



Livre

1969

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La reconnaissance des sociétés étrangères et ses effets : étude de droit
international privé suisse

Perrin, Jean-François

How to cite

PERRIN, Jean-François. La reconnaissance des sociétés étrangères et ses effets : étude de droit international privé suisse. Genève : Georg, 1969. (Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:142001>



MÉMOIRES
PUBLIÉS PAR LA FACULTÉ DE DROIT
GENÈVE

JEAN-FRANÇOIS PERRIN

LA
RECONNAISSANCE
DES
SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES
ET SES EFFETS

Etudes de Droit international privé suisse

Préface du professeur Pierre Lalive

GEORG - LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ - GENÈVE

**LA RECONNAISSANCE
DES
SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES
ET SES EFFETS**

JEAN-FRANÇOIS PERRIN
Docteur en droit
Professeur assistant à la Faculté de Droit de Genève

LA RECONNAISSANCE DES SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES ET SES EFFETS

ÉTUDE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ SUISSE

PRÉFACE DE

PIERRE LALIVE

Professeur à la Faculté de Droit et à l'Institut des Hautes Etudes Internationales
de Genève,
Associé de l'Institut de Droit International

GENÈVE
LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ
GEORG & Cie S.A.

© 1969 by Librairie de l'Université Georg et Cie S.A.
Droits de traduction, de reproduction et d'adaptation réservés pour tous pays.

PRÉFACE

Que la société anonyme soit, comme le prétendait Nicholas Murray Butler, « la plus grande découverte des temps modernes », ou non, personne ne nie aujourd'hui l'importance de cette institution juridique, dont l'ouvrage classique de Ripert « Les aspects juridiques du capitalisme moderne », a si bien mis en lumière l'intérêt, en même temps que la trompeuse simplicité ; on est bien loin du temps où Adam Smith pouvait juger insoutenable, dans sa « Richesse des nations » (1776) l'idée que les sociétés étaient nécessaires à l'organisation du commerce ! Parmi les multiples problèmes de droit international privé que suscite l'internationalisation croissante de la vie moderne, il en est peu de plus important que ceux des sociétés commerciales — le plus souvent des sociétés anonymes — dont nul n'ignore le rôle essentiel qu'elles jouent dans les domaines économique, social, politique, etc.

Le mouvement international de codification, qu'il s'agisse de la Convention de La Haye du 1^{er} juin 1956 ou, sur le terrain plus limité de l'intégration européenne, de celle du Marché commun du 28 février 1968, sans parler des projets de la C.E.E. concernant la « société européenne » ou la fusion internationale, par exemple, ont réveillé un intérêt qui avait quelque peu faibli chez les juristes depuis les controverses, aujourd'hui bien dépassées, sur la nature des personnes morales ou sur leur « nationalité ». Sur le plan scientifique, les travaux de l'International Law Association et, surtout, de l'Institut de Droit International, ont témoigné du regain d'actualité que connaissait le droit international privé des sociétés.

On a beaucoup écrit, jadis et naguère, sur les sociétés en droit international, aussi le sujet du présent ouvrage pouvait paraître passablement « traditionnel » et, sinon rebattu dans tous ses aspects, en tous les cas moins propre à susciter l'intérêt ou l'enthousiasme d'un candidat au doctorat que tel ou tel thème « dans le vent » en matière de sociétés. C'est un premier mérite, qui n'est pas mince, de M. Jean-François Perrin que d'avoir su résister à certaines modes et d'avoir choisi pour objet de ses investigations une matière où d'autres eussent pensé, après La Bruyère, que tout était dit et qu'il était trop tard...

En particulier, l'éternel débat entre partisans du rattachement de la société selon le critère du siège social et ceux du système de l'incorporation pouvait paraître l'exemple type du plat fade et refroidi, dont s'ac-

commode mal l'estomac des gourmets en matière de droit. D'autant que la question, en droit international privé suisse, semblait tranchée à beaucoup, sur la foi d'affirmations péremptoires d'une doctrine qui se renforçait graduellement, au cours des années, par autopersuasion, dans sa fidélité au nouveau « credo » de l'incorporation.

Nous avons toujours éprouvé certains doutes, pour notre part, quant à la réalité ou au caractère définitif du triomphe de cette nouvelle foi, dans la jurisprudence suisse — tout comme sur la portée scientifique des « motions » qu'adoptent, dans l'euphorie ou la lassitude des congrès finissants, des majorités de rencontre, dépendant souvent du hasard de la composition « socio-professionnelle » de l'assemblée, ou de l'attrait touristique du lieu du congrès. M. Perrin est remonté aux sources et il a procédé, sans préjugés, à l'examen rigoureux des textes législatifs et judiciaires, pour parvenir enfin, avec une calme fermeté, à la conclusion que le droit international privé suisse n'était nullement fondé sur le critère dont il ne méconnaît pas par ailleurs les qualités de simplicité et de sécurité.

Hans Leward disait, avec quelque exagération peut-être, qu'il n'y a rien qui ne soit contesté en droit international privé. Il n'est en tout cas pas mauvais que tombent sous cette « règle » de pseudo-principes ou des doctrines qui, à force de répétitions et à l'abri de noms prestigieux, finissent pas passer pour des vérités acquises. Une des contributions les plus originales de l'ouvrage nous paraît bien être cette élucidation de l'état présent du droit international privé positif de la Suisse.

Suivant la pente d'une personnalité encline à la réflexion sur les concepts et les principes fondamentaux, M. Perrin s'est attaqué, d'entrée de cause, à la notion même de « reconnaissance » de sociétés, et s'est abstenu avec raison de piétiner à nouveau le domaine mille fois exploré de la « nationalité » des sociétés, « nationalité » en laquelle il voit un concept inutile pour les besoins du droit international privé et ne posant guère qu'un problème de terminologie. La tâche d'analyser le concept même de reconnaissance était ingrate, et bien des chercheurs se fussent laissés rebuter par son absence apparente d'intérêt pratique, tout au moins dans l'ordre juridique suisse. Le lecteur saura gré, pensons-nous, à M. Perrin de son souci de logique et de rigueur, et de son courage intellectuel ; sans partager nécessairement toutes ses thèses ou être convaincu par tous ses développements, il appréciera l'intérêt d'une discussion fondamentale et les lumières qu'elle jette sur un « vieux problème d'actualité », si l'on peut ainsi s'exprimer.

La démonstration est ainsi faite à nouveau qu'une thèse de doctorat — institution dont la raison d'être ne pouvait pas plus échapper que d'autres aux feux de la contestation universitaire — peut être, outre un exercice utile, une contribution de valeur à la doctrine juridique. Au demeurant, sa probité scientifique et son souci de rigueur intellectuelle n'empêchent évidemment point le présent ouvrage, de par le constant

appui qu'il prend sur le droit positif, de constituer pour les praticiens un précieux instrument de référence. Son ouverture, indispensable, sur le droit comparé, auquel il consacre de nombreux aperçus sans alourdir à l'excès une monographie de droit international privé suisse, sa connaissance des problèmes juridiques « européens », sont un autre mérite de l'auteur, qui a eu le privilège, notons-le en passant, de bénéficier des conseils de notre collègue et ami le professeur Berthold Goldman, de la Faculté de Droit de Paris. C'est, pour un directeur de thèse, un devoir des plus agréables, en ces circonstances, que celui de préfacier l'ouvrage d'un brillant élève, dont les juristes suisses et étrangers ne manqueront pas, après l'avoir lu, d'espérer d'autres écrits de qualité.

Pierre LALIVE,

Professeur à la Faculté de Droit et à l'Institut
des Hautes Etudes Internationales de Genève.

Associé de l'Institut de Droit International.

AVANT-PROPOS

La reconnaissance des sociétés est un sujet si vaste, si âprement débattu par la doctrine internationale et si peu traité par la doctrine suisse que le fait de lui consacrer une étude a, avant tout, exigé une certaine dose de courage. Ce courage je le dois pour une grande part à M. le Doyen Pierre LALIVE, Professeur à la Faculté de Droit et à l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales de Genève, à son exemple de dynamisme et à son soutien constant. Je lui exprime ma profonde gratitude pour ses directives et ses conseils.

Mes remerciements vont aussi à M. Alain HIRSCH, Professeur à la Faculté de Droit et Directeur du Centre d'Etudes Juridiques Européennes de Genève, qui m'a incité à sortir des chemins battus pour tenter l'analyse des aspects pratiques et de technique juridique de la notion de reconnaissance.

J'avoue volontiers que ce n'est pas sans émotion que j'ai reçu les observations de M. Berthold GOLDMAN, Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris, auteur du projet de convention C.E.E. sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales, qui est l'un des plus grands spécialistes actuels de la question. Je lui exprime ma vive gratitude pour l'intérêt qu'il a manifesté pour mon travail ainsi que pour ses précieuses observations.

J'ai également bénéficié des conseils et des remarques de M. le Vice-doyen Herbert SCHÖNLE, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Genève, qui est l'auteur d'une étude sur la reconnaissance des personnes juridiques régies par le droit du Liechtenstein (cf. note n° 15), dont les enseignements me furent extrêmement précieux. J'associe aux remerciements que je lui adresse M. Louis DALLÈVE, Chargé de Cours à la Faculté de Droit de l'Université de Genève.

Il me plaît aussi de remercier les bibliothécaires de la Faculté de Droit de Genève, dont j'ai toujours apprécié la très grande amabilité.

J. F. P.

Genève, octobre 1969.

ABRÉVIATIONS

A.C.F.	Arrêté du Conseil fédéral.
Annuaire	Annuaire de l'Institut de droit international, Bâle.
A.T.F. (RO)	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel, Lausanne.
Bl.f.ZHR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zurich.
Bull. sten. (CN ou CE)	Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale. (Actuellement Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale.) CN : Conseil National. CE : Conseil des Etats.
E.G.B.G.B.	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche du 18 août 1896.
F.F.	Feuille fédérale, Berne.
ILA Report	The International law association Report, Londres.
Journal Clunet ...	Journal du droit international, Paris.
J.T.	Journal des Tribunaux, Lausanne.
L.P.	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 11 avril 1889.
L.R.D.C.	Loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour, du 25 juin 1891.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München und Frankfurt am Main.
O.R.C.	Ordonnance sur le registre du commerce du 7 juin 1937.
P.G.R.	Das Personen- und Gesellschaftsrecht du 20 janvier 1926 (Principauté du Liechtenstein).
Rabels Z.	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Berlin et Tübingen.
R. critique	Revue critique de droit international privé, Paris.
Répert.	Répertoire de droit international (A. de Lapradelle, J.-P. Niboyet), Paris.
R.O.	Recueil officiel des lois et ordonnances fédérales. Chancellerie fédérale, Berne.

R.S.	Recueil Systématique, Chancellerie fédérale, Berne.
S.A.G.	Die schweizerische Aktiengesellschaft, la société anonyme suisse, Zurich.
S.J.	La Semaine judiciaire, paraissant à Genève ; Revue de jurisprudence, Genève.
S.J.Z.	Schweizerische Juristen-Zeitung (Revue Suisse de Jurisprudence), Zurich.
Z.B.J.V.	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Revue de la société des juristes bernois), Berne.
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Stuttgart.
Z.S.R.	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Revue de droit suisse), Bâle.

INTRODUCTION

La théorie générale de la reconnaissance internationale des sociétés n'est pas à refaire. Particulièrement depuis le début du siècle, de très nombreux auteurs se sont exprimés sur ce sujet sans d'ailleurs l'épuiser tout à fait puisque la controverse reste vive actuellement et porte même sur l'utilité du concept autonome de « reconnaissance » des sociétés.

Nous n'avons pas l'intention de procéder à une compilation et à une exégèse détaillée de tous ces écrits. Le travail serait fastidieux et sans grand intérêt car les aspects théoriques de la question ont suscité tant de prises de position contradictoires et tant de tentatives de justification antinomique que leur relation ne pourrait donner qu'une impression générale de confusion.

A l'instar d'autres questions controversées célèbres, la solution des problèmes posés par la reconnaissance internationale des sociétés doit être avant tout envisagée sous l'angle des exigences de la pratique des affaires et de la sécurité du droit. Aussi nous paraîtra-t-il nécessaire de consacrer la partie la plus importante de notre étude aux aspects de technique juridique des questions soulevées. Il ne faudra pas y voir la marque d'un mépris pour l'analyse abstraite des concepts juridiques mais plutôt la volonté de faire subir à ces grands principes le choc de la réalité.

La notion de reconnaissance et toutes les questions juridiques qui lui sont liées ont fait l'objet d'une littérature très abondante ; par contre, l'étude des incidences concrètes des théories adoptées est insuffisante et même dans une large mesure inexistante.

Les problèmes de technique juridique nombreux qui sont liés à la mise en œuvre de la théorie de la reconnaissance par les diverses instances judiciaires ou administratives nous paraissent mériter une étude qui permettra peut-être de juger des principes fondamentaux en fonction de leurs effets pratiques.

Il sera donc nécessaire de présenter la théorie générale de la reconnaissance d'une manière abrégée. Le titre premier sera consacré

à l'étude du concept de reconnaissance. Nous tenterons de dégager les bases théoriques utiles à nos développements. Il sera également nécessaire de donner un aperçu des solutions proposées par la doctrine internationale et le droit comparé afin de situer les solutions du droit international privé suisse des sociétés dans leur contexte général.

Le concept de reconnaissance possède, nous le montrerons, une fonction autonome. Il en sera assurément ainsi tant qu'il existera côte à côte plusieurs ordres juridiques souverains. Il s'avère cependant que l'ordre juridique « reconnaissant » possède dans son système de conflit de lois une règle de rattachement qui désigne le droit régissant la société. La mise en œuvre du concept de reconnaissance implique donc, en vertu d'une liaison logique nécessaire, l'usage d'une règle de rattachement. Le titre deuxième sera consacré à l'ensemble des questions qui ont trait au rattachement des sociétés.

La reconnaissance d'une société étrangère entraîne à titre d'effet, l'application du droit étranger qui régit la société pour tout ce qui a trait à son statut personnel. C'est cet aspect qui sera traité au titre troisième. Nous montrerons que le droit étranger qui régit la société a une vocation générale à l'application dans l'ordre juridique « reconnaissant ». Nous mettrons également en évidence les possibilités de conflit entre l'ordre juridique étranger qui régit la société et le droit local. Dans le but d'illustrer l'importance et la portée pratique des notions juridiques qui auront été préalablement retenues, il sera alors nécessaire de mettre en évidence un certain nombre de cas d'application du statut personnel de la société. Nous n'aurons aucunement l'ambition d'être exhaustif sur la question. On ne pourrait d'ailleurs l'être qu'en écrivant un manuel complet de droit international des sociétés. Notre ambition est plus limitée. Nous nous contenterons d'illustrer par les exemples les plus importants, les effets de la reconnaissance internationale des sociétés.

TITRE PREMIER

LA RECONNAISSANCE DES SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES

CHAPITRE PREMIER

JUSTIFICATION THÉORIQUE ET DÉFINITION DU CONCEPT DE RECONNAISSANCE

§ 1. FONDEMENT THÉORIQUE.

Pour les personnes physiques, l'existence résulte d'un fait, celui de la naissance. Il n'en a cependant pas toujours été ainsi. En droit romain, les esclaves étaient des hommes sans être des personnes. Mais actuellement, comme le dit Carbonnier,¹ « ... l'existence est conditionnée par des données biologiques, dont le droit ne peut que très exceptionnellement se déprendre ». Celle-ci leur confère la jouissance des droits civils. Par contre, pour les personnes morales, l'existence ne peut résulter d'un fait. La réunion d'un certain nombre d'individus est impuissante, à elle seule, à faire naître une personne morale. Il faut davantage que des volontés réunies, il faut un cadre juridique qui s'insère dans un système légal. L'existence est une qualité que la personne morale ne peut acquérir que par la volonté du législateur, et tant que celle-ci n'est pas intervenue il n'y a qu'une réunion de personnes physiques, toutes individuellement capables, mais nullement une collectivité ayant des droits et des obligations propres.

Les divers législateurs nationaux ont promulgué dans leur ordre juridique respectif des dispositions légales en vertu desquelles les sociétés naissent à la vie juridique. Quelle sera l'attitude de l'un de ces divers ordres juridiques nationaux face aux sociétés qui doivent leur existence à la volonté d'un législateur étranger ? Examiner cette question, c'est poser le problème de la reconnaissance internationale des sociétés.

¹ Jean Carbonnier, Droit civil I, 7^e éd., Paris 1967, p. 167.

A) *La reconnaissance en général.*

La notion de reconnaissance n'est pas exclusivement utilisée en droit international privé des sociétés. Un problème de reconnaissance est susceptible de se poser à l'encontre de tout acte ou effet juridique survenu selon le droit étranger. On parle de la reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger, de la reconnaissance des jugements prononcés à l'étranger, etc., etc. Le Professeur Rigaud a recherché le fondement commun de ces diverses acceptions en droit international privé.² L'idée est toujours fondamentalement la même ; elle réside en une prise en considération par l'ordre juridique reconnaissant des effets juridiques survenus sous l'égide d'une loi étrangère.

B) *La reconnaissance des sociétés étrangères est-elle fonction de la théorie de la personnalité morale ?*

Cette définition du concept général convient en particulier pour la reconnaissance des sociétés étrangères car, en parlant « d'effets juridiques survenus à l'étranger », on laisse ouverte la question de savoir si la loi étrangère prise en considération a permis la création d'entités qui revêtent le caractère de « réalité » ou si, au contraire, elle n'a souffert que l'avènement de « pures fictions ».

On a en effet souvent recherché une liaison nécessaire entre la théorie de la personnalité morale et la doctrine de la reconnaissance.³ On peut concevoir que les tenants de la théorie de la fiction n'admettent pas la reconnaissance des personnes morales étrangères, car pour ceux-ci les corporations sont des êtres fictifs, de pures créations de la loi, qui n'ont d'existence que dans les limites du territoire soumis à la loi qui les a créées. Elles cessent d'exister en franchissant la frontière.⁴ Si, au contraire, la personnalité morale est considérée comme une « réalité », elle ne peut être ignorée à l'étranger, tant il est vrai, comme le dit Batiffol⁵ que « la négation d'une réalité n'est

² François Rigaux, Les personnes morales en droit international privé, dans : Annales de Droit et de Sciences Politiques, tome XXIV n° 4, p. 241 ss. (Publications de l'Université catholique de Louvain).

³ Cf. à ce sujet A. Pillet, Des personnes morales en Droit international privé, Paris 1914, p. 17 ss.

⁴ Cf. dans ce sens André Weiss, Manuel de Droit international privé, 9^e éd., Paris 1925, p. 325 ss.

⁵ Henri Batiffol, Traité élémentaire de Droit international privé, Paris 1967, p. 236.

pas d'une bonne méthode juridique, ni même simplement intellectuelle. »⁶

On peut cependant douter que la justification théorique de la reconnaissance internationale des sociétés étrangères suppose nécessairement une prise de position concernant ce célèbre mais embarrassant conflit de doctrines.⁷ Il est tout d'abord douteux que la théorie de la fiction conduise au refus systématique de la reconnaissance des sociétés étrangères. Même si l'on se base sur les principes de cette doctrine, on ne voit pas pour quels motifs l'ordre juridique reconnaissant ne tiendrait pas compte des fictions juridiques créées par un ordre juridique étranger. Les fictions sont nombreuses dans tous les droits. Le problème de leur reconnaissance internationale n'a jamais posé de difficultés particulières.

Enfin, il faut également constater que le système de la réalité des personnes morales n'entraîne pas automatiquement, par le jeu d'une simple conséquence d'ordre logique, la reconnaissance internationale des personnes morales.⁸ Un ordre juridique peut aussi ignorer une « réalité » étrangère, ou plus exactement refuser d'en reconnaître les effets sur son territoire et dans sa sphère d'influence. Cette constatation montre bien que la théorie de la réalité n'implique pas comme conséquence automatique la reconnaissance internationale des sociétés étrangères.

En tout état, que la société soit une fiction ou, au contraire, une réalité, la reconnaissance de son existence à l'étranger n'est fonction que de l'attitude de l'ordre juridique « reconnaissant » qui, en vertu de sa souveraineté, donne à la question la solution qu'il choisit. On en conclut que la théorie de la personnalité morale est sans influence directe sur la théorie de la reconnaissance internationale des sociétés.⁹

⁶ Cf. pour la justification de ce point de vue A. Lainé, Des personnes morales en Droit international privé, dans : *Journal Clunet* 1893, p. 273 ss., notamment p. 277. Cf. également W. von Steiger, *Die Handelsgesellschaften im Internationalen Privatrecht*, dans : *ZBJV* 1931, p. 249 ss., notamment p. 256.

⁷ Pour un examen détaillé de la question cf. Y. Loussouarn, La condition des personnes morales en Droit international privé, dans : *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, La Haye 1959, tome 96, p. 510.

⁸ Cf. J.P. Niboyet, *Cours de droit international privé à l'usage des étudiants de licence et de doctorat*, Paris, Recueil Sirey 1946, n° 356, p. 319.

⁹ Cf. dans ce sens M. Leven, De la nationalité des sociétés et du régime des sociétés étrangères en France, Paris 1926, p. 193 ss. ; L. Rigaud, dans *Répert.*, tome X, sous « Personnes morales », p. 226 ; B. Grossfeld, *Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen*, dans *Rabels Z.* 1967, p. 5.

On peut laisser ouverte la question de savoir si la théorie de la personnalité morale joue peut-être indirectement un certain rôle. La théorie de la fiction implique une certaine hostilité à l'encontre de l'idée de la personnalité morale. La théorie de la réalité lui est au contraire très favorable. On retrouvera donc très probablement les partisans de la théorie de la réalité parmi ceux qui sont favorables à une conception libérale de la reconnaissance, alors que l'on retrouvera les tenants de la théorie de la fiction parmi ceux qui défendent une conception restrictive.

C) *La reconnaissance des sociétés étrangères
est-elle fonction de la théorie des droits acquis ?*

Werner von Steiger¹⁰ invoque, pour justifier la reconnaissance internationale des sociétés étrangères, la doctrine française du respect international des droits acquis.

Pillet¹¹, qui fait de la théorie de la reconnaissance internationale des droits acquis le fondement du droit international privé, a effectivement proposé de justifier la reconnaissance des sociétés étrangères par cette doctrine dont il s'était fait l'ardent défenseur. « ... La personne morale nous offre l'exemple d'une situation juridique établie suivant les préceptes d'une législation donnée, dont résulte pour les intéressés toute une série de droits et de devoirs. Cette situation doit prolonger ses effets dans le domaine des relations internationales... De là est venu le principe du respect international des droits acquis, principe en vertu duquel, lorsqu'un droit a été régulièrement acquis, c'est-à-dire lorsqu'il a été acquis en conformité de la loi compétente,... ce droit peut être invoqué partout. Il n'y a pas de frontières pour lui, et la personne est admise à le faire valoir en tout lieu où elle peut y avoir intérêt. »

On sait que la théorie des droits acquis fut et est encore vigoureusement battue en brèche.¹² Elle est, pour la solution des problèmes que nous nous posons, inutile, et même très probablement inexacte. Nous montrerons plus bas (cf. page 17 ss.) que la solution donnée par les différents ordres juridiques au problème de la reconnaissance

¹⁰ W. von Steiger, *op. cit.*, note n° 6, p. 256.

¹¹ Cf. *op. cit.*, note n° 3, p. 46.

¹² Cf. Batiffol, *op. cit.*, note n° 5, p. 371.

internationale des sociétés étrangères, est susceptible de varier d'un Etat à l'autre. Chaque ordre juridique national contient ses propres règles de droit positif concernant la reconnaissance des sociétés étrangères. Il est exact que parfois, ces règles légales, jurisprudentielles ou tout simplement coutumières, n'impliquent pas autre chose que la reconnaissance générale de toute société régie par le droit étranger. Il n'en est cependant pas moins vrai que cette reconnaissance intervient par la vertu d'une norme qui appartient au droit positif de l'Etat reconnaissant. L'existence même de cette norme rend inutile, voire inexacte, l'application de la théorie des droits acquis, laquelle implique une reconnaissance générale et automatique, dont le fondement s'inscrit, semble-t-il, dans le droit naturel. Partout, la reconnaissance intervient en vertu d'une règle de droit positif. Nous devons dès lors nous contenter de la mettre en évidence et d'en étudier les effets. Le respect international des droits acquis joue probablement un rôle important au niveau de la *ratio legis* de la norme de droit positif, mais, contrairement à ce qu'affirme Pillet, ce principe ne se substitue pas à ladite règle. Le point n'est pas sans importance pratique. Si, dans un ordre juridique déterminé, la reconnaissance intervient à titre d'effet d'une norme de droit positif, le législateur national a la compétence de modifier, voire de supprimer cette norme. Par contre, si elle intervient à titre de conséquence d'un principe universel du droit des gens qui, semble-t-il, tire son fondement du droit naturel, le législateur national n'a pas ce pouvoir. Cette constatation nous amène à nous demander comment Pillet et les auteurs qui, à sa suite, fondent la reconnaissance sur la théorie des droits acquis, concilient l'existence de la loi française de 1857 (cf. *infra* p. 18) soumettant la reconnaissance des sociétés étrangères à l'exigence d'un décret collectif, avec la doctrine qu'ils soutiennent, laquelle implique la reconnaissance automatique de toute société régulièrement constituée selon le droit étranger.

On ne peut nier que le respect international des droits régulièrement acquis à l'étranger soit effectivement l'un des principaux objectifs du droit international privé. Encore ne faut-il pas perdre de vue qu'il appartient aux différents ordres juridiques nationaux de pourvoir à sa mise en œuvre et à son application effective. On peut donc conclure que si le respect international des droits régulièrement acquis à l'étranger est le but, ou plutôt l'un des buts, poursuivi par la règle de droit positif qui définit les modalités de la reconnaissance, il ne constitue par contre pas l'essence de cette règle.

D) *Les différents types de normes dont découle la reconnaissance internationale des sociétés.*

On classe souvent les règles de reconnaissance internationale des sociétés en trois catégories¹³.

1. De nombreux Etats reconnaissent d'une manière générale et « de plein droit » les sociétés régies par le droit étranger. La terminologie varie. On parle de reconnaissance « de plano »¹⁴ ou « de jure », ou encore de « reconnaissance générale »¹⁵. La caractéristique du système est donc l'absence de nécessité d'une décision individuelle de reconnaissance. Celle-ci intervient a priori et directement, (de plano), c'est-à-dire sans décision administrative ou judiciaire. La société étrangère peut se prévaloir de son existence dans l'Etat reconnaissant, pourvu qu'elle « existe » selon un ordre juridique étranger déterminé. L'ordre public de l'Etat reconnaissant demeure évidemment réservé.

