. Goldman s'est mis au travail très tôt, avec le soutien d'une Commission composée de membres hautement qualifiés<sup>60</sup>, aboutissant à un projet de résolution présenté le 1<sup>er</sup> septembre 1977 et

<sup>55</sup> V.C. García Moreno, « Notas acerca de la convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles », *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nos 136-137-138, 1984, pp. 745-754.

<sup>56</sup> Lors de cette session, la Deuxième Commission de droit international privé a été chargée de cette tâche, qui consistait à S. Bastid, T.O. Elias, E.S. Fawcett, C.N. Fragistas, P. Francescakis, P.C. Jessup, P. Lalive, R. Monaco, A.E. von Overbeck, W.L.M. Reese et Sir Francis Vallat, et un rapporteur a été nommé : le professeur B. Goldman (*Annuaire*, t. 54, 1971-II, pp. 120 et 608).

<sup>57</sup> A. Miaja de la Muela, « El Derecho internacional de las sociedades multinacionales », *Anuario de Derecho Internacional (Universidad de Navarra)*, vol. II, 1975, pp. 169-227.

<sup>58</sup> A.C. Kiss, « Enseignements et congrès », *Ann. fr. dr. int.*, vol. 23, 1977, pp. 1281-1291, pp. 1282-1284 ; M. Verwilghen, « La 58<sup>e</sup> session de l'Institut de Droit International (Oslo, 30 août-8 septembre 1977) », *Rev. belge dr. int.*, vol. 13, 1977, pp. 380-396, p. 392-396 ; L.E. Goldie, dans *Am. J. Int'l L.*, vol. 74, n° 2, 1980, pp. 276-481 ; A. Miaja de la Muela, « La reunión del Instituto de Derecho Internacional en Oslo (1977) », *Anuario de Derecho Internacional (Universidad de Navarra)*, vol. IV, 1977/78, pp. 249-268, p. 254-264. C.D. Wallace, *The Multinational Enterprise and Legal Control. Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalisation*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, pp. 1075-1076 ; Y. Kerbrat, « Les manifestations de la notion d'entreprise multinationale en droit international », *L'entreprise multinationale et le droit international*, Paris, Pedone, 2017, pp. 57-69, p. 62-63.

<sup>59</sup> M. Lizée, « Le droit des multinationales ; impasse juridique ? », *Rev. québécoise dr. int.*, 1985, n° 2, pp. 271-283 ; S. Tully, *Corporations and International Lawmaking*, Leiden, Nijhoff, 2007, pp. 2-3.

<sup>60</sup> Le professeur B. Goldman a commencé son travail très tôt, malgré le fait que la session de Rome (1973) était consacrée au centenaire de l'Institut, en envoyant aux membres de la Commission, le 31 août 1976, une présentation préliminaire et un questionnaire de 35 questions sur le sujet. Dans cette présentation, le rapporteur a regroupé les problèmes qu'il avait identifiés sous deux grandes rubriques :

visant à définir les caractéristiques des entreprises multinationales sur la base d'une définition structurelle plutôt que d'une définition détaillée<sup>61</sup>. L'objectif n'était pas de développer des règles directement applicables aux entreprises multinationales, mais d'esquisser le cadre juridique dans lequel des solutions concrètes puissent être développées par la suite.

Les débats en commission plénière<sup>62</sup> ont été étendus et, dans certains cas, très critiques à l'égard de la proposition, considérant que certains membres de l'Institut ne se préoccupaient pas de la protection des intérêts politiques et socio-économiques des pays du tiers monde et favorisaient systématiquement les entreprises multinationales (B. Boutros-Ghali et M. Ushakov). Parmi de nombreuses autres interventions, il convient de noter que si le professeur R. Monaco était un fervent partisan du projet<sup>63</sup>, le professeur J. Salmon a été particulièrement critique à l'égard de l'environnement qui tend à éviter les questions les plus brûlantes soulevées par l'activité des multinationales, le qualifiant de déséquilibré dans la mesure où, tout en respectant les intérêts capitalistes, il laisse dans l'ombre les aspects les plus inquiétants de l'activité des multinationales et les possibilités de les combattre<sup>64</sup>.