Nous verrons plus bas que de nombreux Etats, dont la Suisse, appliquent ce système (cf. page 24 ss.), qui favorise largement la liberté des échanges internationaux et est le plus libéral. Gardons cependant à l'esprit que ce type de reconnaissance se caractérise par la présence, dans l'ordre juridique reconnaissant, d'une norme de droit positif autorisant la reconnaissance des sociétés étrangères. Dans chaque Etat, l'existence d'une telle règle doit être démontrée. Ce système n'est donc pas, comme on le croit trop fréquemment, celui de l'absence de règle concernant la reconnaissance. L'inexistence de règle de « défense » ne met pas en évidence une absence de règle concernant la reconnaissance, mais la présence d'une règle « permissive ». Ce point est important car il nous contraindra, dans notre analyse concernant le droit suisse, à apporter la démonstration de l'existence d'une règle « permissive » impliquant la reconnaissance générale des sociétés étrangères. Nous ne pourrions pas nous contenter de la constatation de l'absence de règle de « défense ».

2. On oppose à cette doctrine de tendance libérale le système du « décret collectif », instauré par la loi française du 30 mai 1857.

¹³ La même classification est adoptée par C. Ruhland, Le problème des personnes morales en droit international privé, dans : Recueil des cours de l'Académie de Droit international 1933 III (tome 45), p. 451 (65) et par Grossfeld, *op. cit.*, note n° 9, p. 8.

¹⁴ Loussouarn, *op. cit.*, note n° 7, p. 512.

¹⁵ « Generelle Anerkennung » chez H. Schönle, Die Anerkennung liechtensteinscher juristischer Personen in Deutschland, dans : N.J.W. 18 (1965), p. 1112 ss.

Selon cette loi qui est toujours en vigueur, la reconnaissance en France des sociétés anonymes étrangères est subordonnée à l'existence d'un décret comportant reconnaissance collective de toutes les sociétés anonymes régies par le droit d'un Etat étranger donné. Un traité international de reconnaissance supprime la nécessité de l'existence d'un décret collectif.¹⁶

3. Il subsiste logiquement une troisième possibilité, qui consiste en une prohibition générale de principe de la reconnaissance des sociétés étrangères. Selon ce système, les sociétés étrangères ne sont simplement pas susceptibles de reconnaissance. Selon une variante plus usuelle, les sociétés étrangères ne pourraient se prévaloir de l'existence qu'après avoir été individuellement reconnues par décision du pouvoir exécutif¹⁷ (pour les exemples, cf. *infra* p. 21).

§ 2. CONTENU ET DÉFINITION DE LA NOTION DE RECONNAISSANCE.

Les divers systèmes exposés ci-dessus ont en commun l'idée fondamentale qui est à la base de la notion de reconnaissance. L'enjeu est toujours le même et n'est autre que « l'existence » du sujet de droit étranger dans l'ordre juridique reconnaissant. Il faut prendre en considération la nécessaire connexité qui lie la notion de reconnaissance à celle d'existence. La reconnaissance, c'est le problème de l'existence, mais examiné et tranché dans l'ordre juridique reconnaissant, et par référence à l'ordre juridique étranger. Reconnaître un sujet de droit étranger c'est prendre en considération le droit étranger qui confère l'existence aux entités juridiques qu'il régit. Wang¹⁸ propose l'excellente définition suivante :

Mit der Anerkennung nimmt der Staat Kenntnis von der rechtlichen Existenz einer Gesellschaft, die ihre Rechtspersönlichkeit aus einer fremden Rechtsordnung ableitet.

Cette définition fait ressortir d'une manière très claire, grâce au verbe allemand « ableiten », l'idée fondamentale qui est à la base du concept de reconnaissance, qui est cette prise en considération d'un sujet de droit étranger, « déduite » d'une référence à ce droit.

¹⁶ Concernant le domaine d'application et l'interprétation de la loi du 30 mai 1857 cf. Loussouarn, *op. cit.*, note n° 7 et *infra* p. 17.

¹⁷ Cf. Grossfeld, *op. cit.*, note n° 9, p. 9 et la lit. ment.

¹⁸ Mario Wang, *Die europäische Aktiengesellschaft in der E.W.G.*, Fribourg 1964, p. 117.

En transposant la même idée, nous proposons la définition suivante de la reconnaissance d'une société étrangère :

La reconnaissance d'une société étrangère est la prise en considération, par l'ordre juridique reconnaissant, de l'existence d'une société qui déduit sa qualité de sujet de droit de l'ordre juridique étranger compétent pour la régir.

§ 3. LIAISON LOGIQUE ENTRE LE CONCEPT DE RECONNAISSANCE ET LA RÈGLE DE RATTACHEMENT.

La définition posée nous incite à nous demander quel est l'ordre juridique étranger compétent pour régir la société étrangère. La réponse est évidente, ce ne peut être que celui qui est désigné par la règle de rattachement du système de conflit de lois de l'Etat reconnaissant. Voilà, mise en évidence, la nécessaire liaison logique existant entre le concept de reconnaissance et la règle de conflit de lois.

Si le concept de reconnaissance appartient au droit international privé, c'est en vertu de cette liaison. C'est la règle de rattachement de l'ordre juridique reconnaissant qui doit désigner l'Etat étranger dont la loi régit la société étrangère, et en vertu de laquelle elle existe. Il apparaît clairement que le principe de la reconnaissance internationale des sociétés est vide de sens s'il n'est accompagné d'une règle de rattachement. On ne peut en effet reconnaître qu'une société étrangère existant en vertu d'un ordre juridique étranger déterminé, et c'est la règle de rattachement qui le détermine. Cette impérieuse nécessité d'ordre logique explique que l'on ait très fréquemment, en doctrine et en jurisprudence, confondu le problème de la reconnaissance avec celui du rattachement des sociétés étrangères, ou plutôt, pensé pouvoir résoudre totalement l'un par l'autre. Cette confusion existe notamment dans les pays qui, comme la Suisse (cf. pages 24 ss.), connaissent le système de la reconnaissance générale des sociétés étrangères. Il suffit, dans ces pays, d'effectuer le rattachement de la société au moyen de la règle de conflit de lois, et l'on peut ensuite sans autre considérer, l'ordre juridique la régissant étant déterminé, que la société est reconnue. On en vient alors à perdre de vue que cette reconnaissance intervient en vertu de la règle qui autorise la reconnaissance des sociétés régies par le droit étranger, la règle de rattachement ne constituant qu'un instrument destiné à déterminer ce droit.

Drobnig¹⁹ estime que le concept de reconnaissance pris isolément ne recouvre rien :

Im modernen Schrifttum zum internationalen Gesellschaftsrecht hat sich denn auch immer stärker die Auffassung durchgesetzt, dass die Anerkennung einer ausländischen juristischen Person und die Anwendung der Kollisionsnorm für ihr Personalstatut heute identisch sind.

Il est exact qu'entre les Etats qui admettent la reconnaissance générale, seuls les problèmes de conflit de lois subsistent. La règle de la reconnaissance s'applique si souvent et si automatiquement qu'on en vient à oublier jusqu'à son existence. Cette omission ne doit cependant pas être érigée en doctrine ! Le concept de reconnaissance reprend toute son utilité pratique dans les rapports entre les pays dont l'un ne connaît pas la règle de la reconnaissance générale (cf. *infra* p. 21). Drobnig estime que le concept autonome de la reconnaissance est un archaïsme qui tire sa source de conceptions juridiques qui avaient cours au XIX^e siècle. Encore faudrait-il montrer qu'elles n'ont plus cours actuellement. Au XIX^e siècle comme aujourd'hui, un effet juridique ne peut survenir que par la vertu d'une règle de droit. Si une société étrangère est reconnue dans un pays tiers, c'est en vertu d'une règle de reconnaissance que contient l'ordre juridique de ce pays. On ne voit pas ce que l'étude des problèmes liés à cette règle a d'archaïque. Il est d'autre part erroné d'affirmer que les conceptions fondées sur l'inutilité d'une analyse du concept autonome de reconnaissance, sont dominantes dans la doctrine moderne. D'ailleurs les conventions récentes sur le sujet (cf. *infra* p. 56 ss.) font état, dans leur intitulé déjà, de la notion de reconnaissance. Un tel résultat eut été impossible si l'affirmation de Drobnig s'était avérée fondée.

La distinction qu'il y a lieu de faire entre la reconnaissance, d'une part, et le rattachement d'autre part, est plus aisée si l'on part du système instauré par la loi française de 1857. Un arrêt de la Cour de Cassation française²⁰ décide que l'ancien traité franco-suisse de l'an XII, qui reconnaissait le droit d'ester en justice aux sociétés suisses, n'impliquait pas leur reconnaissance préalable. Cette décision illustre bien l'intérêt qu'il y a à dissocier la reconnaissance du ratta-

¹⁹ Ulrich Drobnig, Kritische Bemerkungen zum Vorentwurf eines E.W.G.-Übereinkommens über die Anerkennung von Gesellschaften, dans : ZHR Band 129 (1967), p. 93.

²⁰ Arrêt de la Caisse franco-suisse, cité et partiellement reproduit par Pillet, *op. cit.*, note n° 3, p. 57 note n° 1.

chement. L'ancien traité autorisait les sociétés suisses à ester en justice. Leur qualité de sujets de droit suisse est un problème de conflit de lois, qui doit être tranché par le droit international privé français. La question de la reconnaissance en France de ces sujets de droit suisse en est une autre, qui doit être examinée séparément.²¹

§ 4. LIAISON ENTRE LES CONCEPTS DE RECONNAISSANCE ET D'EXISTENCE.

Nous avons défini la reconnaissance comme la prise en considération, par l'ordre juridique reconnaissant, de la société qui « existe » selon le droit étranger. Pour qu'il puisse y avoir reconnaissance, il faut donc que l'ordre juridique désigné par la règle de rattachement de l'Etat reconnaissant régit « effectivement » la société étrangère. Il faut, en termes de conflit de lois, que l'ordre juridique étranger « accepte » sa compétence et régit effectivement la société à reconnaître. S'il rejette cette désignation, il ne peut évidemment pas y avoir reconnaissance, puisque nous avons posé que la reconnaissance n'est autre chose qu'une prise en considération d'une existence « déduite » du droit étranger compétent.

Cet examen selon le droit étranger de l'existence du sujet de droit candidat à la reconnaissance, est une démarche d'une grande importance pratique. La jurisprudence suisse s'est de tout temps livrée à un examen extrêmement attentif de la question de l'existence, selon le droit étranger, du candidat à la reconnaissance. Elle refuse la reconnaissance des sociétés étrangères qui n'ont pas ou qui n'ont plus d'existence, selon le droit qui les régit (cf. infra p. 156).

²¹ Sur la nécessité de la distinction entre reconnaissance et rattachement cf. B. Goldman, Le projet de convention entre les Etats membres de la C.E.E. sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales, dans : *Rabels Z.* 1967, p. 201 ss., notamment 207.

CHAPITRE II

RELATIONS DE LA NOTION DE RECONNAISSANCE AVEC LES DIVERSES DISCIPLINES JURIDIQUES

§ 1. LA DÉMARCHE CONDUISANT A LA RECONNAISSANCE D'UNE SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE.

Nous sommes maintenant à même de constater que la reconnaissance est une notion complexe, qui implique la prise en considération de trois éléments distincts mais connexes, et interférant les uns sur les autres :

1. Il y a tout d'abord l'aspect « permissif » de la reconnaissance. Il s'agit du concept de la reconnaissance au sens où nous l'avons défini plus haut. Nous avons affirmé que les différents ordres juridiques contiennent une règle de droit, légale, jurisprudentielle ou coutumière, par la vertu de laquelle la reconnaissance des sociétés régies par le droit étranger est, soit généralement admise, soit possible à certaines conditions, soit exclue. Cette règle s'apparente non seulement au droit international privé, mais aussi au domaine de la « condition des étrangers », puisqu'elle implique une décision concernant les droits des étrangers (en l'occurrence le droit à l'existence dans l'ordre juridique reconnaissant).
2. Vient ensuite la mise en œuvre de la règle de rattachement et la désignation par elle du droit étranger qui régit la société. Cette phase est celle qui attache le plus spécifiquement la reconnaissance au droit international privé.
3. Il y a enfin l'aspect de droit étranger à proprement parler, qui est l'examen de la question de savoir si l'ordre juridique étranger désigné

par la règle de rattachement « accepte sa désignation » et régit effectivement la société étrangère²².

La compréhension de la vraie nature du concept de reconnaissance passe par l'étude des nécessaires interférences de ces trois éléments.

§ 2. LA RECONNAISSANCE, LE DROIT A L'ÉTABLISSEMENT ET L'EXERCICE DE L'ACTIVITÉ SOCIALE.

Une société étrangère reconnue n'acquiert pas pour autant le droit d'exercer son activité dans l'Etat reconnaissant, pas plus que celui de s'y établir ou d'y réclamer une « condition » ou un traitement égal à celui des nationaux. Il y a lieu d'établir ici une distinction. La personne juridique étrangère reconnue « existe » dans l'ordre juridique reconnaissant, elle est de ce fait soumise à l'ensemble des dispositions de droit public qui limitent ou, au contraire, autorisent l'établissement des étrangers et l'activité sociale. On peut donc affirmer que la reconnaissance est un préalable indispensable, une condition au droit d'établissement et d'exercice de l'activité des sociétés étrangères. Il se produit aussi que les traités d'établissement eux-mêmes tranchent la question de la reconnaissance (pour les exemples, cf. infra p. 29). La reconnaissance est alors accordée en même temps que le droit à l'établissement.²³

§ 3. LA « NATIONALITÉ » DES SOCIÉTÉS.

L'usage généralisé du terme de « nationalité » pour les sociétés s'est répandu à l'époque où la théorie de la réalité des personnes morales a commencé à être en vogue. La société étant une réalité indépendante, on comprend qu'on ait cherché à lui conférer, à l'instar des personnes physiques, une « nationalité »²⁴.

²² Cette formule est commode mais cependant inexacte. Il n'y a ni « désignation », ni « acceptation » à proprement parler, mais examen, de la compétence du droit étranger, selon ses propres normes.

²³ Cf. M. Sauser-Hall, La situation juridique des étrangers en Suisse, dans : Bulletin de la Société de législation comparée, tome 50, p. 243 ; B. Goldman, La reconnaissance mutuelle des sociétés dans la Communauté Economique Européenne, dans : Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière, Paris 1964, p. 176 ; Drobnig, *op. cit.*, note n° 19, p. 100.

²⁴ Concernant l'évolution historique dans l'usage de ce concept, cf. Lousouarn, *op. cit.*, note n° 7, p. 453 ss. et la lit. ment.

On s'est cependant vite rendu compte du fait que la « nationalité » ne résoud pas les problèmes de conflits de lois, puisqu'il faut encore choisir le critère qui la détermine. Pour les personnes physiques, le « jus soli » ou le « jus sanguinis » déterminent la « nationalité » avec précision et celle-ci est déduite d'un fait. L'analogie n'existe pas vraiment pour les personnes morales et l'usage du terme « nationalité » n'est d'aucune utilité pour la détermination du droit applicable.

Partisans et adversaires de l'usage de ce terme s'affrontent en doctrine, et l'on peut bien dire qu'il s'agit d'une des controverses les plus fameuses du droit international privé. Nous serions cependant tenté de minimiser l'importance de ce conflit de doctrines, qui n'est peut-être qu'un conflit de terminologie.

Pillet, en 1914 déjà²⁵, refuse l'usage de ce terme et constate « qu'on a en réalité absolument confondu à l'égard des sociétés les deux notions de nationalité et de domicile, de telle sorte que ce que l'on appelle nationalité des sociétés n'est en réalité qu'une espèce de domicile ».

Les attaques contre la « nationalité » des personnes morales sont reprises et développées par Pepy²⁶, et surtout par Niboyet²⁷.

Les nombreuses objections avancées par ces auteurs ont en tout cas eu le mérite d'attirer l'attention sur les dangers de l'usage de cette notion, dont la nature et les effets pour les personnes morales sont à tout le moins mal définis. Nous sommes d'avis qu'un concept juridique doit avoir une fonction bien définie. Or, ce terme n'apporte aucune précision en droit international privé. La « nationalité » n'est pas une règle de conflit de lois, mais, au contraire, en présuppose une. Ce terme n'est donc pas nécessaire pour les besoins du droit international privé.

Il est cependant évident que l'usage du terme « nationalité » est extrêmement fréquent. Tant la jurisprudence que la doctrine ont utilisé et utilisent encore cette expression dans le domaine des conflits de lois, en prenant le soin il est vrai, ce qui est une nécessité d'ordre logique, de la définir en adoptant une règle de rattachement qui la détermine.

²⁵ Cf. *op. cit.*, note n° 3, p. 123.

²⁶ André Pépy, De la nationalité des Sociétés de commerce, thèse Paris 1920.

²⁷ J.-P. Niboyet, Existe-t-il vraiment une Nationalité des Sociétés, dans : *Revue de Droit international privé*, Année 1927 (tome XXII), p. 402 ss.

Cependant, les auteurs de droit international public utilisent, eux aussi, la notion de nationalité des sociétés ²⁸.

Si l'on croit devoir utiliser ce terme, l'on en vient alors à se demander avec de Hoche pied ²⁹ s'il n'existe pas pour le moins deux nationalités des sociétés, l'une de droit privé, l'autre de droit public. C'est cette ambiguïté terminologique qui incite souvent les auteurs modernes à préférer le terme d'« allégeance » à celui de « nationalité ». Il sera question d'« allégeance juridique » lorsque sera évoqué le lien d'appartenance à l'ordre juridique désigné par la règle de rattachement (optique de droit international privé, la seule qui nous concerne dans la présente étude). Il sera par contre question d'« allégeance politique » lorsque c'est le lien d'appartenance politique qui est visé, dans une optique de droit international public (notamment en ce qui concerne la protection diplomatique). L'usage généralisé de cette terminologie aurait le bénéfice d'éviter toute ambiguïté ³⁰.

²⁸ Cf. P. Guggenheim, Nationalité des personnes morales et des sociétés commerciales, FJS n° 270 ; D. Bindschedler-Robert, FJS n° 270 a ; R.L. Bindschedler, Der Nationalitätwechsel der Aktiengesellschaft, thèse Zurich 1940 ; D. Bindschedler-Robert, La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires, dans : ZBJV. 1964 (tome 100), p. 141 ; J.P. de Hoche pied, La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires, Paris 1965 ; E. Schneeberger, Anonymität und Nationalität der Aktiengesellschaft, dans : ZBJV. 1944 (tome 80), p. 252 ; E. Wehrli-Bleuler, Zur Frage « Staatsangehörigkeit und diplomatischer Schutz », dans : SJZ 40 (1944), p. 84.

²⁹ de Hoche pied, *op. cit.*, note n° 28, p. 118 ss.

³⁰ S. Bastid, R. David etc., La personnalité morale et ses limites ; travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris. XVIII. Paris 1960, p. 159 ss.

CHAPITRE III

LA RECONNAISSANCE EN DROIT COMPARÉ

§ 1. LES DIVERSES SOLUTIONS NATIONALES.

L'étude de droit comparé qui va suivre nous permettra de mettre en évidence la diversité des solutions retenues par les différents ordres juridiques et de situer la solution suisse par rapport aux autres systèmes.

A) *La solution des pays anglo-saxons.*

En vertu d'une jurisprudence constante depuis 1724, la Grande-Bretagne pratique la reconnaissance générale³¹.

Cette reconnaissance « ipso jure » n'intervient cependant qu'à condition que le gouvernement du pays de création de la société soit reconnu par le gouvernement britannique³². Enfin, le domaine de cette reconnaissance générale est le plus large qu'il se puisse concevoir, puisqu'elle s'étend a priori à tout type de société étrangère.

La solution apportée au problème de la reconnaissance des sociétés étrangères est identique aux Etats-Unis³³.

B) *En France.*

En droit français, la situation est relativement complexe car la solution est variable en fonction du type de société étrangère candidate à la reconnaissance.

³¹ Cf. la réf. chez Ernst Rabel, *The conflict of Laws*, Chicago 1947, tome II, p. 129 n. 18.

³² Cf. Halsbury's *Laws of England* second Edition, London 1949, volume V, p. 931 n° 1577.

³³ De même en Autriche, au Brésil, en Grèce, aux Pays-Bas et en Espagne cf. Rabel, *op. cit.*, note n° 31, p. 133.

1. Les sociétés étrangères de personnes sont reconnues de plein droit en France depuis le Code civil et le Code de commerce ³⁴.
2. Par contre, en ce qui concerne les sociétés anonymes, la situation est moins simple. Nous avons déjà mentionné la loi du 30 mai 1857, dont voici le contenu :

Art. 1. — Les sociétés anonymes et les autres associations commerciales, industrielles ou financières qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement belge, et qui l'ont obtenue, peuvent exercer tous leurs droits et ester en justice en France, en se conformant aux lois de l'Empire.

Art. 2. — Un décret impérial, rendu en Conseil d'Etat, peut appliquer à tous les autres pays le bénéfice de l'article premier.

De très nombreux décrets ont été rendus conformément à l'article 2, et notamment pour la Suisse en date du 11 mai 1861 ³⁵. De ce fait, Loussouarn ³⁶ estime que le principe de la non-reconnaissance de plein droit des sociétés par actions se trouve à peu près complètement vidé de sa substance. Il n'est pas moins certain que ce principe subsiste en droit commun français et la nouvelle loi sur les sociétés commerciales ³⁷ n'abroge pas la loi du 30 mai 1857.

La France a, par ailleurs, signé la convention de La Haye du 1^{er} juin 1956 sur la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères. Elle a même ratifié cette convention le 30 juillet 1963 ³⁸. L'article premier de cette convention garantit la reconnaissance de plein droit des sociétés, associations ou fondations étrangères. La Cour d'appel de Paris estime, dans un jugement du 19 mars 1965 ³⁹, que le législateur français a fait siens, en la ratifiant, les principes de la convention. Gardons

³⁴ Cf. Communication de M. Y. Loussouarn concernant la Convention de La Haye sur la reconnaissance des personnes morales étrangères : Travaux du Comité français de Droit international privé (19^e et 20^e années), Paris, Dalloz 1960, p. 68.

³⁵ Pour une exégèse de la loi, cf. L.J.A. Grandperret, De la condition juridique en France des sociétés étrangères par actions, Thèse, Lyon 1893, p. 121 ss.

³⁶ Loussouarn, *op. cit.*, note n° 7, p. 73, note 30.

³⁷ Loi du 24 juillet 1966 n° 66-537 dans : Semaine juridique 1966, n° 32197.

³⁸ Etat des signatures et des ratifications au 15 mars 1967 cf. Revue critique 1967, p. 214.

³⁹ Bakalian et Hadjthomas c/ Banque Ottomane ; dans : Journal Clunet 1966, p. 117 ss. et Revue critique 1967, p. 84.

cependant à l'esprit que la convention de La Haye du 1^{er} juin 1956 n'est pas encore en vigueur, car seuls trois Etats à ce jour ont procédé à sa ratification. De plus, la convention ne sera applicable qu'entre les parties co-contractantes. Il ne nous paraît donc pas possible de soutenir que la ratification de cette convention apporte une modification du droit commun français de la reconnaissance des sociétés par actions.

3. La reconnaissance des associations étrangères pose de très délicats problèmes. La doctrine est divisée et la jurisprudence contradictoire. Loussouarn⁴⁰ émet le vœu que la convention de La Haye contribue à fixer le droit positif et entraîne à sa remorque le droit commun. Des difficultés identiques ou plus graves encore subsistent pour la reconnaissance des fondations étrangères.

C) *En République fédérale d'Allemagne.*

La reconnaissance des sociétés étrangères est garantie par un principe de droit coutumier⁴¹. L'art. 10 E.G.B.G.B. prévoyait cependant la nécessité d'une reconnaissance expresse par le ministre de l'Intérieur pour les associations (Vereine). Mais cette disposition a été abrogée par la « Vereinsgesetz » du 5 août 1964⁴².

D) *En Belgique et au Luxembourg.*

La reconnaissance des sociétés anonymes et des autres sociétés commerciales est garantie par les articles 196 et ss. de la loi du 18 mai 1873 concernant les sociétés commerciales. Ce principe s'étend aux sociétés étrangères de capitaux et de personnes, même si celles-ci sont d'un type inconnu en Belgique⁴³.

⁴⁰ Loussouarn, *op. cit.*, note n° 7, p. 74 note 30.

⁴¹ Cf. notamment G. Kegel, *Das internationale Privatrecht im Einführungsgesetz zum B.G.B.*, 9^e éd., Stuttgart 1961, p. 681 et la jurisprudence mentionnée ; L. Raape, *Internationales Privatrecht*, 5^e éd. Berlin und Frankfurt 1961, p. 199.

⁴² Cf. pour l'exégèse de cette disposition, Kegel, *op. cit.*, note n° 41, p. 677 ss. et M. Wolf, *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, 3^e éd. 1954, p. 116 ss. Concernant la reconnaissance des fondations, cf. : un arrêt du « Bundesgerichtshof » du 28.1.1960, dans : N.J.W. 1960 (II), p. 1204. En ce qui concerne les trusts, cf. *infra* p. 37.

⁴³ R. Abrahams, *Les sociétés en Droit international privé*, Paris-Liège 1957, p. 79 et la jurisprudence citée.

Par contre, la reconnaissance des sociétés de personnes de droit privé, dont l'objet est étranger au commerce, semble poser certains problèmes. La jurisprudence belge a fréquemment examiné la question concernant les sociétés civiles du droit français. Parce qu'en Belgique les sociétés civiles n'ont pas la personnalité juridique, les tribunaux belges ont hésité à reconnaître la personnalité des sociétés civiles du droit étranger. Cependant, la jurisprudence récente semble évoluer d'une manière favorable à la reconnaissance. Ainsi, alors qu'en 1932, le « Syndicat des producteurs du véritable Camembert de Normandie » s'est vu refuser la reconnaissance de l'existence, partant le droit d'ester en justice en Belgique ⁴⁴, la « Scotch Whisky Association » et l'« Association suisse des fabricants de bonneterie » ont été toutes deux reconnues en 1949 et 1950 ⁴⁵. La première de ces décisions invoque la réciprocité comme condition de la reconnaissance, la deuxième n'en fait aucune mention particulière.

Par contre, la reconnaissance des fondations étrangères ne semble pas devoir être garantie en Belgique ⁴⁶.

Enfin, il faut signaler que le droit belge refuse la reconnaissance de l'« Einmangesellschaft », pour des motifs tirés de l'ordre public ⁴⁷.

Au Luxembourg, la reconnaissance des sociétés étrangères est également garantie par une disposition légale, soit l'article 158 de la

⁴⁴ Arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 4 mai 1932, *Revue pratique des sociétés civiles et commerciales*, Louvain, 1932, p. 15, cf. à la suite de cet arrêt, sa critique par J. Goldseels.

⁴⁵ Cf. Tribunal correctionnel de Bruxelles du 30 novembre 1945, *Revue pratique des sociétés civiles et commerciales*, Louvain, 1950, p. 141 et Tribunal de commerce de Saint-Nicolas du 11 juillet 1950, même revue, 1951, p. 78.

⁴⁶ Cf. Tribunal civil de Bruxelles du 14 novembre 1911, *Princesse Louise de Belgique c/ Etat belge et divers*, dans : *Revue de Droit international privé* (A. Darras, A. de la Pradelle) 1913, p. 178. Cet arrêt est suivi d'une note très détaillée de Ch. de Visscher qui cherche à en limiter la portée. Il semble en effet que la fondation dont la reconnaissance fut refusée n'avait pas à l'étranger, mais bien en Belgique, son siège effectif, c'est-à-dire « le foyer de son activité normale et réelle ».

⁴⁷ Cf. Cour de Cassation de Belgique du 5 janvier 1911 : *Journal Clunet* 1912, p. 912 : « A supposer que la législation hongroise admette qu'une société a une existence morale en dehors de celui qui est propriétaire de toutes les actions, cette législation serait en Belgique contraire à l'ordre public. »

Idem Cour de Cassation de Belgique du 5 février 1911 : *Journal Clunet* 1914, p. 635 : « La loi belge, en autorisant les sociétés étrangères ... n'a pas dérogé à l'ordre public, qui exige que la Société étrangère réunisse les caractères essentiels prescrits aux Sociétés belges pour jouir de la personnalité civile... »

loi du 15 août 1915. Par ailleurs, la situation dans le Grand-Duché présente sur ce point beaucoup d'analogie avec le droit belge ⁴⁸.

E) *En Italie.*

En Italie, la reconnaissance de plein droit des sociétés étrangères est garantie sans limitation par un principe de droit coutumier ⁴⁹. Les articles 2505 à 2510 du Code civil italien présupposent également une reconnaissance de principe des sociétés régies par le droit étranger. La reconnaissance des sociétés étrangères de personnes ne pose aucun problème particulier ⁵⁰.

F) *Aux Pays-Bas.*

La reconnaissance de plein droit intervient également aux Pays-Bas en vertu d'un principe coutumier. Ce pays a, d'autre part, également ratifié la convention de La Haye par une loi du 25 juillet 1959 ⁵¹.

G) *Les solutions restrictives.*

a) *Amérique latine.*

Dans un certain nombre de pays d'Amérique latine prévalent des conceptions restrictives qui ne manquent pas de surprendre le juriste européen. L'idée de base est le refus total du concept de nationalité pour les personnes morales de droit étranger. L'origine de cette opposition est à rechercher dans le désir de ces pays « importateurs » de sociétés, d'éviter la protection diplomatique des Etats dont les sociétés sont ressortissantes. Cette attitude comporte évidemment des conséquences en ce qui concerne la reconnaissance qui est par principe refusée. Différents pays, notamment la Bolivie, le Brésil, le Pérou,

⁴⁸ Cf. L. Frédéricq, *Traité de droit commercial belge*, Gand 1950, tome VI, n° 1007, p. 1486 : « Les deux législations règlent de la même manière la situation juridique de la société en droit international. »

⁴⁹ P. Fedozzi, *Il diritto internazionale Privato ; teorie generali e diritto civile* (Trattato di diritto internazionale vol. IV), Padova 1935, p. 71.

⁵⁰ Fedozzi, *op. cit.*, note n° 49, p. 79. L'art. 16 des « Disposizioni sulla legge in generale » du CCI de 1942 constitue d'ailleurs une reconnaissance expresse des sociétés étrangères : « Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali. Questa disposizione vale anche per le persone giuridiche. »

⁵¹ Cf. note n° 38.

prévoient une procédure fort curieuse dite « Domestication »⁵². Les sociétés étrangères qui veulent prétendre à l'existence dans ces pays doivent pratiquement s'y constituer à nouveau. Le sujet de droit étranger est transformé en un sujet de droit national. Dans ces Etats, la reconnaissance des sociétés étrangères est donc en principe exclue. Ainsi, par exemple, dans un jugement du 26 octobre 1929, la Cour suprême fédérale du Mexique dénia à la société américaine « Palmolive », l'existence au Mexique, partant la capacité d'y ester en justice, car elle n'avait pas accompli de formalités constitutives dans ce pays et ne pouvait donc, en vertu de la doctrine exposée ci-dessus, y prétendre exister⁵³. Moins draconien est le système de l'autorisation, en vertu duquel la reconnaissance n'est pas « a priori » impossible, mais doit, dans chaque cas particulier, faire l'objet d'une décision officielle. C'est notamment le cas au Honduras⁵⁴.

b) *Chine*.

Il semble que le droit chinois moderne va jusqu'à exclure toute possibilité d'une reconnaissance d'une société étrangère qui n'aurait aucun établissement en Chine⁵⁵.

§ 2. LES TRAITÉS INTERNATIONAUX MULTILATÉRAUX GARANTISSANT LA RECONNAISSANCE INTERNATIONALE DES SOCIÉTÉS.

Les projets de traités internationaux multilatéraux garantissant la reconnaissance internationale des sociétés sont nombreux (cf. infra p. 56). Par contre, les traités actuellement en vigueur ne sont qu'au nombre de deux :

A) *Le Codice Bustamante* (Convention de Droit international privé signée à La Havane, le 20 février 1928)⁵⁶.

⁵² Cf. Rabel, *op. cit.*, note n° 31, p. 185.

⁵³ Cette décision « Amparo-Palmolive » est citée et abondamment critiquée par E. Schuster, *The juridical status of non-registered foreign corporations in Latin America-Mexico*, Tulane Law Review, New-Orleans, 1933, p. 341 ss. La situation est très controversée dans ce pays.

⁵⁴ Cf. Rabel, *op. cit.*, note n° 31, p. 140.

⁵⁵ Rabel, *op. cit.*, note n° 31, p. 141. Voir également la sélection de textes légaux concernant la reconnaissance, faite par W. Niederer, *Beiträge zum Haager Internationalprivatrecht* 1951, p. 160 ss.

⁵⁶ Code Bustamante ; Code de Droit international privé du 20 février 1928 (La Havane). Texte et liste des ratifications cf. A.N. Makarov, *Recueil de textes concernant le droit international privé*, Berlin 1960, tome II, p. 1.

Nous avons exposé la doctrine très particulière qui prévaut dans la plupart des Etats d'Amérique latine pour ce qui concerne la reconnaissance des sociétés étrangères. La rédaction de règles uniformes en cette matière a évidemment soulevé les pires difficultés. Le Codigo Bustamante contient un article 32 dont la teneur est la suivante :

Art. 32. — La nature et la reconnaissance des personnes juridiques seront déterminées par la loi du territoire.

Cette disposition n'est pas aisée à interpréter ! Elle paraît cependant consacrer, dans les relations entre les Etats contractants, le statu quo, c'est-à-dire réserver, en ce qui concerne la reconnaissance des sociétés étrangères, les règles de l'Etat reconnaissant qui sont, nous l'avons vu, souvent prohibitives. Il semble cependant que l'art. 252 du traité ⁵⁷ fait un pas supplémentaire en faveur de la reconnaissance internationale. « Les restrictions apportées par la législation territoriale » sont cependant réservées et la contradiction avec l'art. 32 n'est donc qu'apparente.

B) *Le Traité de Montevideo concernant le droit commercial international.*

Le Traité de Montevideo ⁵⁸ contient un article 8 posant le principe de la reconnaissance de plein droit des sociétés commerciales.

⁵⁷ Art. 252 : « Les sociétés commerciales dûment constituées dans l'un des Etats contractants jouiront dans les autres Etats, de la même personnalité civile, sauf les restrictions apportées par la législation territoriale. »

⁵⁸ Code de Montevideo ; traité de Droit international privé du 19 mars 1940 ; actuellement ratifié par l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay (donc en vigueur entre ces Etats, cf. art. 65 du traité) cf. Makarov, *op. cit.*, note n° 56, p. 97.

CHAPITRE IV

LA RECONNAISSANCE DES SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES EN SUISSE

§ 1. EXISTENCE ET CONTENU D'UNE RÈGLE DE RECONNAISSANCE EN DROIT SUISSE.

En pratique, l'application du principe de la reconnaissance de plein droit des sociétés étrangères est devenue automatique en Suisse. On serait même tenté de dire qu'elle sort du domaine des actes conscients. Il est en effet très fréquent qu'une société étrangère soit partie à un litige qui est tranché par la juridiction suisse. Mais il est par contre rare que les parties ou le juge soulèvent la question de la reconnaissance. Cet état de choses n'a rien d'anormal. Le nombre des sociétés étrangères plaçant en Suisse est très grand. L'on en est venu à considérer leur reconnaissance comme une évidence. Telle est la situation dans les cas normaux. Nous verrons que les choses se compliquent singulièrement lorsque la localisation de ces sociétés à l'étranger se révèle fictive, de même que lorsqu'il est fait un usage frauduleux du droit des sociétés, suisse ou étranger. C'est dans ces circonstances, lorsque le litige porte pour des motifs spéciaux, sur la question de savoir si la société étrangère mérite de se voir attribuer en Suisse la qualité de sujet de droit, que le problème de la reconnaissance doit alors être examiné et tranché. Dès lors, la notion de reconnaissance des sociétés étrangères n'a pas seulement un intérêt académique et il s'avère nécessaire d'établir avec toute la précision voulue les règles du droit positif suisse qui prévalent. Il faut d'ailleurs constater que cette démonstration n'a, à ce jour, jamais été menée à satisfaction, et cela malgré la pratique constante que nous avons mentionnée.

A) *La reconnaissance des sociétés à la lueur d'un conflit de droit intercantonal privé.*

On sait l'importance que revêt pour le droit international privé suisse l'étude des solutions données aux conflits de lois intercantonaux. Le législateur a eu très tôt le sentiment que de tels conflits sont intolérables et il les a réglés. C'était bien l'objet de la loi sur les rapports de droit civil des citoyens établis et en séjour, du 25 juin 1891 (ci-après : L.R.D.C.). Puis, les relations internationales se sont intensifiées, et la nécessité est apparue de donner une solution aux conflits de lois internationaux toujours plus fréquents. Le législateur suisse n'a cependant jamais cru devoir donner à ces conflits des solutions propres, et la loi précitée fournit la matière à une transposition analogique des solutions.

Le problème de la reconnaissance des sociétés a été tranché pour la première fois à l'occasion d'un conflit de droit intercantonal privé. Le Tribunal fédéral a dû examiner dans l'arrêt Société des Missions Evangéliques de Bâle c/Spengler, du 14 décembre 1904⁵⁹, la question de savoir si une personne morale régie par le droit d'un canton devait voir son existence reconnue dans un autre canton. L'arrêt en question est rendu trois ans avant l'unification du droit civil en Suisse. L'état de fait est, en bref, le suivant : Une personne décédée dans le canton de Vaud, où elle avait son dernier domicile, avait fait un legs à la « Société des Missions Evangéliques de Bâle », fondation régie par le droit bâlois. Or, l'article 512 du Code civil vaudois disposait que :

Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de la succession.

Le Tribunal cantonal vaudois a dès lors estimé que la fondation n'avait pas d'existence légale dans le canton de Vaud, vu l'absence de tout décret officiel vaudois lui octroyant la personnalité civile. Dépourvue d'existence légale, la société n'avait donc pas la capacité requise pour être légataire. Nous nous trouvons en présence d'un cas d'application de la non-reconnaissance de plein droit.

Mais le Tribunal fédéral est saisi de la cause et va trancher en sens contraire, soit en faveur de la reconnaissance intercantonale. Voici un résumé de son argumentation :

⁵⁹ ATF 31 I, p. 418 ss.

1. « La question de savoir si, et dans quelles conditions, une personne juridique existe en droit, n'est évidemment plus une question de droit successoral ; c'est au contraire une question se rattachant exclusivement au droit des personnes, au statut personnel... »

2. L'article 46, alinéa 1, de la Constitution fédérale prescrit que « les personnes établies en Suisse » sont soumises, dans la règle, à la juridiction et à la législation du lieu de leur domicile en ce qui concerne les rapports de droit civil. L'alinéa 2 statue que la législation fédérale édictera les dispositions nécessaires en vue de l'application de ce principe. Cette disposition vise incontestablement tant les personnes physiques que les personnes morales. Il n'est en effet, dit le T.F., pas concevable que quiconque ait pu songer à restreindre la compétence de la Confédération au seul règlement des conflits de statuts intéressant les personnes physiques. Personne n'a pu vouloir maintenir pour les personnes juridiques « la situation intolérable et le chaos auxquels l'on voulait précisément mettre ordre pour arriver à la sécurité du droit ».

3. Les dispositions que devait édicter la législation fédérale aux termes de l'article 46, alinéa 2 de la Constitution fédérale font, notamment pour le domaine du droit des personnes, l'objet de la L.R.D.C. Cette loi devait apporter la solution à tous les conflits de lois pouvant se présenter au sujet du droit des personnes, mais elle présente hélas une lacune en ce qui concerne les personnes juridiques.

4. Si la législation fédérale n'est pas parvenue à réaliser le but de l'article 46 C.F., c'est au T.F. qu'il appartient d'y suppléer, en posant la règle qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur⁶⁰. Cette affirmation nous paraît fondamentale, car elle apporte une indication décisive au sujet de la source formelle de la règle de la reconnaissance. Le T.F. estime alors qu'« il n'existe aucun motif de supposer que, si le législateur se fut aperçu que la loi présentait effectivement la lacune signalée, il l'eût comblée en prescrivant — contrairement à toutes les règles de la logique, aux exigences de la vie confédérale et aux principes du droit international — que la capacité civile des personnes juridiques... devait être soumise chaque fois au droit du canton dans lequel ces personnes juridiques demandent à accomplir l'un des actes de leur vie civile ».

Il faut préciser qu'une confusion apparaît ici, qui est d'ailleurs latente dans plusieurs considérants de l'arrêt. La question qui devrait

⁶⁰ Cette formule est utilisée par le TF, avant l'entrée en vigueur du Code civil.

être en discussion n'est pas celle du droit applicable à la capacité civile de la société bâloise. La question de savoir quel est le droit applicable à cette capacité ne se pose pas, tant que la question de sa reconnaissance n'est pas résolue. C'est l'existence de cette société dans l'ordre juridique vaudois qui était en cause. Le droit régissant la capacité de la société se détermine à titre d'« effet » de cette reconnaissance. On ne peut rattacher la capacité d'une personne morale à un ordre juridique déterminé que si l'on a préalablement tranché la question de l'existence de cette personne morale dans cet ordre juridique ⁶¹.

Cette confusion ne tire d'ailleurs pas à conséquence, et c'est bien la question de la reconnaissance de la société dans le canton de Vaud qui est en jeu. Le passage suivant montre que le T.F. en avait conscience :

5. Le T.F. conclut :

La question d'existence de la solution de laquelle dépendait le sort du procès devait être tranchée au regard du droit bâlois que le Tribunal cantonal vaudois devait appliquer d'office, conformément aux prescriptions impératives de l'article 2, alinéa 2, de la L.R.D.C.

Le T.F. a, conséquemment, réformé l'arrêt du Tribunal cantonal vaudois. Il a donc tranché dans cet arrêt de principe, d'une manière extrêmement nette, la question qui lui était soumise, en posant le principe de la reconnaissance intercantonale des sociétés.

B) *La reconnaissance des sociétés étrangères.*

C'est en constatant et en comblant une lacune de la L.R.D.C. que le T.F. pose la règle de la reconnaissance intercantonale des sociétés. Or il s'avère, comme nous allons le montrer, que la même lacune existe au niveau des rapports internationaux. L'adoption du Code Civil Suisse n'a pas modifié la situation. L'avant-projet du Code Civil Suisse de 1900 comportait un article 70, alinéa 2, ainsi conçu :

Les corporations et les établissements dont le siège est à l'étranger n'ont la personnalité civile que dans la mesure où elle leur est conférée par la loi étrangère. Ils ne l'ont jamais que dans les limites fixées par la loi suisse.

⁶¹ La liaison entre le concept de reconnaissance d'une part et les notions d'existence et de capacité d'autre part, feront l'objet de développements au titre troisième.

L'article 1748 du projet de Code Civil du 3 mars 1905 reprenait ce texte. Le premier membre de phrase impliquait certainement la reconnaissance des sociétés étrangères et la tournure négative donnée à cette proposition ne restreint en rien la portée du principe qui en émane. Cependant, les Chambres remplacèrent les articles 1741 à 1773 du projet par l'article 59 du titre final, dans des circonstances qui seront relatées plus bas ⁶². De ce fait, cette disposition a disparu du texte définitif. Certains auteurs estiment que le premier principe énoncé par ce projet de disposition subsiste, malgré sa disparition formelle du texte de la loi ⁶³. Encore faudrait-il définir sa source. Il nous paraît préférable de considérer comme un fait acquis la permanence de la lacune qui s'est glissée dans l'œuvre du législateur. Cette situation n'est d'ailleurs pas gênante. Nous l'avons dit, le droit international privé suisse tire ses fondements de l'application analogique d'une loi conçue pour régler tous les conflits de lois intercantonaux. Nous avons vu comment le T.F. comble la lacune qui existe dans cette loi et comment il pose le principe de la reconnaissance intercantonale des sociétés. En utilisant le système même de notre droit international privé, il nous paraît sans autre possible d'admettre la transposition analogique de la règle qui a été établie pour le conflit de droit intercantonal privé. Telle nous paraît être la meilleure justification théorique de l'existence dans l'ordre juridique suisse d'une règle de droit positif impliquant la reconnaissance de plein droit des sociétés étrangères.

Les auteurs qui ont examiné la question admettent d'ailleurs unanimement l'existence dans l'ordre juridique suisse de la reconnaissance de plein droit des sociétés étrangères. Leurs motivations sont, par contre, fort diverses. Arthur Mamelok ⁶⁴, dans son ouvrage fondamental consacré au droit international privé des sociétés, affirme croire en l'existence d'une règle de droit international coutumier, qui garantit en Suisse la reconnaissance des personnes morales de droit étranger. Sauser-Hall ⁶⁵ estime que « le système de la réalité des personnes juridiques qui est celui du Code Civil Suisse comporte en effet logiquement la reconnaissance internationale des êtres moraux ». On se souvient que von Steiger se réfère à la théorie française des droits

⁶² Cf. *infra* p. 175 concernant l'historique de cette disposition.

⁶³ Cf. V. Rossel et F.H. Mentha, Manuel de Droit civil suisse, tome I, Lausanne, p. 110 et Sauser-Hall, *op. cit.*, note n° 23, p. 245.

⁶⁴ Arthur Mamelok, Die juristische Person im internationalen Privatrecht, Zürich 1900, p. 37.

⁶⁵ Sauser-Hall, *op. cit.*, note n° 23, p. 245.

acquis. Il affirme, d'autre part, que la reconnaissance diplomatique implique ipso facto la reconnaissance de toutes les institutions juridiques qui existent dans l'ordre juridique de l'Etat reconnu ⁶⁶.

Le conflit de doctrines concernant la source de la règle de reconnaissance est d'ailleurs sans portée pratique. Il nous paraissait cependant intéressant d'apporter la démonstration qu'il est parfaitement loisible de considérer la reconnaissance comme une règle que le juge a établie en vertu du principe qui est consacré à l'article premier du Code Civil Suisse.

La reconnaissance générale des sociétés de droit étranger résulte implicitement de la jurisprudence du Tribunal fédéral, puisqu'il a toujours admis la capacité d'ester en justice de ces sociétés. Le T.F. a d'ailleurs eu l'occasion de relever lui-même cette situation dans les termes suivants : « La recourante est une personne morale. Le point de savoir si les personnes morales étrangères doivent être reconnues a donné lieu à des solutions contradictoires dans la doctrine et dans la jurisprudence. *En Suisse, cette reconnaissance existe en fait*, et il semble en être de même aux Etats-Unis, où elle serait admise pour des raisons de courtoisie internationale... » ⁶⁷.

C) *Les traités conclus par la Suisse, qui impliquent la reconnaissance des sociétés régies par le droit des Etats contractants.*

Il existe un réseau serré de traités internationaux liant la Suisse, qui traitent de la reconnaissance mutuelle des personnes morales et sociétés régies par le droit de l'une et l'autre parties contractantes. Cette reconnaissance mutuelle est garantie par une disposition qui s'insère soit dans un traité de commerce et de coopération technique, soit dans un traité d'amitié et d'établissement. On peut classer ces conventions internationales en deux séries. La première, comprend les nombreux traités internationaux qui contiennent une disposition expresse concernant la reconnaissance mutuelle des sociétés. Dans la deuxième, on citera les traités qui comportent une reconnaissance implicite.

⁶⁶ Cf. W. von Steiger, *op. cit.*, note n° 6, p. 254.

⁶⁷ Arrêt Instant Index Corporation c/ Tribunal cantonal vaudois du 21 juillet 1934 : ATF 60 I, p. 220.

1. *Conventions internationales signées par la Suisse, contenant une clause de reconnaissance expresse des sociétés.*

Les formules varient considérablement d'un traité à l'autre, mais l'effet est toujours le même. Les sociétés régies par le droit de l'une des Hautes Parties Contractantes sont « juridiquement reconnues » ou « légalement reconnues » sur le territoire de l'autre partie. On constate que ces traités distinguent soigneusement entre la reconnaissance d'une part, et l'exercice de l'activité commerciale ou l'établissement, d'autre part. Citons les traités suivants :

- Convention d'établissement et de commerce entre la Suisse et l'Albanie, conclue le 10 juin 1929, article 3 ⁶⁸.
- Traité de commerce entre la Suisse et l'Union économique belgo-luxembourgeoise, conclu le 26 août 1929, article 9 ⁶⁹.
- Traité entre la Suisse et la Finlande concernant le traitement des ressortissants et des sociétés, coopératives et associations de l'autre pays, conclu le 7 mai 1935, article 2 ⁷⁰.
- Convention commerciale franco-suisse, conclue le 31 mars 1937, article 15 ⁷¹.
- Convention d'établissement et de protection juridique entre la Suisse et la Grèce, conclue le 1^{er} décembre 1927, article 11 ⁷².
- Traité d'établissement et de commerce entre la Suisse et le Japon, conclu le 21 juin 1911, article 13 ⁷³.
- Convention d'établissement entre la Suisse et l'Empire Perse, conclue le 25 avril 1934, article 4 ⁷⁴.
- Convention commerciale entre la Suisse et la Pologne, conclue le 26 juin 1922 ⁷⁵.
- Convention d'établissement entre la Suisse et la Roumanie, conclue le 19 juillet 1933, article 9 ⁷⁶.

⁶⁸ RS 11, p. 555.

⁶⁹ RS 14, p. 372.

⁷⁰ RS 11, p. 609.

⁷¹ RS 14, p. 464.

⁷² RS 11, p. 635.

⁷³ RS 11, p. 666.

⁷⁴ RS 11, p. 645.

⁷⁵ RS 14, p. 555.

⁷⁶ RS 11, p. 702.

- Traité d'amitié et de commerce entre la Suisse et le Siam, conclu le 4 novembre 1937, article V ⁷⁷.
- Convention d'établissement entre la Suisse et la Turquie, conclue le 13 décembre 1930, article 10 ⁷⁸.
- Traité de commerce entre la Suisse et la République Tchécoslovaque, conclu le 24 novembre 1953, article 13, alinéa 2 ⁷⁹.
- Traité de commerce entre la Suisse et l'Union des Républiques Soviétiques Socialistes, conclu le 17 mars 1948, article 10, alinéa 1 ⁸⁰.
- Traité de commerce entre la Confédération Suisse et la République Fédérative Populaire de Yougoslavie, conclu le 27 septembre 1948, article 10 ⁸¹.

2. La reconnaissance mutuelle des sociétés ne résulte pas toujours d'une disposition expresse du traité. Elle découle souvent implicitement d'une disposition dont l'objet est autre, définition de la qualité de ressortissant dans un traité garantissant le traitement de la nation la plus favorisée ou la liberté d'établissement et d'exercice de l'activité économique. Citons les cas suivants :

- Convention instituant l'Association européenne de libre-échange, signée à Stockholm le 4 janvier 1960, art. 16 chiffre 6 (a) (ii) (cf. infra p. 79) ⁸².
- Traité de commerce entre la Suisse et l'Italie conclu le 27 janvier 1923, dont l'article 22 est une illustration de ce mode de procéder :

Tout en se garantissant également à cet égard le traitement de la nation la plus favorisée, et sauf les exceptions et limitations établies par les dispositions des deux pays, les deux parties contractantes déclarent reconnaître mutuellement à toutes les sociétés anonymes, coopératives ou autres, commerciales, industrielles, agricoles ou financières (y compris les instituts publics et privés d'assurances), constituées et autorisées suivant les lois de l'un des deux pays, la faculté de s'établir sur le territoire de l'autre pays ou de ses posses-

⁷⁷ RS 11, p. 709.

⁷⁸ RS 11, p. 718.

⁷⁹ RO 1954, p. 745.

⁸⁰ RO 1948, p. 869.

⁸¹ RO 1948, p. 986.