18. Le texte approuvé commence par considérer que les sociétés caractérisées par leur unité économique, sous l'impulsion d'une société mère qui constitue leur centre de décision, ainsi que par la dissémination de leurs établissements, dotées ou non de la personnalité juridique, et constituant leurs centres d'activité dans un grand nombre de pays, jouent un rôle prépondérant et croissant dans la production et dans les changements internationaux, et exercent, de ce fait, une influence économique, sociale et même politique.

L'orthodoxie de l'Institut n'était pas particulièrement adaptée au traitement d'un nouveau sujet aux ramifications aussi vastes. Il a donc préféré accepter les thèses qui faisaient l'objet du plus large consensus parmi les participants, plutôt que d'entrer dans un monde juridique complexe et encore en construction. La résolution est particulièrement expressive lorsqu'elle déclare qu'« il convient que soit progressivement élaboré un régime juridique propre aux entreprises ainsi définies, régime qui devrait en particulier sauvegarder la souveraineté et l'indépendance économique des Etats, notamment en développement ». Sans aucun doute, rapportée aux opinions de son temps, cette position est compréhensible, mais il est regrettable que la réunion d'Oxford n'ait pas débouché sur un accord exprimant la conscience juridique de l'époque, divisée en trois

---

le rattachement juridique de la société multinationale et la répartition des compétences en matière de protection diplomatique et de contrôle des sociétés multinationales. Les réponses ne sont pas nombreuses, mais elles sont bien argumentées et proviennent des professeurs S. Bastid, C.P. Jessup, P. Lalive, R. Monaco, W.L.H. Reese et I. Seidl-Hohenveldern, avec les réponses desquels il a rédigé son rapport final. Un rapport exemplaire, très riche en éléments de la pratique internationale dominée par les enseignements de l'arrêt *Barcelona Traction* de la Cour internationale, et prenant en compte toute la littérature, tant antérieure que postérieure, à laquelle celui-ci a donné lieu.

<sup>61</sup> *Annuaire*, t. 57, 1977-I, pp. 266 et s.

<sup>62</sup> *Annuaire*, t. 57, 1977-II, pp. 191-217.

<sup>63</sup> *Ibid.*, pp. 206 et s.

<sup>64</sup> *Ibid.*, pp. 207 et s.

secteurs : les Etats capitalistes, socialistes et en développement. Cependant, certaines innovations importantes ont été introduites, bien qu'un amendement de F. Rigaux, obligeant les filiales à respecter les règles de droit international applicables dans le pays auquel se rattache la société-mère quand ces règles interdisent la discrimination raciale ou tendent à protéger les travailleurs de l'entreprise ou à lutter contre les abus de position dominante<sup>65</sup>, fut rejeté par 26 voix contre 7 et 5 abstentions. Le texte final de l'article II de la Résolution se lit comme suit : « Il convient que soit progressivement élaboré un régime juridique propre aux entreprises ainsi définies, régime qui devrait en particulier sauvegarder la souveraineté et l'indépendance économique des Etats, notamment en développement ».

Significatives, d'un point de vue technique juridique, sont certaines omissions résultant des positions adoptées au cours des débats sur des questions qui figuraient dans le projet initial du professeur B. Goldman, comme la protection diplomatique de la société multinationale ou de l'un de ses éléments constitutifs, ou le problème des contrats conclus par les multinationales<sup>66</sup>.

Une caractéristique essentielle de la résolution d'Oslo de 1977 est qu'elle a adopté une définition très large et prudente, puisqu'il n'était pas possible de s'entendre sur une définition plus précise : « Les entreprises formées d'un centre de décision localisé dans un pays et de centres d'activité, dotés ou non de personnalité juridique propre, situés dans un ou plusieurs autres pays, devraient être considérées comme constituant, en droit, des entreprises multinationales ». Depuis lors, ni la doctrine ni la pratique n'ont fait de progrès significatifs à cet égard. Il existe encore de nombreuses divergences et un risque de blocage lors de la négociation de la définition d'une société multinationale<sup>67</sup>. Quoi qu'il en soit, il ne fait aucun doute qu'avec sa Résolution de 1977, l'Institut a donné une impulsion importante au développement de la réflexion juridique sur ces questions.

## V. LES OBLIGATIONS DES ENTREPRISES MULTINATIONALES ET LEURS SOCIÉTÉS MEMBRES (LISBONNE, 1995)

19. En lien étroit avec le sujet abordé lors de la session d'Oslo, l'Institut a décidé d'approfondir le phénomène qu'on appelle les « groupes de sociétés » constituées dans différents Etats mais fonctionnant sous un régime de propriété commune, avec des raisons sociales communes ou liées, et sous une direction ou un contrôle commun ; le caractère dominant de ce phénomène était un particularisme marqué

<sup>65</sup> *Ibid.*, 1977-II, p. 238.

<sup>66</sup> Cf. A. Miaja de la Muela, « La reunión del Instituto de Derecho Internacional en Oslo... », *loc cit.*, p. 260. *Vid.* J. Salmon, « Les principes généraux du droit : une insaisissable source de droit applicable aux contrats d'Etat » ; *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, t. II, Bruxelles, Nemesis, 1986, pp. 717-340.

<sup>67</sup> Cette fonction est développée par le Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises a été créé par le Conseil des droits de l'homme en 17 avril 2011, avec pour mandat d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant dans ce domaine. Sur les travaux de l'OCDE dans ce domaine *vid.* N. Bonucci et C. Kessedjian *40 ans des lignes directrices de l'OCDE pour les entreprises multinationales*, Paris, Pedone, 2018.

des législations, des réglementations et des pratiques différentes et parfois contradictoires quant à l'exercice de leur compétence sur ces groupes. C'est un sujet ayant déclenché un vaste débat sur la réglementation d'une matière qui présentait une contradiction fondamentale : alors que les sociétés faisant partie du groupe sont soumises à une gestion économique unique, chacune des sociétés qui composent le groupe a sa propre réglementation autonome. Et cette contradiction s'intensifie lorsque le tiers qui contracte avec l'une des sociétés du groupe le fait formellement avec une société autonome, mais non indépendante dans la mesure où elle agit dans le cadre des intérêts du groupe.

Conscient de cet enjeu réglementaire majeur, l'Institut décida, à l'occasion de la session de Saint-Jacques de Compostelle (1989), d'inscrire une nouvelle question à son ordre du jour : « Les effets des obligations d'une société membre d'un groupe transnational sur les autres membres du groupe »<sup>68</sup> en créant une commission à cet effet et en nommant un rapporteur : A. Lowenfeld<sup>69</sup>, ce dernier ayant immédiatement entamé sa difficile tâche pour aboutir à un projet de résolution en 1992<sup>70</sup>. Ce travail montrait qu'il n'existait pas une règle unique de droit international public généralement acceptable pour établir les fondements théoriques du droit des sociétés ou des cas traités dans ce contexte, et qu'il n'était pas non plus possible de trouver un appui dans une règle universelle de droit international privé, qui conduirait systématiquement à la loi du lieu de l'activité contestée ou dans une règle qui fixerait le lieu d'incorporation de la société mère comme loi applicable. Au contraire, il était possible de formuler une série d'énoncés normatifs en termes de présomptions et de principes de nature préférentielle. Le projet de résolution fut présenté lors de la session de Milan (1993)<sup>71</sup> et une riche discussion s'en suivit<sup>72</sup>, qui, une fois finalisée, laissa la question de l'approbation du projet à la prochaine session de l'Institut, en raison tant de divergences de fond que de problèmes découlant de l'organisation matérielle des travaux.

<sup>68</sup> *Annuaire*, t. 63, 1989-II, p. 14.

<sup>69</sup> Les membres de la commission étaient Collins, Crawford, El Kosheri, Feliciano, Gannagé, Goldman, van Hecke, Lalive, Loussouam, Mädl, von Mehren, Rigaux, Shihata, Sucharitkul y Waelbroeck (*Annuaire*, t. 63, 1989-II, p. 371).