⁸² Cf. FF 1960 I, p. 939.

sions, d'y fonder des succursales et d'y exercer leur activité économique ainsi que tous leurs droits, et d'y ester en justice comme demandeurs ou comme défendeurs, sous la seule condition de se conformer aux loi (y compris les lois financières) dudit Etat et de ses possessions.⁸³

Les traités d'amitié, de commerce et de coopération économique avec les Etats africains qui ont récemment accédé à l'indépendance sont encore moins explicites. On y retrouve en général la formule suivante, ou une formule analogue :

Les investissements ainsi que les biens, droits et intérêts appartenant à des ressortissants, fondations, associations ou sociétés d'une des hautes parties contractantes dans le territoire de l'autre, bénéficieront d'un traitement juste et équitable, au moins égal à celui qui est reconnu pour chaque partie à ses nationaux ou, s'il est plus favorable, du traitement accordé aux ressortissants, fondations, associations ou sociétés de la nation la plus favorisée.

Il s'agit en l'espèce de l'article 7 de l'accord de commerce, de protection des investissements et de coopération technique entre la Confédération Suisse et la République Malgache, conclu le 17 mars 1964⁸⁴.

Accords similaires :

- Traité d'amitié et de commerce entre la Confédération Suisse et la République du Libéria, conclu le 23 juillet 1963⁸⁵.
- Accord de commerce, de protection des investissements et de coopération technique entre la Confédération Suisse et la République Togolaise, conclu le 17 janvier 1966⁸⁶.
- Traité d'amitié entre la Confédération Suisse et la République des Philippines du 30 août 1956⁸⁷.

Il semble donc que la tendance moderne consiste à renoncer à insérer dans les traités une disposition qui concerne expressément la reconnaissance mutuelle. Nous ne pensons pas que cette méthode soit très heureuse. Il est utile qu'un traité d'établissement ou de commerce

⁸³ RS 14, p. 513.

⁸⁴ RO 1966, p. 1455.

⁸⁵ RO 1965, p. 390.

⁸⁶ RO 1966, p. 1443.

⁸⁷ RO 1958, p. 34.

définisse avec soin la qualité de ressortissants de l'une ou l'autre partie contractante. La disposition des traités classiques que nous avons énumérés sous chiffre 1 résout ce problème à satisfaction, tout en tranchant clairement et avec profit pour la sécurité du droit et des transactions la question de la reconnaissance mutuelle des sociétés.

Concernant les rapports avec la République Fédérale d'Allemagne, le traité de commerce conclu le 14 juillet 1926 a été abrogé. Il est cependant évident que la reconnaissance mutuelle des personnes morales qui était garantie par l'article 3, alinéa 1, subsiste. Cela ressort notamment de l'article 14 de l'accord entre la Confédération Suisse et la République Fédérale d'Allemagne du 19 juillet 1952⁸⁸ concernant le rétablissement des droits de propriété industrielle, qui prévoit que pourront bénéficier de l'accord les personnes morales régies respectivement par le droit suisse et par le droit allemand.

Certes, des traités dont découle explicitement ou implicitement la reconnaissance mutuelle n'existent pas avec tous les Etats. Il ne faut pas en déduire que la règle de la reconnaissance n'existe pas dans les rapports que l'ordre juridique suisse entretient avec l'ordre juridique de ces divers Etats. En l'absence d'une disposition conventionnelle, le principe du droit commun s'applique.

⁸⁸ RO 1953, p. 418.

CHAPITRE V

LE DOMAINE DE LA RECONNAISSANCE

§ 1. LIAISON ENTRE LE PRINCIPE DE LA RECONNAISSANCE ET SON DOMAINE.

Goldman ⁸⁹ entend, par l'expression « domaine » de la reconnaissance, la somme des divers types de sociétés qui peuvent bénéficier de la reconnaissance. Cette expression est utile. Il s'agit de délimiter le champ d'application de la règle de reconnaissance en ce qui concerne les types des entités juridiques.

La reconnaissance implique, par la mise en œuvre de la règle de rattachement, la désignation d'un ordre juridique étranger qui régit la société. Sans anticiper sur le titre III, qui sera spécialement consacré à l'étude de cette relation, il faut déjà poser que cet ordre juridique étranger constitue le « statut personnel » de la société ⁹⁰. La reconnaissance implique la référence à ce statut personnel, dans une mesure que nous délimiterons. Il suffit, en l'état, de retenir que la reconnaissance implique, en vertu de sa définition même, la référence au droit étranger. La reconnaissance, c'est la prise en considération du sujet de droit étranger, tel qu'il y est façonné et quel que soit son type. Il appartient donc à la logique du système que la société étrangère soit reconnue, quel qu'en soit le type. Il semble donc que le problème du « domaine » de la reconnaissance ne devrait soulever aucune difficulté, en vertu de la définition même de la reconnaissance.

Mais, nous l'avons vu dans le chapitre consacré au droit comparé, certains Etats étrangers excluent du domaine de la reconnaissance certains types de sociétés étrangères, par exemple les associations ou les fondations. Nous allons constater que l'ordre juridique suisse

⁸⁹ B. Goldman, La reconnaissance mutuelle des sociétés dans la Communauté Economique Européenne, dans : Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière, Paris 1964, p. 185.

⁹⁰ Pour le sens qu'il faut donner à cette expression, cf. *infra* p. 154.

suit effectivement le principe dans sa conséquence, et cela à l'occasion de l'analyse de deux situations particulièrement délicates qui, dans chaque pays, donnent matière à la jurisprudence concernant le domaine de la reconnaissance.

§ 2. LA RECONNAISSANCE DES SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES POSSÉDANT LA PERSONNALITÉ MORALE, MAIS DONT LE TYPE SUISSE CORRESPONDANT EST DÉPOURVU DE CETTE QUALITÉ (ET HYPOTHÈSE INVERSE).

La société en nom collectif du droit suisse ne possède pas véritablement la personnalité juridique⁹¹. Parce que la société française de ce type bénéficie de cette qualité, Sauser-Hall⁹² estime que l'ordre juridique suisse ne peut reconnaître la personnalité morale des sociétés françaises de ce type. On se trouve en présence, affirme-t-il, d'un conflit de lois sur la qualification juridique d'une forme d'association. On ne peut résoudre le conflit qu'en application de la « *lex fori* ». La qualification suisse a un caractère d'ordre public. La loi étrangère ne doit pas être consultée et la Suisse doit refuser de reconnaître la qualité de personne morale aux sociétés en nom collectif françaises, qui seront traitées comme des sociétés de personnes.

Ce raisonnement pêche à sa base car il n'y a plus, à ce stade, aucun conflit de qualification. Le juge suisse qui examine la question doit appliquer la règle de la reconnaissance qui est, nous l'avons montré, un principe qui appartient à notre ordre juridique. La reconnaissance, c'est la prise en considération d'un sujet de droit qui existe par la vertu du droit étranger. Dès lors ce juge se trouve en présence d'une société en nom collectif française reconnue en Suisse. La question de savoir si celle-ci jouit ou non de la personnalité morale se tranche d'après son statut personnel, et non d'après la « *lex fori* ».

Le raisonnement de cet auteur pêche, subsidiairement, lorsqu'il donne à la « qualification suisse » un caractère d'ordre public. On sait qu'en Suisse, la question de la personnalité morale de la société en nom collectif n'est pas tranchée par la loi. Le législateur suisse était indécis et a laissé la question ouverte. C'est finalement la jurisprudence qui l'a tranchée, en donnant à ces sociétés un statut que l'on peut qualifier de « personnalité relative », dont le contenu réel n'est en fait pas très éloigné de la véritable personnalité morale. Dès lors, en aucun cas la reconnaissance en Suisse de la personnalité

⁹¹ ATF 45 I, p. 288 ; 46 II 471 ; 51 I 431 ; 55 III 146.

⁹² Sauser-Hall, *op. cit.*, note n° 23, p. 247.

morale d'une société en nom collectif étrangère ne porte atteinte aux principes fondamentaux de notre droit, et partant, à l'ordre public suisse ⁹³.

Il n'y a pas de jurisprudence suisse sur la question, mais il est possible de conclure, par simple référence au principe général de la reconnaissance, que les sociétés étrangères qui jouissent, selon leur statut personnel, de la personnalité morale, doivent être reconnues en Suisse avec cette qualité, quel que soit le sort que le droit positif suisse réserve à la question concernant les sociétés du même type qu'il régit.

L'hypothèse inverse pourrait se présenter en cas de reconnaissance en Suisse d'une société qui est, selon le droit qui la régit, dépourvue de la personnalité juridique, alors que le type suisse correspondant possède cette qualité. En vertu de la règle de la reconnaissance, cette société doit être reconnue telle qu'elle existe selon le droit étranger et l'ordre juridique suisse ne saurait lui attribuer une personnalité qu'elle ne possède pas, selon son statut personnel.

§ 3. LA RECONNAISSANCE DES SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES D'UN TYPE INCONNU DU DROIT SUISSE.

Un autre problème, dont la solution doit d'ailleurs être donnée sur les mêmes bases, se pose à l'occasion de la reconnaissance de sociétés qui appartiennent à un type inconnu du droit suisse. L'ordre juridique suisse peut-il reconnaître les sociétés étrangères d'un type totalement étranger à son droit ? La réponse à cette question nous paraît dépendre essentiellement du problème général suivant : Est-il possible en droit suisse de refuser a priori et in abstracto la reconnaissance d'un type de société étrangère, parce que son organisation contreviendrait, dans son principe même, à l'ordre public suisse ? Peut-on concevoir une décision jurisprudentielle rendue par un juge suisse qui se livrerait à une analyse de la nature juridique d'une société étrangère, pour conclure finalement, non en fonction des considérations du cas d'espèce, mais en fonction du droit étranger lui-même, qu'en tout état la reconnaissance en Suisse d'une société appartenant à ce type est a priori exclue, car contraire à l'ordre public suisse ?

La question se pose, en droit allemand, tout spécialement en ce qui concerne la reconnaissance en Allemagne de l'existence du trust

⁹³ Cf. dans ce sens, W. von Steiger, *op. cit.*, note n° 6, p. 312.

régi par le droit du Liechtenstein ⁹⁴. Le problème est examiné et tranché dans son principe par une décision de l'Amtsgericht de Hambourg du 31 juillet 1964 ⁹⁵. Le juge hambourgeois examine la question de la reconnaissance du trust du Liechtenstein en deux étapes :

a) Par la vertu du morceau de papier sur lequel les statuts de cette « entreprise » sont inscrits et la mention qui en est faite au Registre public de Vaduz, le trust peut fort bien exister selon le droit du Liechtenstein, sans recouvrir une quelconque réalité. La reconnaissance d'une institution de ce genre contrevient en son principe, et d'une manière générale, à l'ordre public allemand.

b) Le Tribunal de Hamburg constate ensuite, in concreto, que la reconnaissance du trust incriminé en l'espèce contrevient également à l'ordre public allemand.

La constatation faite sous lettre a) met donc en évidence le fait que le juge de Hamburg restreint le domaine de la reconnaissance des sociétés étrangères, en ce sens qu'il exclut les sociétés appartenant à un type déterminé, en l'espèce les trusts régis par le droit du Liechtenstein. Cette décision jurisprudentielle a fait suite à d'autres décisions allemandes, beaucoup plus nuancées, et qui ne posent pas le principe de la non-reconnaissance générale de ce type de société ⁹⁶.

Le Professeur Schönle ⁹⁷ critique la jurisprudence du Tribunal de Hambourg et lui oppose une argumentation qui est également, dans une large mesure, valable du point de vue suisse car elle se fonde entre autres sur l'état du droit conventionnel germano-suisse, dont le champ d'application s'étend au Liechtenstein et qui garantit la reconnaissance mutuelle des sociétés (cf. supra p. 33). Ainsi, la reconnaissance interviendrait en vertu d'une règle juridique tirant son fondement du droit international et l'atteinte à l'ordre public allemand ne saurait être sanctionnée en vertu de l'art. 30 E.G.B.G.B. L'auteur invoque ensuite le principe coutumier de la reconnaissance générale des sociétés étrangères, qui prévaut en Allemagne comme en Suisse. Les sociétés étrangères sont reconnues « ipso jure » en Allemagne. L'ordre public allemand ne peut s'opposer à l'application de ce principe de droit coutumier que dans la mesure où, en vertu de

⁹⁴ Das Treuunternehmen (die Geschäftstreuhand), au sens des art. 932 a ss. de la « Gesetz über das Treuunternehmen » du 10 avril 1928, complétant le P.G.R.

⁹⁵ AG Hamburg - 66 AR - 1183/63 dans : *Monatsschrift für Deutsches Recht* 1964, p. 1009.

⁹⁶ Cf. notamment OLG Frankfurt du 3.6.1964-7 U 202/63, dans : *N.J.W.* 1964 p. 2355 et *S.A.G.* 1966 p. 228.

⁹⁷ Schönle, *op. cit.*, note n° 15.

circonstances spéciales, le résultat concret de l'application de la règle conduirait à une atteinte aux mœurs ou aux buts poursuivis par une loi allemande (article 30 E.G.B.G.B.). La question de savoir si la loi étrangère elle-même contrevient à l'ordre public allemand ne se pose pas. C'est seule son application concrète qui peut y contrevenir.

Dans notre ordre juridique également, l'exception de l'ordre public ne doit intervenir que « in concreto ». En effet, admettre que tel type de société étrangère se révèle « in abstracto » contraire à l'ordre public suisse, c'est admettre que le droit étranger lui-même, soit son contenu, est contraire à l'ordre public suisse. Or la notion d'ordre public ne vise pas le contenu du droit étranger, mais son application en Suisse ou les effets en Suisse de son application à l'étranger. Selon la théorie de la relativité de l'ordre public⁹⁸ (Binnenbeziehungstheorie), l'ordre public du for n'intervient pour empêcher l'application de la loi étrangère, que si les circonstances de fait qu'il s'agit d'apprécier, comportent une attache suffisante avec le pays du for. L'ordre public n'intervient qu'en fonction de l'intensité de ce lieu. Il se peut donc, comme l'affirme Lewald⁹⁹ que la règle de droit étranger soit considérée, dans un cas comme compatible, dans l'autre cas comme incompatible, avec l'ordre public du for. C'est la démonstration du fait que ce n'est pas le droit étranger comme tel qui est visé par l'exception de l'ordre public¹⁰⁰, mais le résultat concret de son application en Suisse.

Cette constatation exclut a priori la possibilité de refuser la reconnaissance d'un type de société étrangère déterminé, en vertu de l'ordre public suisse, car ce faisant, on s'attaquerait au contenu du droit étranger, soit aux dispositions légales qui instituent et régissent le type de société en question, et non pas au résultat concret de leur application dans un cas donné.

Ces constatations nous conduisent déjà à la conclusion de l'impossibilité théorique d'un refus de reconnaissance qui frapperait in abstracto un type de société étrangère déterminé.

⁹⁸ Cette théorie est admise en Suisse ; cf. W. Niederer, Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1961, p. 296 ; A. Schnitzer, Handbuch des IPR, Bâle 1957 I, p. 234 ; ATF 72 II, p. 55 ; ATF 78 II, 245, notamment le passage suivant : « Bei derart schwacher, ernstlich nicht ins Gewicht fallender Binnenbeziehung rechtfertigt es sich nicht, auf die Vorbehaltsklausel zu greifen und zu sagen, die näherliegende Unterstellung des Verhältnisses unter fremdes Recht sei mit der schweizerischen öffentlichen Ordnung unvereinbar. » Cf. aussi SJZ tome 36, p. 69.

⁹⁹ H. Lewald, Règles générales des conflits de lois, Bâle 1941, p. 125.

¹⁰⁰ Pour le sens de cette expression, cf. P. Louis-Lucas, Remarque sur l'ordre public, dans : Revue critique 1933, p. 393.

Une pratique constante confirme d'ailleurs en Suisse cette conclusion, depuis que le Conseil Fédéral, agissant en sa qualité de juridiction administrative, eut à examiner et à trancher le problème dans l'affaire « Kaisers Kaffeegeschäft »¹⁰¹. La société à responsabilité limitée de droit allemand « Kaisers Kaffeegeschäft » désirait fonder une succursale à Bâle. L'autorité cantonale de surveillance refusa de faire procéder à l'inscription. A l'époque, la société à responsabilité limitée n'avait pas encore été introduite dans notre droit et la question de principe de la reconnaissance d'un type de société ignoré de notre droit se posait. L'autorité cantonale bâloise estima que si des succursales de sociétés étrangères d'un type connu sont admises à l'inscription au Registre du Commerce suisse, bien que le droit qui les régit diffère plus ou moins du droit suisse, il s'agit toujours de sociétés que notre droit connaît, et les faits publiés au moyen de l'inscription au Registre du Commerce correspondent, somme toute, à ceux dont notre droit exige la publication. Le public qui entre en relation avec ces succursales connaît le caractère juridique des sociétés dont elles dépendent. En revanche, la société à responsabilité limitée est entièrement étrangère à notre loi (elle l'était à l'époque), laquelle ne connaît rien d'analogue.

Le Conseil Fédéral, qui dut examiner cette argumentation dans le cadre d'un recours administratif, n'y souscrivit en aucune manière. Il constata que la « capacité civile » et la « jouissance des droits civils » des personnes morales étrangères sont soumises au droit étranger¹⁰². Dès lors déclare le Conseil fédéral : « si on doit admettre que notre droit reconnaît en général les raisons constituées d'après le droit étranger, le Registre du Commerce ne saurait leur être fermé en principe. En conséquence, si l'on se trouve face à une formation étrangère dont l'équivalent absolu ne se rencontre pas dans le droit suisse, on prendra pour base de l'inscription les exigences que l'on formule à l'encontre du type de société qui présente avec ce type étranger la plus grande analogie. » On constate donc qu'à l'occasion du problème de l'inscription d'une succursale d'une société appartenant à un type inconnu de notre droit, le Conseil Fédéral a résolu par l'affirmative le problème de la reconnaissance de ces sociétés.

¹⁰¹ Arrêté du Conseil fédéral sur le recours de la raison « Kaisers Kaffeegeschäft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung » du 16 juin 1902. FF 1902, p. 37 ss.

¹⁰² Le Conseil fédéral fait ici la confusion que nous avons déjà relevée à propos de l'arrêt de la Société des missions évangéliques (cf. *supra* p. 27). Le problème n'est pas lié à la « capacité civile », mais à la reconnaissance de la « personnalité juridique ». Cette confusion terminologique doit être évitée.

La doctrine suisse souscrit à ce principe¹⁰³. La jurisprudence a parfois eu l'occasion d'examiner si, dans des cas donnés, la reconnaissance d'un trust déterminé contrevenait à l'ordre public suisse, mais jamais la non-reconnaissance générale d'un type de société étrangère inexistant dans notre droit n'a été prononcée¹⁰⁴.

§ 4. LE DOMAINE DE LA RECONNAISSANCE EN DROIT SUISSE.

Nous avons montré qu'en droit suisse il est impossible de refuser, en principe et a priori, la reconnaissance à un type de société étrangère non-connu de notre droit. La conclusion à laquelle nous sommes arrivés débouche sur un principe général. Il est, en droit suisse, impossible de refuser a priori la reconnaissance à un type de société étrangère, connu ou inconnu de notre droit. L'exception de l'ordre public ne peut valablement être posée que « in concreto », et elle ne peut jouer d'une façon générale à l'encontre d'un type de société étrangère. On peut donner un contenu positif à cette conclusion et affirmer qu'en droit suisse le domaine de la reconnaissance ne contient pas de limites. Toute société étrangère, quel que soit son type, peut en principe bénéficier de la reconnaissance. En Suisse, il ne peut être question de limiter le domaine de la reconnaissance en en excluant par exemple les fondations, les personnes morales étrangères de droit public ou les associations du droit civil. Ces limitations sont exclues en vertu de la règle de la reconnaissance. Selon cette règle, toute société qui existe par la vertu d'un ordre juridique étranger, est susceptible d'être reconnue en Suisse. Son type ne joue aucun rôle. Il est impossible de citer une seule décision jurisprudentielle suisse qui mette en cause cette conclusion, quel que soit le sujet de droit étranger que l'on veuille considérer.

On peut donc dire que le problème du « domaine » de la reconnaissance ne se pose pas en droit suisse. Cette constatation simplifie considérablement notre tâche, puisqu'elle nous dispense d'avoir à examiner séparément les problèmes de la reconnaissance des sociétés de droit civil, du droit commercial, des sociétés de personnes ou de capitaux, des sociétés de droit public enfin. Ces divers problèmes

¹⁰³ Cf. F. Meili, Das internationale Civil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis, Zürich 1902, p. 253 ; Mamelok, *op. cit.*, note n° 64, p. 55 ss. ; A.F. Schnitzer, Die Treuhand (der Trust) und das internationale Privatrecht, dans : Gedächtnisschrift Ludwig Marxer, Zürich 1963, p. 88 ss.

¹⁰⁴ Cf. ATF 81 II, p. 197 ; S.J.Z. 1958, p. 21.

n'ont aucune spécificité en droit suisse. Nous pouvons en conséquence utiliser le vocable le plus général qui soit, celui de « société étrangère ». Nous l'utiliserons tout au long de la présente étude sans apporter beaucoup de nuances. Le terme de « personne morale » ou de « personne juridique » est manifestement insuffisant en matière de reconnaissance. Après la démonstration que nous avons apportée, nous pouvons admettre que la reconnaissance n'est pas limitée aux « personnes morales » du droit étranger. La reconnaissance du sujet de droit étranger intervient, que celui-ci bénéficie ou non de la personnalité morale. Cette solution du droit suisse est extrêmement libérale et se distingue dans une large mesure des autres solutions européennes. Une telle conception du domaine de la reconnaissance s'apparente aux solutions des pays anglo-saxons.

Il est cependant évident que, notamment en matière de rattachement ou lorsqu'il s'agit d'analyser les effets de la reconnaissance (Titres II et III), les problèmes peuvent se présenter quelque peu différemment s'il s'agit d'une société commerciale ou d'une association civile. Il ne sera pas toujours possible d'entrer dans tous les détails, aussi, sous le vocable de « société », nous aurons à l'esprit le cas le plus important et le plus fréquent, celui des sociétés commerciales et plus précisément encore, celui de la société anonyme.

TITRE DEUXIÈME



LE RATTACHEMENT DES SOCIÉTÉS

CHAPITRE PREMIER

LA RÈGLE DE RATTACHEMENT EN DROIT COMPARÉ

§ 1. LES TERMES DU CHOIX.

Il s'agit maintenant de déterminer ce que nous avons convenu d'appeler l'« allégeance juridique » des sociétés ou, si l'on préfère s'en tenir à la terminologie classique de droit international privé, la loi qui régit la société. Il s'agit en effet d'un problème ordinaire de détermination du droit applicable et la terminologie classique du droit international privé peut être utilisée.

Le problème du choix d'un critère de rattachement pour les sociétés a fait, et fait encore, l'objet de controverses passionnées. Ces conflits de doctrines n'ont évidemment pas été sans influencer profondément la jurisprudence qui, comme nous le verrons, présente dans un nombre important de pays un rare degré de complexité, voire de confusion. Il ne peut être question de donner ici une représentation complète de toutes les théories qui, dans l'histoire du droit international privé des sociétés, ont été échafaudées par les auteurs. Ce travail serait fastidieux et sans intérêt, car nous verrons que si le conflit de doctrines subsiste, il s'est considérablement simplifié, bon nombre de théories anciennes étant totalement abandonnées¹⁰⁵.

L'énumération qui va suivre se limitera aux critères qui ont joué ou jouent un rôle pratique :

¹⁰⁵ Pour un exposé complet des diverses théories jadis échafaudées cf. E. Hilton Young, *Foreign companies and other corporations*, Cambridge 1912, p. 113 ss. Cf. aussi P. Arminjon, *Les sociétés, les associations et les fondations en Droit international privé*, dans : *Revue de droit international et de législation comparée* 1927, p. 377 ss. ; Marcel-Edouard Cuq, *La nationalité des sociétés*, thèse Paris 1921, p. 46 ss.

A) *Le critère dit « du lieu (ou centre) d'exploitation ».*

L'appellation de cette règle de rattachement est explicite en elle-même ; c'est en ce lieu que la société manifeste extérieurement et effectivement son activité sociale. Lyon-Caen et Renault¹⁰⁶ justifient ce critère en ces termes : « Il semble naturel de penser que le législateur a fait les lois pour les sociétés qui fonctionnent dans les limites sur lesquelles il exerce son pouvoir. » Ce critère correspond dans une certaine mesure au « lieu d'exécution », point de rattachement très important en droit international privé, notamment en matière contractuelle.

Le contrat de société crée un nouveau sujet de droit dont l'activité peut s'exercer en de multiples lieux. Il s'ensuit que le critère du centre d'exploitation entraîne des difficultés pratiquement inextricables. Les lieux d'exploitation sont très fréquemment multiples et ne coïncident pas toujours avec le centre véritable des intérêts sociaux. Cette théorie implique la possibilité d'un certain contrôle de l'Etat dans lequel se localise l'activité sociale, et cette circonstance explique qu'elle ait été, et est encore adoptée par certains ordres juridiques. La jurisprudence française fut primitivement favorable à ce critère, mais elle l'a abandonné en faveur du « siège social » dès 1870, en reconnaissant la qualité de société française à une société dont le siège se trouvait en France et qui construisait un port à Cadix¹⁰⁷.

On peut voir dans la jurisprudence française certaines résurgences du critère dit du « lieu ou centre d'exploitation ». Ainsi, l'arrêt « Remington » du 12 mai 1931¹⁰⁸ retient le « centre principal d'exploitation ». Cette décision n'a cependant pas la portée d'un arrêt de principe et l'évolution ultérieure de la jurisprudence française le montre bien (cf. infra p. 48).

Le Code civil italien contient un art. 2505, selon lequel « les sociétés constituées à l'étranger qui ont sur le territoire de l'Etat le siège de l'administration ou *l'objet principal de l'entreprise* sont soumises, même pour les conditions de validité de l'acte constitutif, à toutes

¹⁰⁶ Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial* II, 5^e éd., Paris 1929, n° 1167, p. 1027.

¹⁰⁷ Cf. H. Batiffol, *op. cit.*, note n° 5, n° 193.

¹⁰⁸ Exégèse et références c/o H. Batiffol, *Observation sur le problème de la nationalité des sociétés*, dans : *La società per azioni alla metà del secolo XX*, studi in memoria di Angelo Sraffa, Padova 1962, p. 68. On a également vu dans cet arrêt l'influence voilée du « contrôle ».

les dispositions de la loi italienne ». ¹⁰⁹ On peut en déduire que le droit italien retient ce critère sous forme alternative.

B) *Le « contrôle ».*

En période de crises politiques graves et de conflits internationaux, les canons ordinaires du droit privé cèdent le pas devant les impératifs de protection des intérêts économiques nationaux. Dans ces périodes troublées, on a parfois cherché à lever le voile de l'anonymat social et refusé de déterminer l'allégeance juridique des sociétés par les règles ordinaires du droit international privé. On a alors cherché à savoir en main de qui se trouvait le contrôle effectif de la société, pour conférer à celle-ci une allégeance qui s'écarte éventuellement de sa « nationalité d'apparence ». Divers sous-critères sont alors utilisés, le plus souvent cumulativement : nationalité des associés, des administrateurs, origine des capitaux, etc.

Il semble cependant que cette théorie n'ait jamais été utilisée que pour faire la discrimination entre ce qui est ennemi et national dans les secteurs qui intéressent spécialement les intérêts vitaux en temps de crise. Le « contrôle » ne constitue donc pas un mode complet de rattachement. Il est essentiellement utilisé pour l'assignation du caractère ennemi. Son rôle est donc surtout négatif.

Ce système de rattachement a été largement utilisé en France durant la guerre de 1914 à 1918, puis rapidement abandonné au profit du critère du « siège social », qui a ressurgi avec la paix ¹¹⁰. Mais la notion de contrôle devait revivre ultérieurement en France dès la menace de la deuxième guerre mondiale. Elle est réapparue à travers divers décrets-lois qui affectaient directement la question du rattachement des sociétés ¹¹¹. La France n'a pas le monopole de l'usage de ce critère en temps de crise et divers autres pays l'ont éga-

¹⁰⁹ Trad. : « Code civil italien » publiée par le service de la législation étrangère du Ministère belge des affaires étrangères et du commerce extérieur, Bruxelles 1955. Une disposition dont la portée est presque identique est également située dans le Code civil égyptien à l'art. 53.

¹¹⁰ Pour un historique détaillé et des références jurisprudentielles, cf. Batiffol, *op. cit.*, note n° 5, p. 228 et note n° 108.

¹¹¹ Cf. R. Savatier, La condition, en droit international privé, des personnes morales dans les divers décrets-lois français de 1939, dans : *Revue critique* 1939, p. 418.

lement utilisé, notamment la Grande-Bretagne¹¹². Par contre, cette théorie n'a jamais joué aucun rôle en Suisse, même durant les périodes de guerre mondiale.

Ces essais ne survivent généralement pas à la crise qui les a fait naître. En temps ordinaire, de tels critères entraînent des difficultés pratiques quasi insurmontables. Quel rôle peut-on faire jouer à la nationalité des actionnaires ou à l'origine des capitaux, précisément pour les sociétés de capitaux dont le principe est l'anonymat, et alors que les associés sont fréquemment inconnus ou sont propriétaires de titres au porteur d'une extrême mobilité. Le sous-critère de la nationalité des administrateurs n'implique pas moins de difficultés pratiques.

Malgré ces inconvénients, il faut constater que le critère du contrôle peut être utilisé chaque fois que des circonstances spéciales prévalent. Il faut donc se garder de le considérer actuellement comme appartenant à l'histoire.

C) *Le « siège social ».*

Nous avons vu que la jurisprudence française abandonna le critère du centre d'exploitation pour celui du siège social. Ce nouveau point de rattachement devint peu à peu prédominant, puis exclusif en France¹¹³. Mais qu'est-ce que le « siège social » ? La définition de ce point de rattachement soulève des difficultés, car elle ne dépend pas forcément d'un simple élément de fait. Selon la doctrine française, le siège social est « le centre de la vie administrative de la société ; c'est le cerveau qui élabore les ordres et les transmet aux membres pour leur réalisation ». ¹¹⁴ Ce sera en général le lieu où se réunissent les différents organes dirigeants de la société. La réunion dans un même lieu du conseil d'administration et des assemblées générales est considérée comme le meilleur indice du siège social. Mais, et c'est ici que les difficultés commencent, ce siège ne se confond pas forcément avec le siège statutaire. Les statuts peuvent fixer le siège de la

¹¹² Cf. Ch. De Visscher, « La nationalité et le caractère ennemi des sociétés commerciales d'après la jurisprudence des cours anglaises », dans : *Revue de droit international privé et de droit pénal international* 1917, p. 501 et ss., ainsi que du même auteur : *La technique de la personnalité juridique en droit international public et privé*, dans : *Revue de droit international et de législation comparée*, 3^e série, 1936, p. 475 ss., notamment p. 478. Sur la notion de contrôle en droit comparé, cf. Rabel, *op. cit.*, note n° 31, tome II, p. 56 ss.

¹¹³ Cf. Batiffol, *op. cit.*, note n° 5, p. 231.

¹¹⁴ Cuq, *op. cit.*, note n° 105, p. 60.

société dans un lieu, alors que la direction effective se trouve dans un autre lieu. C'est cette direction effective qui est déterminante, car le siège social doit toujours être réel, c'est-à-dire sérieux et non fictif. Il est matériel et implicite, toujours situé là où résident les organes juridiques directeurs de la société. La jurisprudence française se montre rigoureuse sur ce point et contrôle la réalité du siège lorsqu'elle fait application de la règle de rattachement, comme le montre le passage suivant d'un arrêt de la Cour de cassation :

Attendu qu'en effet... le siège social était établi à Paris, et que cette indication, loin d'être nominale ou fictive, a été effective et sérieuse; qu'il résulte des documents produits que les assemblées des actionnaires et du conseil d'administration n'ont cessé de se tenir à Paris pendant toute la durée de la société; que de ce centre d'action émanaient la direction et le contrôle supérieur de la société ;... ¹¹⁵

Cette théorie est, on le voit, essentiellement axée sur la réalité du siège. Il semble que l'idée dominante est celle de la lutte contre la fictivité du siège. Le rattachement se révèle finalement être fonction de l'hypothèse de la dissociation entre le siège statutaire et le siège réel. Nous verrons plus bas ce qu'il y a lieu de penser de cette démarche qui pose la règle en fonction de l'exception (cf. *infra* p. 95 ss.). La conséquence en est que l'on parle de moins en moins de la théorie du « siège social » et de plus en plus de la théorie du « siège réel ». L'usage de l'appellation « théorie du siège réel » est d'ailleurs heureux, car il est de nature à éviter la confusion. Il existe en effet au moins deux acceptions de la théorie du siège. L'une, classique, que nous exposons présentement, mérite pleinement cette dénomination. L'autre, qui, comme nous le montrerons plus bas (cf. *infra* p. 80), prévaut dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, est à proprement parler une théorie du « siège social », la désignation statutaire du siège y jouant un rôle déterminant, mais non exclusif.

Des difficultés surgissent cependant, de par la définition même de la doctrine du siège réel, pour les sociétés de dimension internationale, lorsque l'un ou l'autre des éléments de direction sont dispersés dans différents pays ¹¹⁶. Un arrêt de la Cour de cassation française fait, pour cette circonstance, prévaloir le lieu de la réunion du conseil

¹¹⁵ Cour de cassation du 30 janvier 1882 ; Dalloz ; Recueil périodique et critique 1883, première partie, p. 223.

¹¹⁶ P. Lerebourg-Pigeonnière, *Droit international privé*, 8^e éd. par Y. Lousouarn, Paris 1962, p. 284.

d'administration sur celui de l'assemblée générale ¹¹⁷. Il paraît cependant évident que, dans des circonstances de ce genre, la disposition statutaire qui désigne le siège social sera appelée à jouer un rôle. Dans la mesure où le lieu indiqué n'est pas fictif, c'est-à-dire dans la mesure où la direction y fonctionne réellement, ce lieu sera déterminant, même si tous les éléments de direction n'y sont pas réunis ¹¹⁸.

La doctrine française du siège réel a été combattue par d'éminents auteurs, notamment par Pillet, qui tente un compromis entre la doctrine du siège social et celle de l'incorporation, en affirmant :

L'on doit considérer que le siège social réel d'une société est au lieu de sa constitution. ¹¹⁹

Cette opinion est reprise par Niboyet ¹²⁰. La jurisprudence n'a cependant pas été modifiée ¹²¹.

L'influence de l'adhésion française à la Convention de La Haye concernant la reconnaissance des sociétés, associations et fondations étrangères, s'est déjà manifestée ¹²².

La doctrine du siège réel prévaut également en *Allemagne fédérale*. Le centre administratif (*Verwaltungssitz*) est déterminant ¹²³. Le siège doit également être réel ¹²⁴. La jurisprudence allemande est favorable à ce critère ¹²⁵ bien qu'un mouvement de doctrine hostile se soit développé. La théorie de l'incorporation a depuis fort longtemps ses partisans dans ce pays ¹²⁶.

¹¹⁷ Arrêt de la Cour de cassation du 7 juillet 1947, *Cie du Cambodge c/ Administration de l'Enregistrement* ; *Revue critique* 1949, p. 78.

¹¹⁸ Tribunal civil de Lille du 21 mai 1908 ; *Dalloz* ; *Recueil périodique et critique* 1910, 2^e partie, p. 41.

¹¹⁹ Pillet, *op. cit.*, note n° 3, p. 134.

¹²⁰ J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, Paris 1948, tome V, n° 1542, p. 559.

¹²¹ Batiffol, *op. cit.*, note n° 108, p. 69.

¹²² Cf. Cour d'appel de Paris du 19 mars 1965, *Bakalian et Hadjthomas c/ Banque Ottomane*, *Journal Clunet* 1966, p. 117.

¹²³ G. Beitzke, *Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdenrecht*, München und Berlin 1938, p. 188.

¹²⁴ Cf. L. Raape, *Internationales Privatrecht*, 5^e éd., Berlin et Frankfurt 1961, p. 196.

¹²⁵ Cf. par ex. : *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* Band 159, p. 34, notamment p. 46. Pour un exposé complet de la jurisprudence allemande cf. G. Kegel, *Das internationale Privatrecht im Einführungsgesetz zum BGB*, Stuttgart 1961, p. 679 note n° 5.

¹²⁶ Cf. E. Frankenstein, *Internationales Privatrecht*, Berlin 1926, tome I, p. 458 ss. ; Arthur Nussbaum, *Deutsches internationales Privatrecht*, Tübingen 1932, p. 185 ss. ; F.A. Mann, *Zum Problem der Staatsangehörigkeit der juristischen Person*, dans : *Festschrift für Martin Wolf*, Tübingen 1952, p. 271 ss.

Le critère du siège réel est dominant dans de nombreux autres pays européens, mais la situation y est souvent controversée.

D) *Le critère dit de « l'incorporation ».*

Depuis 1724¹²⁷ la Grande-Bretagne, puis, dans son sillage, les Etats-Unis, sont fidèles à la théorie de l'incorporation, en vertu de laquelle la société est régie par la loi du lieu où les formalités de constitution ont été accomplies.

On pourrait théoriquement distinguer :

- d'une part le pays où les formalités constitutives sont accomplies ;
- d'autre part le pays qui accorde la personnalité.

L'expression anglaise « place of incorporation »¹²⁸ correspond à la première acception. Par contre l'expression allemande « Verleihungsstaat »¹²⁹ semble s'apparenter à la deuxième.

Il se peut que, dans certains cas spéciaux, les deux acceptions ne se recouvrent pas, ce qui est évidemment source de difficultés. Citons à titre d'exemple le passage suivant d'un arrêt de la Cour de Justice de Genève :

Le 15 juin 1950 fut créé à Genève, en conformité avec les lois panaméennes, la société Photonic S.A. (SIP) dont le siège est à Panama.¹³⁰

Cette distinction n'a cependant ni arrêté, ni intéressé les auteurs qui sont partisans de ce critère de rattachement. Ils retiennent simplement que l'ordre juridique selon lequel les formalités constitutives s'accomplissent préside à la naissance du sujet de droit et le régit par la suite. Selon Rabel¹³¹ « ... the rule appears to have been accepted as self-evident ». Un tel rattachement a évidemment le plus

¹²⁷ Cf. G. Alderson Foote, De la condition légale des sociétés étrangères en Angleterre, dans : Journal Clunet 1882, p. 463 ss.

¹²⁸ Cf. par exemple l'expression chez Dicey and Morris on the conflict of laws, 8^e éd., Londres 1967.

¹²⁹ Cf. par exemple l'expression chez A. Nussbaum, Deutsches internationales Privatrecht, Tübingen 1932. La théorie de l'incorporation se traduit en allemand couramment par « Verleihungstheorie ».

¹³⁰ Arrêt Cadic S.A. c/ Hofer du 14 octobre 1952, S.J. 1954, p. 49.

¹³¹ E. Rabel, *op. cit.*, note n° 31, tome II, p. 31.

souvent l'avantage de la simplicité et de la clarté. La loi de l'incorporation est en effet toujours connue ¹³².

Il est utile de mettre en évidence le fondement de la théorie de l'incorporation selon le droit anglo-américain. Cela permet de démontrer à quel point cette doctrine appartient spécifiquement à ces droits. Cheshire ¹³³ justifie en ces termes le recours à la doctrine de l'incorporation :

Questions concerning the status of a body of persons associated together for some enterprise, including the fundamental question whether it possesses the attribute of legal personality, must on principle be governed by the same law that governs the status of the individual, i.e. by the law of domicile... In case of the natural person it is the domicile of his father, in the case of the juristic person it is the country in which it is born, i.e. in which it is incorporated.

C'est donc à titre de son analogie avec un « domicile of origin » que la place de l'incorporation intervient comme règle de conflit de lois. Cependant, par rapport à celui des personnes physiques, ce domicile a une particularité :

But the domicile of a corporation has this peculiarity, that it cannot be changed. It cannot be converted into a domicile of choice. '...The domicile of origin, or the domicile of birth, using with respect to a company a familiar metaphor, clings to it throughout its existence.'

Ainsi, on est tenté de dire qu'en droit anglo-américain ¹³⁴, c'est également le domicile qui est le critère de rattachement, étant entendu que ce domicile est et demeure dans le pays de l'incorporation. C'est bien cette conception du rattachement des sociétés qu'ont proposé les auteurs français Pillet et Niboyet, qui ont donné leur faveur à une

¹³² Il en est en tout cas ainsi en droit anglais, puisque l'article 348 du « Companies Act » prévoit pour les « companies » l'obligation d'indiquer selon quel droit elles sont incorporées. Cf. à ce sujet J. Westlake, *A Treatise on Private International Law with special References to its Practice in England*, 7^e éd., Londres, p. 380.

¹³³ G.C. Cheshire, *Private International Law*, 7^e éd., Londres 1965, p. 84.

¹³⁴ La même analogie entre le domicile des sociétés et le « domicile of origin » des personnes physiques est faite par : Dicey and Morris on the conflict of laws, 8^e éd., Londres 1967, p. 481, et R.H. Graveson, *The Conflict of Laws*, Londres 1965, p. 181, et A.A. Ehrenzweig, *A Treatise on the conflict of Laws*, St-Paul Minn. 1962, p. 374.

conception de la notion de domicile qui tente la liaison avec la notion d'incorporation (cf. *supra* p. 50).

Une objection se présente cependant d'emblée à l'esprit : les droits continentaux ignorent pratiquement tous la notion anglo-saxonne du domicile et l'application sur le continent de la théorie de l'incorporation ne peut en aucune manière trouver une justification théorique par référence à la notion de domicile. Cela est si vrai que les auteurs continentaux qui se déclarent favorables à la théorie de l'incorporation, ne font pas usage de la notion de domicile et opposent même leur doctrine à celle qui se fonde sur le siège, autrement dit sur le domicile de la société. Ils font appel à un concept autonome qui est « le lieu où les formalités constitutives sont accomplies ». Ces auteurs invoquent à l'appui de leur thèse des arguments basés, non pas sur une quelconque analogie avec une institution qui existe pour les personnes physiques, mais sur de simples considérations d'ordre logique : une société n'existe que si un ordre juridique lui accorde l'existence, que ce soit par le truchement d'une concession ou par le simple effet d'une disposition légale. Il est dès lors nécessaire et logique, selon eux, que seul cet ordre juridique soit appelé à régir la société dès sa naissance et jusqu'à sa dissolution¹³⁵.

§ 2. L'ENJEU DU CONFLIT DE DOCTRINES CONCERNANT LE RATTACHEMENT DES SOCIÉTÉS.

Il est certain que le conflit de doctrines concernant le rattachement des sociétés en droit international privé s'est considérablement simplifié. On peut dire qu'actuellement seules deux conceptions principales s'affrontent, l'une favorable à un rattachement par le siège réel, l'autre par l'incorporation. Il ne faut cependant pas totalement négliger dans le bilan les résurgences toujours possibles de la théorie du contrôle. On en vient à se poser la question de l'enjeu de cette dispute doctrinale. Le conflit mérite-t-il le flot d'encre qu'il a fait et qu'il fait encore couler ? C'est cet enjeu que nous allons tenter de mettre en évidence. Nous constatons que chez la plupart des auteurs, le choix n'est pas tellement fonction des qualités spécifiques de l'une ou de l'autre de ces théories. Ce ne sont pas essentiellement des considérations propres aux règles de conflits de lois qui déterminent les uns ou les autres, mais c'est un problème connexe, qui est celui de la

¹³⁵ Cf. Frankenstein, Nussbaum et Mann, *op. cit.*, note n° 126.

fictivité du siège social. Choisir l'une, plutôt que l'autre de ces théories, c'est fourbir ses armes pour se préparer à la lutte contre la fictivité du siège ou, au contraire, s'apprêter à ne pas dégainer l'épée. Et c'est bien là la plus remarquable particularité du conflit de doctrines concernant le rattachement des sociétés. Le choix que l'on est appelé à faire en faveur de l'un ou l'autre de ces points de rattachement n'est donc pas fonction du cas normal d'une société ayant son siège réel au lieu de son siège statutaire, mais fonction du cas exceptionnel et anormal de la dissociation entre le siège réel et le siège statutaire. La démarche paraît curieuse. Le problème du rattachement des sociétés ne se confond pas avec celui de la lutte contre la fictivité du siège. C'est le propre de la théorie du siège réel que de proposer un critère de rattachement qui soit en même temps un instrument de lutte contre la fictivité du siège. En effet, un siège ne peut être « réel » que par rapport à un siège « fictif ». Dans son intitulé même, cette théorie affiche son objectif.

On peut cependant se poser la question de savoir si le problème de la fictivité du siège social ne dissimule pas l'enjeu véritable du conflit entre la théorie du siège social et la théorie de l'incorporation. Cet enjeu est mieux mis en évidence si l'on reste strictement sur le terrain de la définition des règles de rattachement proposées.

Si seule l'incorporation est déterminante pour la désignation du droit applicable à la société, le centre effectif de l'administration sociale pourra se trouver dans un autre endroit que le lieu de l'incorporation. Il n'en résultera aucune conséquence en ce qui concerne le droit qui régit la société. Selon la doctrine de l'incorporation, les attaches effectives que peut avoir une société avec le pays dans lequel se trouve sa direction centrale sont sans effet sur la règle de rattachement. Les fondateurs peuvent donc choisir librement le pays de l'incorporation, ils déterminent par là même le droit qui régira la société. Ils peuvent ensuite localiser la direction effective de celle-ci dans un autre endroit, la société demeure régie pour toute son existence par la loi de l'incorporation. Selon cette doctrine, l'opération est parfaitement licite. La théorie de l'incorporation conduit donc, en dernière analyse, à un libre choix du droit applicable à la société, choix qui peut s'effectuer en dehors des contingences et des circonstances de fait.

Par contre, selon la théorie du siège réel, le choix ne peut se faire librement. Le droit applicable est fonction d'une circonstance matérielle, qui est la localisation effective du centre de l'administration sociale. L'autonomie de la volonté des fondateurs n'a donc pas d'in-

cidence sur le critère de rattachement et elle est impuissante à déterminer seule le droit qui régit la société. Cette constatation ne restreint d'ailleurs en rien la liberté qu'ont les fondateurs de choisir l'endroit où ils veulent situer le siège effectif de leur entreprise. La liberté qu'ils ont ne se rattache pas cependant à ce qu'il est convenu d'appeler l'autonomie de la volonté en matière de détermination du droit applicable, mais plus simplement à la liberté d'établissement.

Les fondateurs ont-ils la liberté de choisir le droit applicable à la société ou, au contraire, ce droit doit-il être déterminé implicitement, en dehors de l'intervention de la volonté des intéressés, par un lien réel d'appartenance ? On le voit maintenant clairement, *c'est l'autonomie de la volonté en matière de rattachement des sociétés*, la liberté du choix du droit applicable, qui est en cause. Tel est l'enjeu véritable de cette dispute doctrinale.

Encore une fois, cet aspect fondamental de la question semble ne guère avoir intéressé les auteurs. Ceux-ci préfèrent mettre en évidence les avantages ou les inconvénients pratiques des deux doctrines. On met toujours à l'actif de la théorie de l'incorporation la « sécurité » du rattachement, a priori déterminé, préférable à cet égard à un rattachement qu'il faut déduire d'indices matériels qui sont tous susceptibles de se contredire les uns avec les autres (par exemple non-identité du siège du conseil d'administration avec le siège de l'assemblée générale !) et dont l'interprétation, enfin, peut faire l'objet de discussions. A ces arguments, les tenants de la théorie du siège réel opposent les dangers d'un rattachement qui peut n'être choisi à l'étranger que dans le dessein de soustraire la société aux normes de contrôle impératives instituées par la loi nationale. La théorie de l'incorporation, disent ses adversaires, autorise l'installation d'entreprises nominalelement localisées à l'étranger, mais qui n'y ont en fait aucune attache sérieuse, et n'y sont créées que dans le dessein de se soustraire à la loi nationale. (Evasion fiscale, violation des dispositions impératives du droit successoral, du droit des sociétés, du droit des poursuites et de la faillite, des règles sur le contrôle des fondations, etc. etc.).

Il ne peut être question de trancher « in abstracto » en faveur de l'une ou de l'autre de ces doctrines. Notre avis ne serait d'ailleurs qu'une profession de foi supplémentaire qui viendrait s'ajouter aux autres. Par contre, il nous paraît déjà possible d'affirmer qu'il y a lieu de dissocier l'examen de la règle de rattachement, de la lutte contre les abus et les fraudes. Il nous paraît que la démarche qui tend à fondre ces deux problèmes en un seul procède d'une mauvaise

logique. Il y aura donc lieu de mettre en évidence pour elle-même la règle de rattachement donnée par le droit international privé de notre pays. Pour ce faire, il faut partir de l'hypothèse normale et non pas du cas pathologique, tant il est vrai qu'il ne faut pas poser la règle générale en fonction de l'exception. Nous mettrons ensuite en évidence les mécanismes de défense contre les cas possibles d'abus et de fraude. Il ne nous paraît en effet pas possible d'admettre a priori que dans ce domaine du droit — à titre d'unique exception — la fraude et les abus sont licites. Cette conséquence extrême de la théorie de l'incorporation nous paraît pouvoir être d'emblée et, à ce stade déjà, déclarée incompatible avec les principes fondamentaux de notre droit.

§ 3. LES SOLUTIONS PROPOSÉES PAR LES ORGANISMES INTERNATIONAUX ET LES SOCIÉTÉS SAVANTES.

Avant de traiter le problème du rattachement selon le droit positif suisse, il faut encore examiner les solutions proposées par les principaux organismes internationaux et sociétés savantes qui ont étudié la question du rattachement des sociétés. Ces travaux et ces projets présentent un grand intérêt car, dans chaque ordre juridique, les oppositions doctrinales sont si fondamentales qu'une solution claire ne peut plus guère être attendue du droit interne. Les solutions s'imposeront plus facilement si elles tirent leur source d'une convention internationale multilatérale. L'intérêt de ces travaux réside également dans le fait qu'ils représentent chacun une tentative de compromis entre les deux principales théories que l'on oppose. La possibilité d'un compromis et ses termes éventuels doivent intéresser au plus haut point le juriste suisse car, comme nous le verrons, la solution suisse est, elle aussi, fondée, dans la mesure où elle refuse les conséquences extrêmes des deux théories rivales, sur une solution de compromis.

De très nombreux projets de conventions et de très nombreuses recommandations ont été émises concernant la reconnaissance internationale des sociétés. Ils traitent tous essentiellement du problème du rattachement, qui lui est lié par la relation nécessaire que nous avons mise en évidence. Ces projets sont d'inégale valeur et reflètent souvent l'état de la doctrine au temps de leur rédaction. Niederer¹³⁶ en a dressé l'inventaire à la veille de la septième session de la Conférence de La Haye de droit international privé. Il peut être renvoyé à cet ouvrage pour tous les projets et travaux qui précèdent 1951. La

¹³⁶ Cf. W. Niederer, *op. cit.*, note n° 55, p. 166.

septième Conférence de La Haye n'a pas été l'aboutissement des discussions internationales, mais au contraire un point de départ. Cette conférence a donné une impulsion nouvelle à la doctrine et a mis en évidence l'intérêt du sujet débattu. Nous allons étudier les développements postérieurs à 1951 et nous y trouverons une constante qui en fait l'intérêt : Depuis les travaux de La Haye, il est apparu que l'opposition entre la théorie de l'incorporation et la théorie du siège réel est un problème fondamental qu'il faut dominer. Tous les travaux sont donc axés sur la recherche du « pont » qu'il faut établir entre les deux conceptions.

A) *Convention concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères du 1^{er} juin 1956, élaboré par la 7^e session de la Conférence de La Haye de Droit international privé* ¹³⁷.

La question N° 6 du questionnaire envoyé aux Etats participants incitait ceux-ci à prendre position sur le problème du conflit entre la théorie du siège réel et celle de l'incorporation. Les Etats ont donné des réponses extrêmement diverses. Quatre pays se prononcent nettement en faveur de la théorie de l'incorporation (l'Allemagne, la Grande-Bretagne, l'Italie et la Suisse). Quatre autres pays sont en faveur de la théorie du siège réel (l'Espagne, la France, le Luxembourg et les Pays-Bas) ¹³⁸. On a l'impression que les experts gouvernementaux ont bien souvent exprimé plus leur opinion personnelle que la règle de droit positif de l'Etat qu'ils représentaient ! Les autres pays ne répondent pas à la question posée ou proposent des variantes. Les experts s'efforceront de mettre sur pied un compromis qui, tout en posant le principe du rattachement par l'incorporation, dont les qualités de simplicité et de sécurité sont reconnues, sauvegarde les intérêts des Etats qui refusent d'admettre les conséquences fâcheuses qu'un tel rattachement peut impliquer et sont dès lors partisans de la théorie du siège réel.