<sup>70</sup> Le rapporteur a d'abord envoyé un questionnaire aux membres de la Commission (juillet 1990) (*Annuaire*, t. 65, 1993-I, p. 193-195). Le questionnaire a reçu une réponse écrite de I. Shihata, à laquelle il a joint plusieurs annexes sur le traitement du sujet en Angleterre, en R.F. Allemagne, au Japon, aux Pays-Bas, en Suisse, aux Etats-Unis, dans l'Union européenne, ainsi que quelques cas pertinents de pays en voie de développement (*ibid.*, pp. 195-235). D'autres réponses sont venues de B. Goldman (*ibid.*, pp. 236-239), F. Rigaux (*ibid.*, pp. 239-240), S. Sucharitkul (*ibid.*, pp. 241-242), G. van Hecke (*ibid.*, pp. 242-243) et ont contribué à la rédaction d'un Rapport préliminaire, accompagné d'un Projet de résolution (août 1991). Les deux documents ont été discutés par la quinzième commission lors de la session de l'Institut de Bâle (1991). Le rapporteur a reformulé et complété son rapport une première fois (rapport préliminaire révisé, *ibid.*, pp. 244-313, et projet de résolution, septembre 1992), puis, après quelques mises au point, a établi la version finale en décembre 1992 (*ibid.*, pp. 313-316).

<sup>71</sup> *Annuaire*, t. 64, 1993-II, pp. 165-168.

<sup>72</sup> Lors de la réunion, les interventions de F. Rigaux et de P. Lalive (*Annuaire*, vol. 64, 1993-II, p. 170-183), qui recommandaient de modifier le texte du projet de résolution (*ibid.*, p. 184-188), ont été suivies de nouvelles discussions, sur la base desquelles le rapporteur a présenté un nouveau texte (*ibid.*, p. 201-207), qui a également été discuté (*ibid.*, p. 207-219).

L'objectif principal de la résolution finalement adoptée par l'Institut était de déterminer les situations dans lesquelles l'entité de contrôle d'une société multinationale pouvait être tenue responsable des engagements de cette dernière envers des tiers<sup>73</sup>.

Tout au long du processus complexe de rédaction, il est apparu que la complexité de la matière traitée était due à sa situation à la frontière entre le droit international privé et le droit international public, dans la mesure où il s'agissait de formuler des règles matérielles régissant la responsabilité des multinationales et de leurs filiales ou succursales, d'une part, et le pouvoir de l'Etat d'imposer des obligations aux sociétés étrangères dans ce domaine, d'autre part. Cela explique la tendance même de la résolution adoptée à Lisbonne à fournir des « orientations » ou des lignes directrices aux Etats afin de s'assurer que les actions des Etats dans l'établissement de leur compétence législative et juridictionnelle sur les entités de contrôle des entreprises multinationales ne soient pas contraires au droit international.

Au cours de la discussion du rapport, le professeur F. Rigaux se préoccupa de la situation des travailleurs des sociétés membres de groupes transnationaux. Selon lui, « au cours des dix dernières années, une orientation nouvelle a été prise : celle de la levée du voile corporatif. L'Institut doit être aussi souple que possible pour ne pas bloquer cette évolution juridique... Cette tendance est surtout souhaitable pour deux catégories de victimes : les travailleurs et les victimes d'accident »<sup>74</sup>.

La résolution mise au vote par appel nominal le 2 septembre 1995 (13) récolta 31 voix et 1 abstention.

20. Le résultat de la résolution de Lisbonne était très réaliste. Etant donné l'impossibilité de s'accorder sur une règle unique valable pour régir toutes les situations où l'on met en cause la responsabilité des entreprises multinationales pour des actes accomplis par des sociétés membres établies sous le régime de la loi d'un Etat déterminé, il semblait souhaitable de donner aux Etats et aux entreprises multinationales une orientation au sujet de la conformité de telles règles avec le droit international. A cette fin, la résolution est divisée en deux parties, l'une contenant des définitions, particulièrement nécessaires dans un domaine en constante évolution, et l'autre des « principes », également appelés « lignes directrices ».

i) En ce qui concerne les définitions, la Résolution a opté pour des concepts communs connus des praticiens. La définition de l'« entreprise multinationale » est particulièrement expressive, une dénomination qui a été conservée malgré la prépondérance de l'épithète « transnationale » dans les organes des Nations Unies.