L'article premier, alinéa 1, consacre donc la primauté du principe de l'incorporation en ces termes :

La personnalité juridique, acquise par une société, une association ou une fondation en vertu de la loi de l'Etat contractant où les forma-

¹³⁷ Signatures et ratifications, cf. note n° 38. Travaux préparatoires ; cf. Actes et Documents relatifs à la septième session de la Conférence de La Haye de Droit international privé ; imprimerie nationale La Haye 1952.

¹³⁸ Cf. Documents *op. cit.*, note n° 137, p. 446.

lités d'enregistrement et de publicité ont été remplies et où se trouve le siège statutaire, sera reconnue de plein droit dans les autres Etats contractants, pourvu qu'elle comporte, outre la capacité d'ester en justice, au moins la capacité de posséder des biens et de passer des contrats et d'autres actes juridiques.

On a ajouté à la définition du critère de rattachement la nécessité de la présence du siège statutaire au lieu de l'incorporation. Nous verrons plus bas (cf. p. 92) que le critère de l'incorporation ne peut en aucune manière être confondu avec le critère du siège statutaire. Il ne faut donc pas voir dans cette adjonction un simple complément à la définition de « l'incorporation ». Il s'agit bien d'un critère additionnel.

Les concessions à la théorie du siège réel interviennent cependant dès l'article 2. Elles visent deux situations distinctes :

a) Toutefois, la personnalité acquise conformément aux dispositions de l'article premier pourra ne pas être reconnue dans un autre Etat contractant dont la loi prend en considération le siège réel, si ce siège y est considéré comme se trouvant sur son territoire.

Ainsi par exemple, le droit international privé français pourrait refuser la reconnaissance d'une société dont le siège réel est situé en France, mais qui est incorporée en Angleterre, où elle a son siège statutaire. Dans ce cas important de conflit, la Convention de La Haye ne fait que consacrer le statu quo.

En vertu de l'article 2, alinéa 2 :

b) la personnalité pourra ne pas être reconnue dans un autre Etat contractant, dont la loi prend en considération le siège réel, si ce siège y est considéré comme se trouvant dans un Etat dont la loi le prend également en considération.

Ainsi, la société qui a son siège réel en France, mais qui est incorporée en Grande-Bretagne où elle a son siège statutaire, ne peut invoquer le bénéfice de la reconnaissance en Espagne, car ce pays prend en considération la théorie du siège réel et considèrera dès lors que la société devrait être soumise au droit français. Ici encore, la Convention ne fait que consacrer le statu quo.

Par contre, par le bénéfice de la Convention, il n'est pas possible de refuser en France la reconnaissance d'une société constituée en Turquie et qui a son siège réel en Grande-Bretagne, puisque la Grande-Bretagne n'adhère pas à la théorie du siège réel. C'est ce qu'a

judicieusement constaté la Cour d'appel de Paris dans l'affaire de la Banque Ottomane¹³⁹, en faisant, par avance, application de la Convention, qui n'est pas encore en vigueur. On peut se demander d'ailleurs, si le simple usage de la notion du renvoi ne conduit pas exactement au même résultat.

L'article 2, alinéa 4, prévoit d'autre part que dans les deux circonstances décrites sous lettres *a*) et *b*) ci-dessus, la reconnaissance ne pourra pas être refusée si la société transfère, dans un délai raisonnable, son siège réel dans un Etat qui accorde la personnalité sans prendre ce siège en considération. La Convention instaure donc un correctif à la non-reconnaissance, elle accorde une possibilité de sursis et crée un remède à la situation. C'est bien là d'ailleurs un de ses apports les plus intéressants. En effet, force nous est de constater, pour le reste, que le compromis proposé ne constitue pas une tentative bien audacieuse. La Convention ne modifie en tout état pas la règle de rattachement dans les divers Etats contractants. D'autre part, la solution proposée ne met pas fin aux conflits. Cependant l'article premier est susceptible d'avoir une influence sur le droit interne des Etats ratifiants et l'audacieux arrêt de la Banque Ottomane en est l'illustration. Il y est en effet dit que le législateur français qui a ratifié la Convention par la loi du 30 juillet 1963, « fait siens les principes qui y sont exprimés, notamment ceux de l'article premier ». Nous n'entendons pas nous prononcer ici sur les mérites de cette interprétation pour le moins extensive d'un texte conventionnel qui n'est d'ailleurs pas en vigueur, mais simplement souligner l'influence indirecte que la Convention peut avoir sur la jurisprudence des Etats qui la ratifient.

B) « *Draft convention on conflicts of law relating to companies* » (1960), émis par the International Law Association.

L'« International Law Association » a repris dès 1952 le travail accompli par la Conférence de La Haye de 1951. A la Conférence de Lucerne (1952) l'I.L.A. arrêta les questions à étudier et des rapports successifs furent présentés et discutés aux Conférences d'Edimbourg (1954), de Dubrovnik (1956), de New-York (1958) et, enfin, de Hambourg (1960)¹⁴⁰.

Le projet de convention est limité aux sociétés par actions (article 1).

¹³⁹ Référence ad note n° 39.

¹⁴⁰ International Law Association ; Reports ; 1952, p. 67 ; 1954, p. 364 ; 1956, p. 319 ; 1958, p. 629 et 1960, p. 62 avec le texte définitif.

L'article 2, alinéa premier, a la teneur suivante :

The personal law of a company is the law of the country where that company is incorporated.

Il semble, à la lecture des travaux préparatoires, que l'adoption de cette règle de base n'ait pas soulevé de difficultés. Par contre, c'est essentiellement la formulation de l'exception qui a fait l'objet de débats importants. On peut constater que la Convention de La Haye ne tend pas à la recherche d'une solution au problème de l'usage abusif de la règle de rattachement, usage destiné à éluder la loi. Le rattachement peut-il s'effectuer par le simple jeu de circonstances élues par les intéressés ou doit-il, au contraire, dépendre aussi de circonstances matérielles dont l'effectivité doit être prouvée ? La Convention de La Haye n'a pas examiné cette question, pourtant fondamentale. L'I.L.A., au contraire, s'y attaque.

L'I.L.A. ne manifeste aucune hostilité de principe à l'encontre de l'usage de la notion de fraude à la loi. En conséquence, il peut être admis que les pays du siège réel fassent valoir l'exception de non-reconnaissance en cas de « fraudulent evasion of the law of the place of central management ». Mais nous allons constater qu'il n'est pas fait directement usage de la notion de fraude à la loi ; l'I.L.A. s'est lancée à la recherche d'une formule qui fasse dépendre l'exception d'une circonstance objective.

Une certaine analogie existe entre le problème de la limitation de l'autonomie de la volonté des parties en matière de droit applicable aux contrats et le problème qui nous occupe. Mais l'autonomie des parties ne peut pas être aussi grande en droit international privé des sociétés qu'elle l'est en matière de droit international privé des contrats, car les intérêts des tiers sont touchés dans une beaucoup plus grande mesure. Le Comité de l'I.L.A. estima en conséquence que l'exigence d'un « lien effectif » (an effective connection) entre la société et le pays de l'incorporation apporte la solution du problème. Il proposa dès lors la rédaction suivante d'un article 2, alinéa 2, qui fut acceptée :

Provided that, if there is no effective connection between a company and the country in which it has been incorporated, the country in which the place of central administration is situated, and other countries that apply the place of central administration as the relevant connecting factor, are free to apply the law of the place of central administration in lieu of the law of the incorporation.

L'idée avancée est extrêmement intéressante. Nous verrons qu'elle sera d'ailleurs reprise et développée par d'autres organismes. Un correctif peut donc être apporté au rattachement par l'incorporation. Ce correctif peut être mis en œuvre par les pays partisans de la théorie du siège réel, mais seulement dans des circonstances qui, selon les principes généraux, appelleraient l'application de la notion de fraude à la loi. Cependant, et c'est là l'innovation, on ne dit pas : « Lorsque l'incorporation n'est intervenue que dans le dessein d'éluder la loi... », mais : « Lorsque la société n'a aucun lien effectif avec le pays de l'incorporation... ». Cette dernière formule a l'avantage de faire appel à une circonstance objective et c'est certainement ce qui explique son succès.

Un problème considérable subsiste cependant : qu'est-ce qu'un « lien effectif » ? Si on ne le définit pas avec plus de précision, ne retombe-t-on pas dans le domaine de l'appréciation subjective ? Cette objection a d'ailleurs été soulevée au cours des débats mêmes, en ces termes, par un participant britannique, le Dr. A. Druker ¹⁴¹ :

I submit that there will always remain doubt as to when there is and when there is not 'effective connection' between a company and its country of incorporation...

Il s'agit cependant d'une innovation intéressante, du moins par rapport à la Convention de La Haye.

Une autre innovation concerne l'effet produit par l'exception. Selon la Convention de La Haye, l'exception conduit à la non-reconnaissance de la société étrangère, selon le projet I.L.A., à l'application de la loi du pays du siège réel. L'effet pratique est sensiblement le même car l'application de la loi du pays du siège réel ne peut, en ce qui concerne les sociétés par actions, que mener au refus de la reconnaissance de la société pour vice de forme déjà. Sur le plan théorique, cette distinction est cependant importante.

Il faut mettre à l'actif de ce projet l'impulsion nouvelle qu'il a donnée au problème du rattachement. Nous allons constater que les idées qui sont avancées seront reprises et développées par d'autres organismes.

¹⁴¹ I.L.A. Report 1960, p. 72.

C) *Résolution de l'Institut de Droit International du 10 septembre 1965, concernant « Les sociétés anonymes en droit international privé »*.¹⁴²

Reprenant le sujet déjà traité lors de ses sessions de Hambourg (1891) et de New-York (1929), l'Institut de Droit International a voté, à sa session de Varsovie (1965), une résolution recommandant à l'adoption de tous les Etats une série de règles pour résoudre les conflits de lois en matière de sociétés anonymes. Les membres de la Commission ont unanimement estimé que la détermination d'un facteur de rattachement se limite actuellement aux choix entre le système de l'incorporation et celui du siège réel¹⁴³. Le choix se fit sans difficulté et tous les membres de la Commission se rallièrent au critère de l'incorporation. Le Professeur Batiffol s'exprima en ces termes¹⁴⁴ :

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...

Deux exceptions sont prévues, l'une à l'article 3, l'autre à l'article 4.

a) *Siège réel et objet principal de l'entreprise hors du territoire du pays de l'incorporation.*

L'article 3 a la teneur suivante :

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 l'incorporation et que si, *de plus*, l'objet principal de l'activité sociale se manifeste dans le pays du siège réel,

¹⁴² Annuaire de l'Institut de droit international : Session de Varsovie, 1965, p. 263 ss.

¹⁴³ Cf. Annuaire, *op. cit.*, note n° 124, p. 231.

¹⁴⁴ Cf. Annuaire, *op. cit.*, note n° 124, p. 266.

l'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.

b) *Siège réel hors du territoire de l'incorporation et absence de lien effectif avec ce territoire.*

L'article 4 a la teneur suivante :

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.

L'idée est ici de viser les sociétés qui sont internationales effectivement et « bona fide »¹⁴⁵ parce qu'elles exercent leur activité dans plusieurs pays. Si tel est le cas, le caractère véritablement international de leur activité justifie en toute circonstance l'application de la loi de l'incorporation et celle-ci ne doit pas pouvoir être méconnue. Par contre, si la société n'a aucun lien effectif avec le pays de l'incorporation, elle ne sera pas « bona fide » internationale et la reconnaissance doit pouvoir lui être refusée par les pays favorables à la théorie du siège réel. Nous retrouvons ici l'idée précédemment exploitée par l'I.L.A. d'une tentative de remplacer la notion classique de fraude à la loi par le critère objectif du « lien effectif ».

Nous constatons aussi une tentative de définition de ce qu'est le « lien effectif ». Il est cependant fait appel à des critères qui exorbitent manifestement du droit privé et font ressurgir l'idée du contrôle. Il n'est pas opportun que, même à titre d'exception, l'origine des capitaux ou la nationalité des actionnaires, jouent un rôle quelconque en matière de rattachement des sociétés.

On peut aussi reprocher au système proposé par l'Institut son absence de clarté. La rédaction des articles 3 et 4 est telle, que la distinction n'apparaît pas clairement à la lecture des dispositions. Il

¹⁴⁵ Cf. Annuaire, *op. cit.*, note n° 124, p. 234.

faut avoir recours aux travaux préparatoires pour comprendre l'intention des rédacteurs.

D) *Convention de la C.E.E. sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales, du 29 février 1968*¹⁴⁶.

L'article 220 du Traité de Rome¹⁴⁷ prévoit que les Etats membres de la Communauté engageront des négociations en vue d'assurer la reconnaissance mutuelle des sociétés. Ces négociations ont débuté à Bruxelles en 1962 et les travaux des experts ont été menés jusqu'à l'élaboration d'un projet de convention qui a été signé par les Etats membres de la C.E.E., le 29 février 1968. Aucune ratification n'est intervenue à ce jour.

Les pays de la C.E.E. ne pouvaient pas sans autre régler entre eux le problème de la reconnaissance mutuelle, partant celui du rattachement des sociétés, par une pure et simple adhésion à la Convention de La Haye, car les facultés de non-reconnaissance prévues par l'article 2 ne paraissent pas compatibles avec le droit d'établissement prévu par l'article 58 du Traité de Rome¹⁴⁸. En vertu de l'article premier de la Convention : « sont reconnues de plein droit les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, constituées en vertu de la loi d'un Etat contractant qui leur accorde la capacité d'être titulaires de droits et d'obligations, et ayant leur siège statutaire dans les territoires auxquels s'applique la présente convention. »

¹⁴⁶ Texte officiel publié par le Conseil des communautés européennes, 2, rue Ravenstein, Bruxelles 1. Le projet de convention a été établi en exécution de l'art. 220 du traité de Rome, par un groupe d'experts présidé par le professeur Goldman. Il donne lieu à une abondante littérature. Les auteurs, à l'exception de Drobnig (*op. cit.*, note n° 19) soulignent l'intérêt et l'importance de cette convention. Cf. G. Beitzke, *Zur Anerkennung von Handelsgesellschaften im E.W.G.-Bereich*, dans : *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1968, p. 91 ss. et ZHR Band 127 ; E. Cerexhe, *La reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales dans la Communauté Economique Européenne*, dans : *Revue du Marché commun* n° 110, mars 1968, p. 578 ; J. Dieu, *La reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales dans les communautés européennes*, *Cahiers de droit européen* 1968 n° 5, p. 532 ; Goldman, *op. cit.*, note n° 21, et *Rabels Z.* 1967, p. 201 ; cf. aussi J.G. Renaud, *La reconnaissance mutuelle des sociétés dans le marché commun*, dans : *Revue pratique des sociétés civiles et commerciales* 1968, p. 207 ss. et lit. ment.

¹⁴⁷ Cf. *Journal Clunet* 1958, p. 480 et 816.

¹⁴⁸ Cf. Goldman, *op. cit.*, note n° 89, p. 182.

L'article 2 étend encore le domaine de la reconnaissance aux personnes morales de droit public et aux autres sociétés de droit privé qui exercent une activité commerciale. On sait qu'à part les Pays-Bas qui, actuellement, souscrivent à la théorie de l'incorporation ^{148 bis}, les cinq autres partenaires s'en tiennent à la théorie du siège social ; aussi n'est-il pas étonnant qu'une série d'aménagements soit prévue, lorsque le siège statutaire ne coïncide pas avec le siège réel.

a) L'article 3 a la teneur suivante :

Toutefois, tout Etat contractant peut déclarer qu'il n'appliquera pas la présente convention aux sociétés ou personnes morales mentionnées aux articles 1 et 2 dont le siège réel se trouve hors des territoires auxquels s'applique la présente convention, si ces sociétés ou personnes morales n'ont pas de lien sérieux avec l'économie de l'un de ces territoires.

On constate donc préalablement que cette disposition ne vise pas les cas possibles de dissociation entre siège statutaire et siège réel qui peuvent se présenter au sein même de la Communauté. Ainsi par exemple, la France ne pourra pas refuser l'application de la Convention à une société incorporée en Belgique, où elle a son siège statutaire, mais qui a son siège réel en Allemagne. Cette disposition vise par contre le cas d'une société incorporée selon le droit d'un Etat membre de la Communauté, dans lequel elle a son siège statutaire, mais dont le siège réel est situé à l'extérieur de la Communauté. De plus une condition supplémentaire est imposée : il faut pour que l'exception soit possible, que la société n'ait pas de « lien sérieux » avec l'économie de l'un des territoires de la Communauté. Contrairement à un état antérieur du projet, qui donnait une définition de l'effectivité du lien nécessaire, qui rappelait celle proposée par l'Institut de Droit International, le texte définitif ne définit pas le « lien sérieux ». On peut être certain que l'adjonction de ce critère non défini provoquera de nombreuses difficultés d'interprétation.

b) Une deuxième situation est visée à l'article 4 :

Tout Etat contractant peut également déclarer qu'il appliquera les dispositions de sa propre loi qu'il considère comme impératives, aux

^{148 bis} La situation a cessé d'être uniforme dans les pays du marché commun depuis que les Pays-Bas ont adopté, par la loi du 25 juillet 1959, le critère de « la constitution et du siège statutaire ».

sociétés ou personnes morales mentionnées aux articles 1 et 2 dont le siège réel se trouve sur son territoire, bien qu'elles aient été constituées selon la loi d'un autre Etat contractant.

Les dispositions supplétives de la loi de l'Etat qui a fait une telle déclaration ne s'appliquent que dans l'un des deux cas suivants :

- Si les statuts n'y dérogent pas, le cas échéant par une référence expresse et globale à la loi en conformité de laquelle la société ou personne morale s'est constituée ;
- si, à défaut d'une telle dérogation dans les statuts, la société ou personne morale ne démontre pas qu'elle a exercé effectivement son activité pendant un temps raisonnable dans l'Etat contractant en conformité de la loi duquel elle s'est constituée.

Dans cette hypothèse, la Convention C.E.E. ne conduit pas à la non-reconnaissance pure et simple. On peut même logiquement déduire de cette disposition que la société incorporée dans un autre Etat membre de la Communauté sera en principe reconnue dans l'Etat du siège réel, où elle sera soumise à l'allégeance juridique de principe de l'Etat de son incorporation. Une distinction est cependant faite : les dispositions impératives de l'Etat du siège réel seront applicables à la société, ceci en dérogation à son statut personnel. D'autre part, les dispositions supplétives de cette loi seront également applicables dans les deux circonstances décrites à l'article 4, alinéa 2. Ainsi, l'Etat partisan du système du siège réel peut, par le moyen d'une déclaration, empêcher que les sociétés constituées dans d'autres Etats de la Communauté, mais en fait implantées sur son territoire, n'échappent aux règles impératives de son droit des sociétés. La route est donc barrée aux possibilités de fraude.

Mais le système est complexe. Il sera intéressant de voir comment, pratiquement, il est possible de « greffer » au statut personnel d'une société constituée selon le droit d'un Etat, les dispositions impératives du droit des sociétés d'un autre Etat. Il faut s'attendre à d'importantes difficultés d'application.

Une innovation très intéressante est apportée par cette Convention. Les restrictions introduites par les articles 3 et 4 n'ont effet que si l'Etat ratifiant le demande par déclaration expresse, faite au moment de la ratification de la Convention. Ce système a l'avantage de la clarté. Nous avons dit que, dans presque tous les ordres juridiques, la doctrine concernant le rattachement des sociétés fait l'objet de nombreuses controverses. Chaque Etat devra donc, au moment de la ratification, prendre une position claire, affirmée et transcrite par un

document face au problème du rattachement des sociétés. Ces déclarations sont de nature à faire progresser grandement l'état du droit interne de chaque Etat membre de la Communauté ¹⁴⁹.

E) *Conclusion : les tendances générales
de la doctrine moderne.*

L'étude des différentes solutions proposées récemment permet certainement de tracer les grandes lignes d'une évolution générale. La doctrine évolue sur la base de certaines constantes qui sont de mieux en mieux définies :

a) Il est hors de doute que le critère de rattachement, dit de « l'incorporation », rencontre une faveur croissante, cela principalement grâce à ses qualités de simplicité et de sécurité.

b) Il n'est pas moins certain qu'en l'état, la nécessité de tempérer l'effet de ce critère et d'admettre des exceptions, est toujours reconnue. Ces exceptions interviennent selon des modalités diverses, mais toujours lorsqu'il y a dissociation entre, d'une part le lieu de l'incorporation et du siège statutaire, d'autre part le siège réel. Ces exceptions tendent à paralyser l'effet de la règle de l'incorporation — tantôt par la pure et simple non-reconnaissance dans l'Etat du siège réel ; — tantôt par l'application à la société du droit du pays du siège réel.

c) Fréquemment, la seule dissociation entre le siège statutaire et le siège réel n'est plus en soi suffisante pour justifier l'intervention des exceptions. Une tendance de plus en plus affirmée tend à limiter le champ des exceptions, en introduisant une condition additionnelle nouvelle : pour que la reconnaissance puisse être refusée, il faut encore que la société n'ait avec le pays de son incorporation et de son siège statutaire aucun « lien effectif » ou « lien sérieux ». Cette condition supplémentaire, qui dérive de la notion de fraude à la loi tout en cherchant à la suppléer, est un concept « objectif », c'est-à-dire dépendant de circonstances matérielles. En l'état de la doctrine, ce concept nouveau n'est pas défini ou l'est d'une manière insatisfaisante.

d) Les exceptions prévues en faveur de l'Etat du siège réel ne s'appliquent que si cet Etat « le veut », c'est-à-dire si son ordre juridique est partisan de la théorie du siège réel. Il est dès lors primordial pour

¹⁴⁹ Cf. l'opinion contraire de Drobnig, ZHR 129 (1967), p. 99.

chaque Etat qui entend adhérer à l'un ou à l'autre de ces projets, d'avoir fait préalablement l'effort d'analyse qui lui permet de connaître d'une manière certaine l'état de son propre droit international privé sur le problème. Il est donc essentiel de dégager dans chaque ordre juridique quelle est la règle de droit positif en matière de rattachement des sociétés. C'est à cette tâche que nous allons nous consacrer en ce qui concerne le droit suisse.

CHAPITRE II

LA RÈGLE DE RATTACHEMENT DES SOCIÉTÉS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ SUISSE

§ 1. LA LOI.

Nous allons maintenant tenter de dégager la règle de rattachement qui prévaut en droit international privé suisse des sociétés. Pour ce faire, il faut examiner tout d'abord la question de savoir si le droit suisse contient une disposition expresse qui traite de ce problème.

A) *La lacune de la L.R.D.C. et le système de la loi.*

La loi du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour (L.R.D.C.) ne contient aucune disposition qui traite expressément du rattachement des sociétés. Nous démontrerons plus bas (cf. p. 171) que l'article 7 b. de la loi ¹⁵⁰ ne souffre aucune application analogique aux personnes morales. De plus, cette disposition n'apporte aucune solution au problème du rattachement. On sait que cette loi devait en principe mettre fin à tous les conflits de statuts. Comment interpréter son silence en ce qui concerne le rattachement des sociétés ?

L'article 2, combiné avec l'article 32, soumet les rapports de droit civil mentionnés à l'article premier, à la loi ¹⁵¹ et à la juridiction du domicile lorsque la L.R.D.C. ne prévoit pas expressément l'application de la loi et de la juridiction du lieu d'origine. Or, précisément, l'article premier mentionne le droit des personnes. Il est certain que la ques-

¹⁵⁰ Cf. art. 59 du Titre final du C.C.S.

¹⁵¹ Cf. W. Stauffer, *Das internationale Privatrecht der Schweiz*, Aarau 1925, ad art. 2 chiffre 1 (p. 4).

tion posée appartient au droit des personnes, et que par « personnes » il faut entendre tant les personnes physiques que morales, le Tribunal fédéral l'a montré dans l'arrêt de la « Société des Missions Evangéliques de Bâle »¹⁵². En conséquence, peut-on tirer de l'article 2 L.R.D.C. le principe d'un rattachement des sociétés à la loi du domicile ? Niederer¹⁵³ répond par la négative à cette question, en affirmant qu'en tout état la réponse donnée est inutile, car la question n'est pas tranchée de savoir si le domicile en cause est le siège statutaire ou le siège de l'administration sociale centrale. Cette réfutation n'est pas convaincante, car elle part de l'hypothèse exceptionnelle de la dissociation entre le siège statutaire et le siège réel. On ne peut écarter l'application de la règle posée par l'article 2 en déclarant que, pour le cas où il y a dissociation entre le siège réel et le siège statutaire, le rattachement au domicile manque de précision. Il faut trancher la question de savoir si cette disposition fournit un critère de rattachement. La question de savoir si celui-ci est précis n'est en rien déterminante. De fait, dans l'arrêt de la « Société des Missions évangéliques de Bâle », le T.F. s'exprime en ces termes :

... La L.R.D.C. doit trouver son application en l'espèce, nonobstant la lacune qu'elle présente touchant les personnes juridiques, le juge ayant simplement à suppléer cette lacune suivant les règles que peuvent lui fournir et la Constitution et le système de la loi.

Or, l'article 46, aliéna premier C.F. prescrit qu'en ce qui concerne leurs rapports de droit civil, les personnes établies en Suisse sont, dans la règle, soumises à la juridiction et à la législation du lieu de leur domicile... Il convient de remarquer ici encore... que ce droit du domicile se confond pour les personnes juridiques avec le droit de leur canton d'origine ; et c'est peut-être précisément pour cette raison que le législateur a jugé toute disposition à ce sujet comme superflue dans la loi...

On constate que le T.F. n'invoque pas l'article 2 L.R.D.C., mais l'article 46, alinéa 1 C.F. Nous sommes également d'avis qu'il ne peut être question de tirer de l'article 2 une règle de rattachement qui s'impose avec une sécurité suffisante. L'article 32 L.R.D.C. déclare la loi applicable par analogie « aux étrangers domiciliés en Suisse ». Dès lors, la règle de l'article 2 nous paraît ne pas pouvoir s'appliquer à la question du rattachement des sociétés étrangères qui ne sont pas domiciliées en Suisse. Il n'est pas moins acquis que l'argumentation

¹⁵² ATF 31 II 418.