Une entreprise multinationale est un groupe de sociétés opérant sous un régime de propriété ou de contrôle commun, et dont les membres sont constitués conformément à la loi de plus d'un Etat (n° 1). La *société-mère* est « ... une société ou une autre entité qui possède, directement ou indirectement, la majorité des

<sup>73</sup> Pour un rappel des différents précédents sur lesquels l'analyse du Rapporteur était fondée, *vid. Annuaire*, 1993, t. 65, 1991-I, pp. 193-326.

<sup>74</sup> *Annuaire*, t. 66, 1996-II, p. 306.

actions d'autres sociétés constituant une entreprise multinationale ou qui contrôle sous une autre forme, directement ou indirectement, de telles sociétés » (n° 3a). La *filiale* est « ... une société qui appartient à une autre société faisant partie du même groupe de sociétés ou qui est contrôlée par une telle société » (n° 3 b) ; et la *succursale* « Une filiale est une société qui appartient à une autre société faisant partie du même groupe de sociétés ou qui est contrôlée par une telle société ».

Le contrôle est le pouvoir d'exercer une influence décisive sur l'activité d'une société, soit en nommant ses administrateurs ou ses principaux gérants, soit par tout autre moyen jouant un rôle important dans les résolutions. L'entité de contrôle est une société ou une entité qui détient ou exerce le contrôle sur un autre membre du groupe de sociétés qui constitue l'entreprise multinationale. L'entité de contrôle n'est pas nécessairement la société-mère de l'entreprise multinationale.

ii) Les principes commencent par établir une règle de base : « les actionnaires d'une société ou d'une entité similaire sont présumés n'être pas responsables des obligations de la société dont ils détiennent des actions », ce qu'ils nuancent dans la mesure où ils admettent que : « les Etats peuvent, dans des circonstances délimitées, comme celles qui sont illustrées aux paragraphes suivants, appliquer leur loi (y compris leurs règles de conflit) pour imputer la responsabilité découlant des obligations d'une société à une entité qui détient seule, ou en qualité de membre d'un groupe de sociétés qui constitue l'entreprise multinationale, la totalité ou la quasi-totalité des actions de la société en question ou qui exerce sur elle un contrôle effectif ».

La règle comprend un certain nombre d'exceptions qui constituent sans doute la partie la plus innovante de la résolution :

a) La responsabilité découlant des relations contractuelles entre une société et un tiers peut être imputée par une juridiction ou un tribunal arbitral à la société-mère ou à une autre entité de contrôle d'une entreprise multinationale lorsque (2.a.i) : l'entité de contrôle a participé à la négociation, à l'exécution ou à la terminaison du contrat sur lequel se fonde l'action en responsabilité, d'une manière telle que le demandeur puisse être raisonnablement induit à présumer la responsabilité de celle-ci (2.a.ii) ; une société membre d'une entreprise multinationale cesse ses activités, entre en liquidation, ou est mise en faillite, afin de contribuer à l'indemnisation de ses employés conformément à la loi du lieu d'activité ou d'engagement (§ 2, a, iii). Comme le montre cette dernière section, la proposition de F. Rigaux, mentionnée ci-dessus, a été reprise<sup>75</sup>.

La responsabilité « découlant des relations contractuelles et la responsabilité non contractuelle peuvent aussi être imputées à une autre société membre de l'entreprise multinationale dans les circonstances où l'entité de contrôle pourrait conformément aux paragraphes (a) ou (b) être tenue pour responsable, lorsque

<sup>75</sup> M.-F. Rigaux, « Justice et vérité judiciaire : leurs origines d'une errance », *International Law in Motion. Some New Insights* (M. Mohebi, A. Pellet, V. Lowe et P. d'Argent (eds.), Presses Universitaires de Louvain, 2020, pp. 305 et s., p. 338.

cette autre société membre a participé à l'activité sur laquelle l'action en responsabilité est fondée ou a profité directement de cette activité ».

Enfin, en plus de toute autre compétence des juridictions d'un Etat à l'égard de personnes non établies sur son territoire, y compris la compétence qui dérive du lieu où un fait dommageable s'est produit ou du lieu où un contrat a été conclu ou n'a pas été exécuté, un Etat peut prévoir la compétence de ses tribunaux lorsque l'obligation qui sert de base à l'action a sa source dans des activités conduites dans un Etat par une entreprise multinationale ou pour son compte, ou qui est étroitement liée à ces activités. Ces règles de compétence complémentaires de celles du droit commun sont énoncées à l'art. 3. La société mère ou l'entité qui la contrôle peut être poursuivie devant les tribunaux du pays sur le territoire duquel se trouve la « présence permanente sur son territoire d'une succursale ou d'un établissement comparable de l'entreprise multinationale » (3.a.i) ou celle d'une filiale « si étroitement liée à l'entreprise multinationale par une communauté de propriété, ou de contrôle, de personnel de direction ou d'activité que cette filiale peut être justement considérée comme un simple département ou un alter ego de l'entreprise multinationale » (3.a.ii), ou encore par « l'existence des circonstances qui pourraient justifier l'imputation de responsabilité de la société-mère ou de l'entité de contrôle en conformité avec le paragraphe 2(a) ou (b) des présents Principes » (3.a.iii). Cette disposition conclut en admettant à l'égard d'un autre membre de l'entreprise multinationale l'imputation de responsabilité en raison de l'existence de circonstances la justifiant, en conformité avec le paragraphe 2(c) des présents Principes.

Les principes contenus dans la résolution de Lisbonne devront peut-être être repensés sur une base plus orientée vers la responsabilité objective des entreprises multinationales par des dommages causés à l'environnement, ou découlant de la violation des droits de l'homme, des principes du commerce équitable et de la lutte contre la corruption. Aujourd'hui, il faut constater une nette tendance, tant au niveau national qu'international, à un renforcement des canons de la diligence raisonnable des entreprises, conformément à la Résolution IDI « Droits de la personne humaine et droit international privé » adoptée le 4 septembre 2021, qui suggère une révision par l'Institut des principes énoncés dans la Résolution de Lisbonne.

## VI. CONTRIBUTION DE L'INSTITUT AU DÉVELOPPEMENT DOGMATIQUE ET NORMATIF DES PERSONNES MORALES AU NIVEAU INTERNATIONAL

21. Dans le domaine du statut des sociétés, le lien défini par le critère de la constitution a été rattaché au concept de souveraineté en relation avec la nationalité, tout comme le siège réel a été identifié à la résidence habituelle des personnes physiques<sup>76</sup>. Fondée sur la nationalité, une telle construction n'est pas ajustée au droit des sociétés, auquel elle confère un caractère unilatéral, ce qui est inapproprié

<sup>76</sup> M. Fallon, « Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé », *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 187-221, pp. 209-216.

pour une question de propriété d'une importance singulière pour le commerce international. Ceci est dû à l'épuisement naturel de la règle dans la détermination de la nationalité du for de la société, sans identifier autrement la loi applicable spécifique<sup>77</sup>. La nationalité constitue un « voile formel » qui nécessite une clarification supplémentaire<sup>78</sup>. Elle impose, d'une part, le recours à d'autres dispositions qui la précisent lorsqu'il s'agit de déterminer la nationalité du for. D'autre part, elle nécessite le recours à la loi étrangère dont la nationalité est recherchée dans le cas d'une nationalité étrangère, ce qui conduit à une qualification *ex lege causae*. Pour toutes ces raisons, la décision prise par l'Institut d'abandonner cette construction a été suivie dans la plupart des systèmes juridiques nationaux.

Plus d'un demi-siècle après la session de Varsovie de 1965, les considérations formulées par l'Institut n'ont rien perdu de leur pertinence. Les Etats sont toujours confrontés à des impératifs contradictoires : attirer les entreprises étrangères perçues comme bénéfiques pour l'économie nationale, en leur permettant d'exercer leurs activités sur le territoire dans les mêmes conditions que dans leur Etat d'origine ; et assurer la cohésion de leur système juridique interne et la protection des opérateurs économiques nationaux en veillant à ce qu'ils bénéficient des mêmes règles, quelle que soit l'origine de leurs partenaires commerciaux. Cette tension révèle l'intérêt de la question de la détermination des sphères respectives de la *lex societatis* et du droit local<sup>79</sup>.