¹⁵³ *Op. cit.*, note n° 55, p. 118.

du T.F., basée à la fois sur l'article 46 C.F. et le « système » de la loi, ne manque pas d'intérêt. Il est exact que le jeu conjugué de ces deux éléments crée un droit international privé suisse fondamentalement basé sur le principe d'un rattachement à la loi du domicile. Cette argumentation fournit certainement l'indication d'une tendance fondamentale qui, corroborée par d'autres indices, nous permettra de mettre en évidence avec un degré de certitude suffisant, la règle de rattachement effectivement retenue par l'ordre juridique suisse.

B) *L'article 56 du Code Civil Suisse.*

L'article 56 C.C.S. prévoit que le domicile des personnes morales est, sauf disposition contraire des statuts, au siège de leur administration. Comme le dit Egger¹⁵⁴, la faculté de déterminer son domicile par une disposition statutaire est une des particularités du droit suisse des sociétés. Ce domicile n'est déterminé que par l'« animus ». Il s'agit d'un « domicilium voluntarium »¹⁵⁵. Cette disposition peut-elle avoir une portée en droit international privé ? Fournit-elle la base d'une règle de rattachement des sociétés ? Mamelok¹⁵⁶ conclut résolument par la négative et estime qu'une telle disposition ne peut avoir qu'une portée de droit interne. Selon cet auteur, l'existence d'un domicile ne correspondant qu'à l'« animus » n'est, en droit interne, possible qu'en vertu du fait que quelque soit le lieu du siège ainsi déterminé, c'est toujours l'ordre juridique suisse qui régit la société. Tel est également l'avis de Eugène Huber, qui s'est exprimé sur la question dans un préavis qui lui était demandé par le Département Fédéral de Justice et Police¹⁵⁷. L'auteur du Code Civil s'exprime en ces termes :

Les statuts peuvent prévoir, il est vrai, que le domicile (d'une société anonyme) soit transféré en un autre lieu que celui où se trouve l'administration, mais ce transfert n'est admissible que si la société en cause est régie par le droit suisse...

¹⁵⁴ Egger, Kommentar zum Schw. Zivilgesetzbuch, Zürich 1930 I Band ad art. 56, p. 381.

¹⁵⁵ ATF 56 I 374.

¹⁵⁶ A. Mamelok, Die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen ; publication de la « Schweizerische Vereinigung für internationales Recht » ; Druckschrift n° 8, Zürich 1918, p. 22.

¹⁵⁷ Préavis du 29 novembre 1912 repris par l'Office fédéral du Registre du Commerce dans une décision du 4 novembre 1929, publiée dans : SJ 1930 p. 493 ; SJZ tome 26, p. 328 ; ZBJV. 1930, p. 286 ; Répert. 1930, p. 542.

Tel est enfin l'avis du T.F. qui, dans l'arrêt ANNE S.A.¹⁵⁸ s'exprime en ces termes :

Il faut admettre avec le Département Fédéral de Justice et Police que la Société ANNE S.A. ne peut se prévaloir de la faculté qu'ont les personnes morales, en vertu de l'art. 56 C.C.S., de choisir librement leur siège sans avoir besoin de le fixer au lieu de leur établissement principal ou même secondaire. Il s'agit là d'une règle de droit civil interne, qui n'est applicable qu'à une société anonyme créée selon le droit suisse et conformément au droit suisse.

Niederer, par contre¹⁵⁹, est d'un avis différent et estime que les auteurs précités n'ont avec une telle argumentation, que l'intention de sauver la théorie du siège réel, l'article 56 semblant consacrer la prééminence du siège statutaire. Nous ne pouvons souscrire à ces critiques, car il paraît clair que, vu sa situation dans le Code Civil, cette disposition ne peut concerner que les personnes morales régies par le droit suisse. Il n'est pas possible de lui concéder une fonction de droit international privé. L'existence de cette disposition de droit interne n'est cependant pas tout à fait dénuée d'intérêt pour notre étude. Elle constitue, elle aussi, un indice de l'importance que confère le législateur suisse à la désignation statutaire du siège. De plus, la définition supplétive du domicile des personnes morales qui est posée : « siège de l'administration », pourra être utile dans un stade ultérieur de notre étude.

C) *L'article 14 des dispositions finales et transitoires du Code des Obligations.*

Beaucoup plus intéressant, sous l'angle du droit international privé, est l'article 14 des dispositions finales et transitoires du C.O., qui concerne le transfert en Suisse du siège des sociétés domiciliées à l'étranger. Cette disposition a été introduite dans le C.O. révisé du 18 décembre 1936. Comme le relève le rapporteur au Conseil des Etats¹⁶⁰, l'article 14 n'a rien de transitoire. Il s'agit bien d'une règle

¹⁵⁸ ATF du 9 mai 1950 ; Vernet, Cottier et Chamay, arrêt dit « Anne S.A. » ; SJ 1951, p. 22 ss.

¹⁵⁹ *Op. cit.*, note n° 55, p. 119.

¹⁶⁰ Bull. sten. CE 1936, p. 546 : Altweg : « Auch hier ist die Kommission damit einverstanden dass dieser Art. 14 hier in die Übergangbestimmungen hineingenommen wird, trotzdem wir die Auffassung haben, dass wenn man Zeit gehabt hätte, man diese Materie, welche in dieser übergangbestimmung

de portée constante, puisqu'elle accorde en tout temps au Conseil Fédéral le droit de faciliter l'établissement des sociétés étrangères en Suisse. Cette disposition institue une procédure exceptionnelle de transfert et déroge au droit commun soit, en l'occurrence, à l'article 50 de l'Ordonnance sur le Registre du Commerce, qui prévoit que l'inscription du nouveau siège en Suisse est subordonnée à l'observation par analogie de toutes les dispositions relatives à la fondation d'une société anonyme. Les statuts de la société doivent donc être, selon l'article 50, adaptés au droit suisse avant l'inscription au R.C. Le droit commun impose ainsi pratiquement, une nouvelle fondation.

L'article 14 des dispositions transitoires et finales du C.O. part d'une conception opposée et permet à une société anonyme étrangère de transférer son siège en Suisse sans liquidation ni nouvelle fondation. Cette procédure est certes très audacieuse et Sauser-Hall¹⁶¹, qui a publié une étude consacrée à cette disposition, estime que « l'introduction dans notre droit d'une règle aussi contraire à nos conceptions traditionnelles sur le transfert du siège des sociétés par actions ne s'explique que par des considérations d'ordre fiscal... Les dispositions légales qui autorisent cette procédure ont été introduites à la onzième heure dans le projet de Code, sans étude approfondie, sans rapport préalable, sans discussion au sein des commissions parlementaires, par un coup de surprise et sans que leur portée internationale ait été analysée ».

Il n'est cependant pas moins certain que la procédure instituée par cette disposition existe et fait partie de notre droit positif. Il est clair que l'article 14 a une portée de droit international privé qu'il nous appartient de mettre en évidence. Le texte de cette disposition ne se réfère pas aux sociétés étrangères, mais fait état de sociétés « domiciliées à l'étranger ». Sauser-Hall en conclut que le problème de la nationalité de ces sociétés n'est pas touché. Si c'est la détermination du droit applicable, en d'autres termes, l'« allégeance juridique » des sociétés qui est visée par cet auteur, nous ne pouvons en aucune manière souscrire à son affirmation. Il n'est en effet pas douteux, si l'on s'en tient au texte de l'article 14, que l'on est en présence d'une société « organisée selon le droit en vigueur à son siège précédent » donc, en d'autres termes, régie par le droit étranger du siège. Or,

geregelt ist, besser im Gesetz selber unterbracht hätte. » Il n'est donc pas contestable que l'art. 14 C.O., malgré sa situation dans le Code, est une disposition ordinaire du droit suisse des obligations, qui n'a rien de transitoire.

¹⁶¹ G. Sauser-Hall, *Le transfert des sociétés anonymes de l'étranger en Suisse*, Neuchâtel 1938.

après le transfert du siège, la situation concernant le droit applicable à la société change du tout au tout. La société doit, dans un délai de six mois à compter de son inscription, « adapter ses statuts à la législation suisse ». On assiste donc, à l'occasion du transfert du siège social, et c'est le texte même de la loi qui le dit, à un changement de l'allégeance juridique de la société. Lorsque le siège social change, l'allégeance juridique de la société change conséquemment. Il faut conclure que c'est bien le siège social qui est le critère déterminant de l'allégeance juridique.

Niederer¹⁶² estime que le transfert visé par l'article 14 n'implique pas nécessairement le transfert de l'administration sociale effective, mais simplement la modification de la disposition statutaire qui définit le siège. Cet auteur est d'autre part d'avis que le critère du siège statutaire peut pratiquement être identifié à celui de l'incorporation. Il arrive dès lors à la conclusion que l'article 14 contient des indices favorables à la théorie de l'incorporation. Cette argumentation appelle les remarques suivantes :

a) Sauser-Hall a montré que des impératifs d'ordre économique et fiscal sont à la base de la « ratio legis » de cette disposition. On conçoit mal que le législateur ait cru pouvoir atteindre ces objectifs en ne visant que le transfert statutaire du siège, à défaut de toute localisation effective de l'entreprise en Suisse. Stauffer¹⁶³, pourtant partisan de la théorie de l'incorporation, a su mettre en évidence en ces termes, la volonté clairement manifestée du législateur :

Verlegt wird nicht der tatsächliche Verwaltungssitz allein, sondern die Gesellschaft verlegt zugleich den statutarischen Sitz und wird einem neuen Recht unterstellt.

L'article 14 est manifestement conçu en fonction de l'hypothèse ordinaire et normale, selon laquelle le siège statutaire et le siège effectif coïncident. Pour cette hypothèse, nous avons montré que l'exégèse de cette disposition conduit à la constatation de l'existence d'une règle de rattachement : le critère du siège social.

b) Une autre constatation, basée sur des considérations de simple logique, milite en faveur de cette conclusion. En fonction de la définition même de la doctrine de l'incorporation, le transfert du siège

¹⁶² Niederer, *op. cit.*, note n° 55, p. 120.

¹⁶³ W. Stauffer, *Kommentar zum Schw. Zivilgesetzbuch ; Obligationenrecht ; Schluss- und Übergangsbestimmungen*, Berne 1940, ad art. 14, p. 103.

social dans un pays qui adopte ce système de rattachement est sans influence sur le droit qui régit la société, soit sur l'allégeance juridique. En effet, si l'on se réfère à l'axiome fondamental de cette doctrine, le droit qui régit la société est toujours celui selon lequel les formalités constitutives ont été accomplies. Le transfert du siège social est sans influence sur le droit applicable à la société, qui reste toujours celui du lieu de la constitution. Il est sans autre admis, dans les pays qui adoptent la théorie de l'incorporation, que les sociétés ne peuvent pas changer leur statut personnel sans passer par une liquidation complète et une nouvelle fondation¹⁶⁴. Il s'agit là d'une simple conséquence logique de la théorie de l'incorporation. Une procédure de transfert sans liquidation et sans nouvelle fondation, avec changement de statut personnel, telle qu'elle est prévue par l'art. 14, est dès lors incompatible avec la théorie de l'incorporation.

Ainsi, l'exégèse de cette disposition pourrait nous conduire non seulement à constater l'existence d'une règle de rattachement qui n'est autre que celle du « siège social », mais encore nous permet de constater l'incompatibilité d'un rattachement par la théorie de l'incorporation avec une disposition légale de notre ordre juridique.

Nous nous garderons cependant de conclure définitivement sur cette seule base, les circonstances spéciales qui ont prévalu lors de l'adoption de cette disposition devant nous inciter à la prudence.

*D) Les articles 935 du Code des Obligations
et 75 de l'Ordonnance sur le Registre du Commerce.*

En vertu de l'article 935 C.O., les succursales suisses de maisons dont le siège principal est à l'étranger sont tenues de se faire inscrire. L'article 75 O.R.C. reprend cette obligation, pour en préciser les modalités. La note marginale de cette disposition est la suivante : « Succursales d'une entreprise étrangère. » Le texte de la disposition prévoit que ces entreprises sont celles dont le siège principal se trouve à l'étranger. Ainsi, sous le vocable « entreprise étrangère », l'ordonnance vise donc les entreprises qui ont leur siège à l'étranger. Il ne s'agit pas là d'une imprécision terminologique, car il ressort nettement de l'alinéa 2 de la disposition que c'est bien l'existence légale selon le droit étranger qui est visée, puisqu'elle doit faire l'objet d'une preuve matérielle. Nous constatons une nouvelle fois que le siège social est utilisé au titre de critère de rattachement dans une dispo-

¹⁶⁴ Cf. ILA Report, Hamburg 1960, p. 91 et Rabel, *op. cit.*, note n° 31, p. 55.

sition légale, de même que dans une disposition réglementaire émanant du Conseil Fédéral.

E) *L'article 711 C.O.*

En vertu de l'article 711 C.O., lorsqu'une seule personne est chargée de l'administration d'une société anonyme, elle doit être de nationalité suisse et avoir son domicile en Suisse. Cette disposition tire sa genèse des mesures de lutte contre l'« Überfremdung », édictées par le Conseil Fédéral en vertu des pouvoirs extraordinaires qui lui furent conférés par l'arrêté fédéral du 3 avril 1919¹⁶⁵. Par arrêté du Conseil Fédéral du 8 juillet 1919¹⁶⁶ le gouvernement apporta certaines adjonctions au C.O. L'article 711 a survécu à l'état de nécessité qui l'a fait naître et a passé le cap de la révision. Il figure dans le C.O. du 18 décembre 1936.

A la lecture du rapport du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale sur l'arrêté du 8 juillet 1919¹⁶⁷, on constate que si le texte même des dispositions exceptionnelles arrêtées ne contient aucune mesure qui touche directement à la « nationalité » des sociétés, les précautions prises par le législateur d'exception procèdent tout de même de l'intention d'exercer une influence indirecte sur ce problème. Le Conseil Fédéral s'exprime en ces termes :

Nous inspirant des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence, nous considérons comme suisse la société anonyme qui a son siège d'affaires en Suisse. En cela, nous envisageons comme déterminante une circonstance purement extérieure... Il nous paraît juridiquement indifférent que les personnes intéressées directement ou indirectement dans la société anonyme soient des étrangers, que le capital provienne de l'étranger, que l'ensemble de l'activité économique de la société soit dirigé vers l'étranger.

Ce passage contient un rejet catégorique de la théorie du contrôle.

¹⁶⁵ Arrêté fédéral limitant les pouvoirs extraordinaires du Conseil fédéral, du 3 avril 1919 ; RO 1919, p. 259. En vertu de l'art. 1 de cet arrêté, « le Conseil Fédéral demeure autorisé à prendre exceptionnellement les mesures absolument indispensables à la sécurité du pays et à la sauvegarde de ses intérêts économiques ».

¹⁶⁶ ACF du 8 juillet 1919 modifiant les dispositions du C.O. du 30 mars 1911 relatives aux sociétés anonymes etc. ; RO 1919, p. 533.

¹⁶⁷ FF 1919 IV, p. 714.

Le Conseil Fédéral distingue ensuite les sociétés réellement suisses des sociétés pseudo-suisse, c'est-à-dire celles qui, bien que juridiquement suisses, n'appartiennent pas économiquement à notre pays. Pour faire la distinction entre ces deux catégories, le Conseil Fédéral est amené à choisir le critère de l'allégeance juridique. Il déclare alors qu'une société est juridiquement suisse, lorsque son siège se trouve en Suisse. Ce point est acquis même si cette allégeance recouvre un sujet de droit « économiquement » étranger. Les mesures qu'il y a lieu de prendre dans cette circonstance ne vont pas jusqu'à porter atteinte à l'allégeance juridique elle-même, laquelle reste fonction du siège social. Pour notre étude, cette constatation seule importe.

En résumé, l'article 711 C.O. tend donc à exercer une influence sur l'aspect économique, mais non sur l'aspect juridique de la question de la « nationalité ». Le Conseil fédéral s'en explique en ces termes :

Les sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions et sociétés coopératives *avec siège en Suisse* sont des facteurs de notre vie économique et, juridiquement, des personnalités morales suisses. Et pourtant, elles peuvent demeurer étrangères à notre économie nationale ou même lui être hostiles. Notre arrêté cherche à ramener sur le terrain national, ou tout au moins à en rapprocher les personnes morales établies en Suisse, dont l'orientation n'est pas helvétique. Il entend nationaliser dans ce but les organes de ces sociétés...¹⁶⁸

Interprété historiquement, l'article 711 C.O. n'apparaît donc que comme une disposition destinée à imprimer à la direction de la société « juridiquement » suisse, une orientation économique aussi nationale que possible. Il ne faut donc pas y rechercher une règle de rattachement. Il est cependant important de constater que le Conseil Fédéral suisse agissant en qualité de législateur d'exception a estimé nécessaire de définir dans le rapport précité quand une société est « juridiquement » suisse. C'est déclare-t-il, lorsque son siège est situé sur notre territoire. Cette affirmation n'est pas dépourvue d'intérêt pour la recherche de la règle de rattachement des sociétés en droit international privé suisse. Certes, la règle posée par le Conseil Fédéral est un critère de rattachement unilatéral, puisqu'il n'a trait qu'à la détermination de l'allégeance juridique des sociétés suisses. Le Conseil Fédéral n'exprime pas une règle générale de rattachement permettant également de déterminer l'allégeance juridique des sociétés étrangères. Cette lacune s'explique fort aisément lorsque l'on a à l'esprit l'objectif exclusif de protection des intérêts nationaux qui est à l'ori-

¹⁶⁸ FF 1919 IV, p. 723.

gine de ces modifications légales. Il est cependant probable que si le siège social est déterminant pour l'allégeance juridique suisse, il le sera également pour l'allégeance juridique étrangère. L'histoire du droit international privé suisse, de même que le droit international privé comparé, nous enseigne qu'un critère de rattachement est souvent forgé pour un besoin limité, qui est la détermination du champ d'application de la loi nationale. Le même critère est, lorsque le besoin se fait sentir, utilisé à nouveau pour la détermination de la loi étrangère ¹⁶⁹.

F) *Les traités internationaux.*

Nous avons vu plus haut (cf. p. 29) que le problème de la reconnaissance mutuelle des sociétés fait très fréquemment l'objet d'une disposition d'un traité qui concerne une autre matière, le commerce, l'amitié ou l'établissement. La qualité des sujets ressortissants pouvant invoquer le bénéfice de la reconnaissance y est alors définie par un critère, qui constitue une règle de rattachement. Il est cependant impossible de tirer des nombreux cas que nous avons énumérés une conclusion qui soit déterminante pour la recherche du critère de rattachement des sociétés en droit international privé suisse. Cela provient principalement de deux causes :

1. Les règles de rattachement posées par ces traités sont d'une extrême diversité. On constate qu'il est le plus fréquemment fait appel additionnellement au critère de l'incorporation et à celui du siège. Tel est notamment le cas pour les traités passés avec la France, la Pologne, la Roumanie, le Siam, la Turquie, l'Union Soviétique, la Grèce, l'Union Economique Belgo-Luxembourgeoise, l'Empire Perse, la Finlande, la Yougoslavie, la République Tchécoslovaque, que nous avons précédemment cités (cf. *infra* p. 30 ss.). Ainsi, à titre d'exemple, l'article 3 de la convention commerciale entre la Suisse et la Pologne conclue le 26 juin 1922 dit :

Les sociétés civiles et commerciales, qui sont valablement constituées d'après les lois d'une des parties contractantes et qui ont leur siège social sur son territoire, verront leur existence juridique reconnue dans l'autre partie...

D'autres traités, par exemple ceux conclus avec l'Albanie et l'Italie, ne se réfèrent qu'au critère de l'incorporation.

¹⁶⁹ Concernant le caractère unilatéral ou bilatéral des règles de rattachement, cf. *infra* p. 131.

2. Le manque d'uniformité n'est pas la seule circonstance qui interdise qu'une règle générale concernant le rattachement des sociétés en droit international privé soit tirée de ces dispositions. Il faut garder à l'esprit que l'objet de ces traités n'est pas l'adoption en commun de règles de conflits de lois, mais bien le commerce, l'établissement ou l'amitié. Ces dispositions ont donc le plus souvent une fonction accessoire, qui est celle de la définition de la qualité de ressortissant bénéficiaire du traité. On ne se trouve donc pas en présence d'une règle de rattachement de portée générale, mais d'un critère qui ne trouve son utilité que dans le cadre étroit de l'application du traité. Un exemple illustre bien cette situation : l'article 16 de la Convention instituant l'Association Européenne de Libre Echange, signée à Stockholm le 4 janvier 1960¹⁷⁰. Cette disposition concerne exclusivement l'établissement. Elle contient un chiffre 6, dont les termes sont les suivants :

6. Aux fins du présent article :

(a) le terme 'ressortissants' désigne, par rapport à un Etat membre,

(i) les personnes physiques possédant la nationalité de cet Etat membre, et

(ii) les sociétés et autres personnes morales constituées sur le territoire de cet Etat membre conformément au droit de cet Etat et considérées par cet Etat comme possédant sa nationalité, à condition qu'elles aient été créées dans un but lucratif, qu'elles aient leur siège statutaire et leur leur administration centrale dans la zone et y exercent une activité importante ;

(b) l'expression 'entreprises économiques' désigne tout genre d'entreprises économiques pour la production ou le commerce de marchandises originaires de la Zone, que ces entreprises soient dirigées par des personnes physiques ou par l'intermédiaire d'agences, de filiales, de sociétés ou d'autres personnes morales.

On constate que la disposition (a - ii), qui contient une règle de rattachement d'ailleurs fort complexe, a un champ d'application limité « aux fins du présent article ». Il nous paraît impossible de tirer de cette disposition une règle générale de droit international privé qui concerne le rattachement des sociétés, et cela même si l'on est

¹⁷⁰ Entrée en vigueur le 3 mai 1960. Cf. RO 1960, p. 635.

dans le cadre de rapports juridiques entre Etats qui adhèrent à la Convention. Cette disposition entend définir la qualité de ressortissant pour ce qui a trait à l'établissement dans l'A.E.L.E., elle n'entend pas poser une règle générale de conflit de lois devant présider au rattachement des sociétés dans les rapports entre les Etats de la Zone.

G) Conclusion.

En conclusion, nous sommes amené à constater que l'ordre juridique suisse ne contient aucune disposition de droit interne qui ait directement pour objet la détermination d'une règle de rattachement pour les sociétés. Enfin, il est impossible de tirer des diverses dispositions de droit international qui traitent de la question, l'indice d'une règle unique et générale de droit international privé suisse concernant le rattachement des sociétés.

Il est cependant certain que de nombreux indices clairs, précis et concordants militent en faveur d'un rattachement par le critère du siège social. Ces indices sont cependant donnés par des dispositions qui n'envisagent en aucune manière le problème de la dissociation entre le siège réel et le siège statutaire. A cet égard, la situation est toujours présumée normale, conforme à l'hypothèse ordinaire selon laquelle le siège de l'administration sociale centrale est effectivement situé à l'endroit que les statuts désignent. La mise en évidence d'une règle de rattachement qui soit fonction de cette hypothèse nous paraît être une constatation fondamentale, tant il est vrai qu'une règle générale doit être fonction de l'hypothèse normale et non pas du cas exceptionnel.

§ 2. LA JURISPRUDENCE.

- A) *La définition du siège social à la lueur de l'arrêt « Société laitière de l'Est, en faillite, c/ GENOUD & PEYRAUD et consorts », du 22 juillet 1889*¹⁷¹.

Le T.F. élabore dans l'arrêt précité une notion du siège social en droit international privé qui ne subira plus de modifications fondamentales. Il pose la règle de base suivante : S'il s'agit de déterminer

¹⁷¹ ATF 15, p. 570 = JT 1889, p. 561 ; se référer de préférence au texte allemand original, la traduction comprenant certaines inexactitudes.

où se trouve le siège social, les statuts de la société doivent avant tout être pris en considération. L'indication qu'ils fournissent ne doit être méconnue que si la preuve est apportée que le siège statutaire est une fiction frauduleuse, inconciliable avec la réalité. Le T.F. s'exprime en ces termes :

Es bedürfte des Nachweises besonderer Umstände um anzunehmen, die statutarische Bestimmung über den Sitz der A.G. sei eine mit der Wirklichkeit unverträgliche, nur auf Umgehung der Gesetze des tatsächliche Mittelpunktes ihrer Rechtsverhältnisse beruhende Fiktion.¹⁷²

L'intérêt de cette décision, au vu des circonstances de fait qui sont à sa base, n'est pas tant la mise en œuvre du critère de rattachement, que la définition clairement posée de la notion du siège social en droit international privé suisse. Le T.F. pose le principe d'une *présomption de vérité* en faveur du siège statutaire. Ce sont donc avant tout les statuts qui doivent être consultés pour savoir où se trouve le siège. Mais, et cet élément est déterminant, cette présomption n'est pas irréfragable. La preuve peut être apportée que la présomption couvre une fiction inconciliable avec la réalité et cache une circonstance choisie dans un dessein de fraude à la loi. Ce principe a été posé alors que l'état de fait ne révélait aucune dissociation entre le siège réel et le siège statutaire. Le T.F. a ressenti tout de même le besoin d'exprimer une règle de rattachement complète, qui couvre toutes les circonstances. Cependant, en l'espèce, il a constaté que la présomption de vérité attachée à la désignation statutaire du siège ne devait pas être détruite. Il était alors possible de conclure que le siège social était au siège statutaire.

Le « siège » est également utilisé comme critère de rattachement, mais sans plus de développement, dans l'arrêt PICOT & consorts c/ REDARD & Cie, du 11 juillet 1900 ¹⁷³.

Dans l'arrêt de la « Société des Transports Internationaux » du 1^{er} avril 1924 ¹⁷⁴ le T.F. énumère les liens qui attachent la société à l'ordre juridique qui la régit :

La société est une société anonyme constituée en Suisse, inscrite au Registre du Commerce et ayant son siège à Genève, c'est une société suisse par conséquent, quelle que puisse être la nationalité de ses actionnaires.

¹⁷² Arrêt précité (ATF), p. 579.

¹⁷³ ATF 26 I, p. 262 (notamment p. 268).

¹⁷⁴ ATF 50 II, p. 51.