Au temps de la Résolution de Varsovie, diverses tentatives d'unification du droit des sociétés ont été menées au sein de diverses organisations internationales, fondées sur la conviction que le droit uniforme soit le seul instrument capable de concilier les systèmes nationaux opposés de détermination de la loi applicable à la société. Avec l'abandon de la voie conventionnelle en raison de ses résultats infructueux s'ouvre une deuxième période, marquée par la reconnaissance du rôle prépondérant du régime des sources internes dans la configuration des systèmes de détermination de la *lex societatis*. Avec la coexistence de deux modèles généraux construits sur ce que l'on appelle la théorie du siège et la théorie de l'incorporation, caractérisés par la tendance à dépasser le concept de nationalité, une nette rupture avec le passé se dessine. Un élément caractéristique des systèmes actuels de détermination de la *lex societatis* est, à l'instar de l'évolution qu'a connue le système international-privatiste, la perte de prééminence de la règle de conflit comme technique de régulation au profit du pluralisme méthodologique.

Un examen des tentatives d'unification du droit applicable aux sociétés faites dans diverses enceintes internationales au cours du siècle dernier ne peut que conduire à la conclusion que leur succès a été très limité. La reconnaissance internationale des sociétés ou la détermination de la loi qui leur est applicable a fait l'objet d'un

<sup>77</sup> Vid. R. Arenas García, « La *lex societatis* en el Derecho de las sociedades internacionales », *Derecho de los negocios*, n° 70-71, 1996, pp. 11-25.

<sup>78</sup> Cf. A. Santa Maria, *La società nell' Diritto internazionale privato*, Milán, 1970, pp. 91 et s. ; vid. T. Ballarino, *Diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1996, pp. 338-344.

<sup>79</sup> R. Jafferai, « L'application du droit belge aux sociétés de droit étranger. Une esquisse des contours de la *lex societatis* », *Rev. dr. comm. belge*, 2004, n° 8, pp. 764-790.

traitement conventionnel multilatéral exhaustif à deux reprises. Les premiers travaux ont été menés dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé et ont abouti à la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juin 1956 sur la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères, qui n'est jamais entrée en vigueur. Après l'échec de cet instrument, les attentes placées dans la Convention de Bruxelles du 29 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et des personnes morales, élaborée dans un contexte différent, marqué par les besoins de l'intégration communautaire, ont également été frustrées, à savoir dans le cadre de l'ancien art. 220 III TCE.

Si ces tentatives d'unification partielle du droit applicable aux sociétés ont été controversées, d'autres projets plus ambitieux, discutés dans d'autres forums de débat, visant à une unification globale du droit applicable aux statuts des sociétés, ont connu un sort pire. Bien qu'ils aient évolué à certains égards et disposent d'articles détaillés (avec des mécanismes de défense contre la fraude à la loi par dissociation du siège réel et statutaire, ou des règles de délimitation du statut de la société par rapport au statut pénal), l'étendue de la matière de ces ouvrages a dépassé les attentes des Etats, les reléguant aux oubliettes<sup>80</sup>.

22. La dimension internationale du droit des sociétés doit être en tout cas distinguée par rapport aux réalisations régionales imposées au sein de l'Union Européenne par les exigences du Marché Intérieur. L'apaisement du rôle du siège réel face au risque de fraude (affaire *Centros*)<sup>81</sup>, les possibilités ouvertes au transfert international du siège des sociétés à plusieurs reprises ou la possibilité de créations de sociétés proprement européennes n'empêchent point de reconnaître la portée des débats historiques au sein de l'Institut, qui ont clairement déterminé l'évolution de la pensée juridique sur ce sujet et qui continuent à être de pleine actualité pour l'aborder.

En tout état de cause, les expériences et les développements dans l'Union européenne sur des questions clés du droit des sociétés, telles que le transfert international du siège social et le traitement des fusions internationales de sociétés invitent à aborder ces questions dans une perspective plus large que régionale dans le cadre de l'Institut.

---

<sup>80</sup> *Vid.* un aperçu dans, T.C. Drucker, « Companies in Private International Law », *Int. Comp. L. Q.*, vol. 17, n° 1, 1968, pp. 28-57.

<sup>81</sup> STJCE 9 mars 1999 (Affaire C-121/97: *Centros*)

Epreuves du 13 février en construction  
Ne pas tenir compte de la pagination