Le T.F. n'a manifestement pas entendu poser des exigences cumulatives et son dessein est de donner plus de poids et de certitude à la conclusion. C'est bien d'ailleurs ce qui ressort d'un passage que l'on lit plus bas et selon lequel : « La loi nationale de la société... se confond avec celle de son domicile. »

B) *L'arrêt Banque Internationale de Commerce de Petrograd c/ HAUSNER, du 10 décembre 1927, implique-t-il un renversement de la jurisprudence antérieure du T.F. ?*¹⁷⁵

La question qui se posait était celle de savoir quel est l'effet, sur la succursale suisse d'une société de droit russe, de la mesure de suppression de la personnalité juridique, prise à l'encontre de cette société par l'Etat soviétique. Cet arrêt contient le célèbre passage suivant :

La société n'a d'existence que celle que lui donne le législateur et les sociétés étrangères ne possèdent la personnalité juridique que si elle leur a été octroyée par la loi de leur pays. Dans chaque pays, le législateur reste à cet égard le maître. Le droit qu'il concède, il peut le retirer sans qu'aucun recours soit possible contre son décret qui supprime le sujet de droit, comme précédemment il lui a donné vie.

Niederer¹⁷⁶ n'hésite pas à conclure que sans s'exprimer expressément, le T.F. a recours à l'application de la théorie de l'incorporation, car le droit russe, pays de l'incorporation, est déclaré compétent, bien que depuis de nombreuses années, le siège effectif de l'administration sociale ne réside plus dans ce pays. Nous ne pouvons souscrire à cette interprétation, et ceci pour les motifs suivants :

a) Les premiers considérants de l'arrêt sont consacrés à une analyse de la notion de succursale et à la constatation du fait que l'existence de celle-ci est fonction de l'existence de l'établissement principal. L'application du droit russe intervient à titre de droit qui « régit », ou plutôt qui « régissait », l'établissement principal, et c'est précisément la constatation de la disparition de ce siège qui entraîne l'inexistence de la succursale en Suisse. Le T.F. s'exprime en ces termes : « La radiation doit intervenir d'office lorsqu'il est constaté que l'établissement principal situé à l'étranger a cessé d'exister. » Il est donc fait

¹⁷⁵ ATF 50 II, p. 507.

¹⁷⁶ *Op. cit.*, note n° 55, p. 122-123.

application du droit russe à titre de droit de l'établissement principal donc du siège et non pas à titre de droit du pays de l'incorporation.

b) Le T.F. se réfère au droit de l'établissement principal qui se trouve être, comme c'est le plus souvent le cas, celui de l'Etat de l'incorporation. Il n'y a en effet, dans cette espèce, aucune dissociation entre le pays de l'incorporation et celui du siège réel. La constatation relevée par Niederer de l'absence d'administration sociale effective en Russie ne porte pas à conséquence. La société n'a jamais eu de siège social ailleurs qu'à Petrograd, lieu de sa constitution. Il est par contre exact que, à un moment donné, ce siège a disparu, à l'instant où la société a cessé d'exister. C'est d'ailleurs cette constatation qui entraîne également la nécessité d'une radiation de la succursale. Le T.F. exprime cette conséquence en ces termes, dans une décision connexe du 6 avril 1925 : « ... Les succursales n'étant point des sujets de droit distincts, leur personnalité dépend de l'existence juridique de l'établissement principal, et prend fin avec celle-ci. »¹⁷⁷

c) Enfin, force nous est de constater que la jurisprudence subséquente se réfère purement et simplement à la théorie du siège. A aucun moment, on a l'impression d'assister à un « nouveau » revirement jurisprudentiel. Ainsi, citons le passage suivant d'un arrêt du 23 mai 1928¹⁷⁸ : « La banque émettrice n'a pas son siège en France, mais au Canada. C'est une personne juridique canadienne, car la nationalité de la personnalité juridique se détermine d'après le siège social... »

C) *L'arrêt ANNE S.A. du 9 mai 1950 : de la définition du siège social en cas de dissociation entre le siège statutaire et le siège réel*¹⁷⁹.

Dans cette espèce, le Tribunal se prononce, pour la première fois nous semble-t-il, dans un cas de dissociation caractérisée entre le siège réel et le siège statutaire. Cette décision sera étudiée plus bas (cf. infra p. 101 ss.) à ce titre spécial. Retenons cependant que, pour ce qui concerne la définition du siège social, cet arrêt se réfère et confirme expressément les principes dégagés par l'arrêt de la « Société Lai-

¹⁷⁷ Hausner c/ Banque internationale de commerce de Pétrograd. ATF 51 III, p. 64.

¹⁷⁸ Huttinger et Bernet c/ Crédit foncier franco-canadien et de la Bourdonnage. ATF 54 II, p. 271.

¹⁷⁹ Arrêt Anne S.A. SJ 1951, p. 23.

tière de l'Est », qui constitue donc toujours la jurisprudence de base. Citons le T.F. :

En droit international privé suisse, le domicile d'une personne morale — lequel est décisif pour fixer sa nationalité... — n'est à son siège statutaire que si celui-ci n'est pas fictif...

Cependant, une force particulière est conférée à la présomption de vérité en faveur du siège statutaire, « présomption qui ne peut être détruite que par des preuves tout à fait décisives ».

D) *L'arrêt AMMON c/ ROYAL DUTCH Co. du 2 février 1954 : le T.F. prend acte de la divergence doctrinale concernant le rattachement des sociétés* ¹⁸⁰.

Face à la nécessité de désigner le droit qui régit la ROYAL DUTCH Co., le T.F. constate en ces termes l'absence de dissociation entre le siège réel et le siège statutaire :

Als solches ist hier das holländische Recht zu betrachten... sowohl nach der Lehre von der Massgeblichkeit des Rechts am tatsächlichen (Verwaltungs-) Sitz, als auch nach der neueren Inkorporationstheorie (Gutzwiller/Niederer...)

Doit-on tirer de cet arrêt la conclusion que sous l'impulsion de la doctrine, le T.F. s'apprête à trancher le problème du rattachement par le moyen de la théorie de l'incorporation, qualifiée de « nouvelle ». Cela paraît improbable. Il est plus vraisemblable que le T.F. n'a voulu, ici encore, que mettre en évidence la concordance des résultats et étayer sa conclusion, acquise selon l'une comme selon l'autre des deux doctrines. Si l'on voulait voir dans cette décision jurisprudentielle la marque d'une hésitation, on serait actuellement tenté de conclure que le T.F. a pris position, puisque dans un arrêt subséquent du 30 mars 1965 ¹⁸¹, il réaffirme en ces termes la détermination du droit applicable par le critère du siège social :

Nach schweizerischer Auffassung ist hier für grundsätzlich das Recht am Ort des Sitzes der juristischen Person massgebend ; denn nach diesem Recht bestimmt sich ihr Personalstatut.

¹⁸⁰ ATF 80 II, p. 59.

¹⁸¹ Carl Zeiss Jena c/ Firma Carl Zeiss Heidenheim du 30 mars 1965. ATF 91 II, p. 117.

E) *Conclusions.*

La jurisprudence du T.F. est, nous pouvons maintenant l'affirmer, constante en matière de rattachement des sociétés. Il est acquis que le critère de rattachement des sociétés est le siège social. Il faut entendre par là, — et cette définition est l'apport principal de la jurisprudence — l'indication statutaire du siège de la société. Enfin, l'indication des statuts est présumée véridique. Cette présomption n'est cependant pas irréfragable. Elle ne peut être détruite que par des preuves tout à fait décisives, sur lesquelles nous allons concentrer notre attention lorsque nous aurons à traiter de la dissociation entre le siège réel et le siège statutaire.

§ 3. LA DOCTRINE.

A) *Introduction.*

Il serait fastidieux et inutile de citer tous les auteurs qui, lorsque l'occasion se présentait, ont pris position sur le problème du rattachement des sociétés. Nous ne relaterons donc que les auteurs dont l'argumentation est marquante, afin d'imprimer à l'exposé successif des doctrines un aspect évolutif, plutôt que l'allure d'une comptabilité des partisans de l'une ou de l'autre des doctrines qui s'affrontent.

Nous écartons également délibérément la plupart des auteurs qui ont consacré une étude à la « nationalité » des personnes morales, en partant d'une optique de droit international public. Le critère de détermination de l'allégeance politique que ces auteurs proposent n'est pas, nous l'avons dit, valable sans autre en droit international privé. Nous devons limiter notre étude aux auteurs qui envisagent le problème sous l'optique du droit international privé suisse.

En Suisse aussi, la dispute qui oppose les tenants de la théorie du siège réel aux partisans de la théorie de l'incorporation a marqué la doctrine bien plus profondément que la jurisprudence. Les auteurs, et surtout les auteurs récents, ont souvent adopté des solutions qui s'inscrivent dans le mouvement international de doctrines, peut-être au détriment d'une analyse objective de la situation en droit positif suisse.

B) *La doctrine de Mamelok.*

L'étude la plus poussée consacrée à la question du rattachement des sociétés en droit international privé suisse est encore le vieux traité de Mamelok¹⁸². Bien qu'ancien, cet ouvrage contient une analyse qui, on le constatera, conserve pleinement sa valeur.

Mamelok¹⁸³ admet que la « nationalité » d'une société se détermine par le siège. La question qu'il se pose est alors de savoir si ce siège peut dépendre entièrement d'un libre choix et peut être sans autre transféré avec un effet de mutation du statut personnel ou si, au contraire, certains liens matériels et objectifs avec un ordre juridique déterminé doivent exister pour fonder et légitimer le rattachement de la société à l'ordre juridique de son siège. Après un exposé des diverses réponses qui furent à l'époque données par les auteurs, Mamelok tranche en faveur d'une doctrine qui se trouve être, dans une large mesure, en harmonie avec la jurisprudence du T.F. L'auteur pose en ces termes la règle de rattachement :

Die Gesellschaften mögen ihren Sitz frei wählen, aber was sie als Sitz bezeichnen, soll es auch in That und Wahrheit sein... Als Ausdruck dieses Willens sind in erster Reihe die Statuten zu betrachten, der von ihnen bezeichnete Sitz gilt bis zum Beweise des Gegenteils als der wirkliche Gesellschaftsitz.

En 1900 déjà, Mamelok posait le principe du rattachement à base subjective (freie Wahl), corrigé cependant par un élément objectif, soit l'exigence que le siège statutaire choisi ne soit retenu comme critère de rattachement que tant que la preuve de son caractère fictif n'est pas apportée. Deux objections peuvent cependant être présentées :

1. Mamelok est imprécis en ce qui concerne les modalités d'administration de la preuve de la fictivité du siège. Nous verrons que cet auteur est hostile à la théorie de la fraude à la loi. Il s'abstient par conséquent de faire intervenir cette notion. La conséquence est que, selon sa doctrine, la simple preuve d'une dissociation matérielle entre le siège statutaire et le siège réel entraîne déjà la fictivité du siège statutaire. Cette conséquence est certes conforme à la théorie du siège réel dans toute sa rigueur, mais nous avons vu que la jurisprudence du T.F. (arrêt de la « Société Laitière de l'Est ») se distance

¹⁸² Mamelok, *op. cit.*, note n° 64.

¹⁸³ Mamelok, *op. cit.*, note n° 64, p. 26 et 212.

de cette théorie (dans son acception la plus stricte) et fait intervenir la notion de fraude à la loi.

2. Mamelok n'analyse pas avec toute la précision que l'on peut souhaiter les conséquences de sa doctrine. Qu'advient-il lorsque la preuve de la fictivité du siège a été apportée ? L'auteur n'analyse pas les effets pratiques de la doctrine qu'il propose.

Mamelok reprend la même argumentation dans l'étude qu'il a publiée pour la Société Suisse de Droit International, en 1918¹⁸⁴.

C) *La doctrine de A. MARTIN-ACHARD.*

En 1918, Alexandre Martin-Achard a publié, également sous les auspices de la Société Suisse de Droit International, une étude consacrée aux sociétés en droit international privé¹⁸⁵. S'appuyant sur les opinions de Lyon-Caen¹⁸⁶, Martin-Achard est, en Suisse, l'un des premiers auteurs qui ait pressenti l'importance de la distinction qu'il faut faire entre l'allégeance juridique et l'allégeance politique. Il refuse l'usage du concept de nationalité en droit international privé. Cet auteur affirme, pour ce qui concerne la règle de rattachement, qu'en droit international privé suisse les sociétés sont régies par la loi de leur domicile, soit de leur siège réel et non fictif¹⁸⁷.

D) *La doctrine de M. SAUSER-HALL.*

Sauser-Hall a consacré une importante étude à la situation juridique des étrangers en Suisse¹⁸⁸. Cet auteur estime que, au vu de la doctrine et de la jurisprudence, il est possible d'affirmer que toute personne morale ayant son siège administratif en Suisse est de nationalité suisse, et que toute société ayant ce siège à l'étranger, est étrangère. C'est la théorie du siège « réel ». Nous avons constaté jusqu'à présent que la jurisprudence du T.F. retient comme critère de rattachement le siège « social », dont la détermination dépend, dans la règle et en premier lieu, de la désignation statutaire du siège. Chez Mamelok également, l'idée du « freie Wahl » est mise en évidence,

¹⁸⁴ Mamelok, *op. cit.*, note n° 156.

¹⁸⁵ A. Martin-Achard, La nationalité des sociétés anonymes ; Schw. Vereinigung für internationale Recht ; Druckschrift n° 11, Zürich 1918.

¹⁸⁶ *Op. cit.*, note n° 106, vol. II n° 1161, p. 823 ss.

¹⁸⁷ Cf. *op. cit.*, note n° 185, p. 43.

¹⁸⁸ *Op. cit.*, note n° 23, p. 7 ss. et 228 ss.

ainsi que la présomption de vérité attachée au siège statutaire. Chez Sauser-Hall, par contre, le critère de rattachement est le siège administratif de la société, sans qu'il soit fait référence aux statuts. Cette distinction nous donne à nouveau l'occasion de mettre en évidence deux conceptions de la théorie du siège, l'une que nous serions tenté d'appeler théorie du siège « social », selon laquelle le critère de rattachement est le siège statutaire, tant que la preuve de sa fictivité n'a pas été apportée. L'autre est une théorie du siège « réel », selon laquelle le critère de rattachement est le lieu où est situé le centre principal de l'administration sociale. Selon cette dernière acception, le critère de rattachement est un élément matériel, objectif, et indépendant de la volonté des fondateurs, telle qu'elle s'exprime dans les statuts. Le point de rattachement résulte de la matérialité des faits et non pas d'une disposition statutaire. Gardons cependant à l'esprit que ces deux acceptions de la théorie du siège se recouvrent, à une nuance près ; selon la première, il est possible d'apporter la preuve de la fictivité du siège, selon la deuxième, l'administration de cette preuve n'a ni sens, ni intérêt, puisque la disposition statutaire ne joue aucun rôle en matière de rattachement. Cette nuance est cependant très importante au vu des exigences rigoureuses de la jurisprudence du T.F. suisse en ce qui concerne la preuve de la fictivité du siège. Les auteurs distinguent rarement avec suffisamment de précision ces deux acceptions de la théorie du siège. Ceux qui, comme Sauser-Hall, prônent l'acception la plus objective (théorie du siège « réel »), n'ont semble-t-il pas conscience d'être en désharmonie avec la jurisprudence du T.F.¹⁸⁹.

E) *Les thèses.*

a) *AMMAN (1929).*

Max Amman¹⁹⁰ analyse la jurisprudence du T.F. et souscrit aux solutions qu'elle donne. Cet auteur a relevé le fondement essentiellement subjectif du rattachement retenu par la jurisprudence, et exprime la règle en ces termes :

Die Nationalität einer A.G. soll sich nach dem Lande richten, wo der Gesellschaftsitz liegt — Seine Begründung kann durch freien

¹⁸⁹ Cf. également A. Egger, Kommentar zum Schw. ZGB ; Einleitung, Zürich 1930 ad art. 56 note n° 14 et C. Wieland, Ausländische Unternehmungen und Handelsgesellschaften dans Z.S.R. 1924, p. 216 ss.

¹⁹⁰ Max Amman, Die Entwicklung der Staatsangehörigkeit der Handelsgesellschaften, thèse Zürich 1929.

Willensentschluss, als dessen Ausdruck die Statuten gelten geschehen, und ist nicht durch irgendwelche objektive Momente bedingt. Die nationalitätsbegründende Bedeutung des freigewählten Sitzes erfährt jedoch eine Einschränkung durch das Erfordernis, dass an dem als Sitz bezeichneten Ort auch tatsächlich die administrative Leitung stattfindet.

b) *HEBERLEIN (1933).*

Cet auteur, qui a également écrit une thèse sur le sujet, parvient aux mêmes conclusions ¹⁹¹.

c) *LUCHSINGER (1940).*

Cet auteur ¹⁹² donne une définition du critère de rattachement qui est celle de la théorie du siège réel.

d) *BINDSCHEDLER R.L. (1940).*

Bindschedler ¹⁹³ constate tout d'abord « de lege lata » que le critère de rattachement retenu par l'ordre juridique suisse est le siège social. Il entend par là le siège effectif de l'administration sociale (donc le siège réel). Cet auteur est cependant partisan « de lege ferenda », de la théorie de l'incorporation qui, affirme-t-il, comporte de nombreux avantages.

F) *La rupture de l'unité de doctrines : W. von STEIGER.*

Werner von Steiger ¹⁹⁴ est partisan de la théorie de l'incorporation. Les arguments qu'il avance ne sont pas nouveaux. Ils sont, pour l'essentiel, ceux qui sont habituellement invoqués en faveur de cette théorie. On ne peut, affirme-t-il, reconnaître que ce qui existe. Si l'on veut reconnaître les institutions venues à la vie juridique par l'effet du droit étranger, on ne peut les reconnaître que telles qu'elles sont vraiment, et les personnes morales étrangères ne peuvent être soumises qu'au droit auquel elles doivent leur existence. En bref, « Die

¹⁹¹ Hugo F. Heberlein, *Die internationalprivatrechtliche Stellung der Handelsgesellschaften in Gesetzgebung und Staatsverträgen*, thèse Zürich 1933.

¹⁹² U. Luchsinger, *Die Rechtsstellung der ausländischen Aktiengesellschaften in der Schweiz*, thèse Berne 1940, p. 7.

¹⁹³ Rudolf L. Bindschedler, *Nationalitätwechsel der Aktiengesellschaft*, thèse Zürich 1940.

¹⁹⁴ W. von Steiger, *op. cit.*, note n° 6 ; cf. également du même auteur le même sujet dans : *Vereinigung für internationales Recht*, Zürich und Leipzig 1931. « Druckschrift N° 27 ».

Gesellschaften unterstehen dem Rechte, unter dessen Herrschaft sie zur Entstehung gelangt sind, Kraft dessen sie bestehen. » ¹⁹⁵

A cette justification classique, l'on peut également faire les objections classiques. Certes, si tous les pays avaient adopté le système de l'incorporation, on pourrait être assuré qu'en rattachant les sociétés au système juridique auquel elles doivent leur naissance, on les rattache à l'ordre juridique étranger qui les régit effectivement. Mais il n'en est rien, et la plupart des ordres juridiques continentaux s'en tiennent à la théorie du siège social, ce qui signifie que le droit de ces pays régit les sociétés qui y ont leur siège social. Ce droit n'est pas forcément celui qui a présidé à la création de la société. Ainsi, le droit français régit toutes les sociétés qui ont leur siège réel sur son territoire. Un rattachement au droit de la création pourrait fort bien déboucher dès lors sur un ordre juridique tiers, qui a peut-être moins de titre à régir la société que celui de son siège. Du point de vue suisse également, la théorie de l'incorporation peut désigner un ordre juridique tiers, qui n'a plus de titre à régir la société. Ainsi, si en vertu de l'article 14 des dispositions transitoires et finales du C.O., une société étrangère transfère son siège en Suisse sans liquidation et sans nouvelle fondation, en adaptant simplement dans le délai légal ses statuts à l'ordre juridique suisse, elle sera désormais régie par la loi suisse, qui n'est pas la loi qui a présidé à sa création. Le critère de l'incorporation débouche dès lors, du point de vue du droit international privé suisse, sur un ordre juridique qui ne régit plus effectivement la société ¹⁹⁶.

On le voit, le critère de l'incorporation ne peut sans autre être adopté comme règle de rattachement et le raisonnement qui tente sa justification par de simples considérations d'ordre logique n'est pas sans failles. Il en irait bien sûr tout autrement s'il s'agissait d'admettre une règle qui serait imposée par le truchement d'une réglementation conventionnelle multilatérale. Les mêmes objections sont soulevées par Janson et Becker ¹⁹⁷ qui invoquent également, à l'encontre de la nouvelle « Verleihungstheorie », les motifs que l'on doit tirer de l'existence de l'article 14. Telle n'est cependant pas l'opinion de Stauffer ¹⁹⁸ qui, dans l'exposé général de son commentaire de l'article 14, se déclare favorable à la théorie de l'incor-

¹⁹⁵ *Op. cit.*, note n° 6, p. 308.

¹⁹⁶ Cf. Alain Hirsch et Jean-François Perrin, Notes sur l'arrêt *Interfer Verwaltungsaktiengesellschaft* JT 1968, p. 544.

¹⁹⁷ Janggen et Becker, Kommentar zum Schw. ZGB, ad art. 772-827 ; « Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung », Bern 1939, p. 5.

¹⁹⁸ W. Stauffer, *op. cit.*, note n° 163.

poration. Il faut relever cependant que cette prise de position n'entraîne pas d'effet, car l'auteur n'en tient ensuite plus aucun compte, exposant que le transfert de siège entraîne un changement d'allégeance juridique. Il s'exprime en ces termes :

Erste Voraussetzung der Möglichkeit einer Sitzverlegung nach der Schweiz im Sinne des Art. 14 ist das Vorhandensein einer Aktiengesellschaft mit Sitz im Ausland oder, anders ausgedrückt, einer ausländischen Aktiengesellschaft.¹⁹⁹

On constate que Stauffer distingue donc soigneusement la situation « de lege lata » de la situation « de lege ferenda ».

G) *La doctrine de l'incorporation appartient-elle au droit positif suisse ? L'essai de W. NIEDERER.*

L'effort le plus important qui ait été fait en doctrine suisse pour tenter d'accréditer la théorie de l'incorporation émane du Professeur W. Niederer²⁰⁰. Cet auteur met en évidence la controverse qui existe au sein des partisans de la théorie du siège, les uns retenant le siège statutaire, et les autres le siège effectif de l'administration centrale. Niederer estime que si l'on tranche en faveur du siège statutaire, l'on parvient au même résultat que par la théorie de l'incorporation, car la personnalité juridique d'une société (l'exemple choisi est celui d'une société anonyme) s'acquiert par l'inscription au Registre du Commerce. Celle-ci s'effectue, dans la règle, au lieu où est situé le siège statutaire. On peut dès lors, affirme-t-il, lier le rattachement par le siège statutaire à celui qui intervient par l'incorporation. Un critère unique peut donc être forgé, celui de « la loi de la constitution et du siège statutaire ». Ce point étant acquis, il ne reste plus qu'à se poser la question de savoir si l'on va préférer le rattachement par la théorie de l'incorporation (qui implique aussi la prise en considération du siège statutaire) ou par la théorie du siège effectif de l'administration.

L'association « incorporation » plus « siège statutaire » permet à l'auteur d'interpréter la loi et la jurisprudence suisses en faveur de la théorie de l'incorporation, puisque tous les indices qui s'y trouvent et qui militent en faveur de la théorie du siège sont portés à l'actif

¹⁹⁹ *Op. cit.*, note n° 163, p. 104.

²⁰⁰ *Op. cit.*, note n° 55, en faveur de la théorie de l'incorporation cf. aussi : A.F. Schnitzer, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, 4^e éd., Basel 1957 II, p. 311 ss..

de la théorie de l'incorporation, transformée, pour les besoins de la cause, en « théorie du siège statutaire ». L'auteur choisit alors la théorie de l'incorporation et invoque, outre tous les motifs qui sont habituellement utilisés pour justifier le rattachement par l'incorporation, les arguments suivants : Il est incontestable qu'au moment où elle vient à la vie juridique, la personne morale ne peut être régie que par l'ordre juridique qui a présidé à sa création, soit celui de son incorporation. Dès lors, se fondant sur la jurisprudence du T.F. en matière de droit international privé des contrats, on peut affirmer qu'un rapport juridique n'existe qu'en vertu du droit sur la base duquel il est né et le fondement de son existence ne saurait être modifié après coup²⁰¹. Il en suit que seul le droit de l'incorporation peut continuer à régir la personne morale, la base juridique qui a donné naissance au sujet de droit ne pouvant, ni ne devant plus être modifiée.

Cette doctrine appelle les observations suivantes :

a) Il est exact qu'il y a deux acceptions de la théorie du siège. Selon la première, le siège statutaire, présumé effectif jusqu'au moment où l'administration de la preuve de sa fictivité est apportée, est le critère de rattachement. Selon la deuxième, le siège effectif de l'administration sociale désigne à lui seul le droit applicable à la société. L'assimilation de la première de ces acceptions à la théorie de l'incorporation ne peut être admise. Une telle démarche fait totalement abstraction du fait que le siège statutaire n'est que présumé effectif. Cette présomption n'est pas irréfragable, la jurisprudence du T.F. l'a expressément déclaré, à répétées reprises (cf. supra p. 80 ss.).

b) L'association proposée « incorporation plus siège statutaire » peut parfaitement se dissocier. Cela se produit notamment dans tous les cas de transferts effectués sur la base de l'article 14 du Titre final du C.O., ou en cas de fusions « über die Grenze »²⁰². Enfin, il arrive que les formalités constitutives ne soient pas accomplies dans le pays où est situé le siège statutaire²⁰³. Quel est, dans ces cas, l'ordre juridique désigné par la règle de rattachement proposée ? Dans toutes ces situations, il est possible que le rattachement par l'incorporation

²⁰¹ Cf. ATF 42 II, p. 183 ; 62 II, p. 126 ; 75 II, p. 64.

²⁰² H.R. Bener, La fusion des sociétés anonymes en droit international privé, thèse Genève 1967.

²⁰³ Cf. arrêt Cadic du 4 oct. 1952 SJ 1954 p. 49. Il y est question d'une société constituée en Suisse, selon les lois du Panama, où elle a son siège statutaire.

désigne un autre droit que le rattachement par le siège statutaire. Une règle de conflit de lois (l'association de critères proposée constitue bien une seule règle de conflit de lois) susceptible de désigner à la fois deux ordres juridiques différents pour régir un même rapport de droit, nous paraît extrêmement insatisfaisante.

c) L'application analogique de la jurisprudence du T.F. concernant le changement de la base juridique d'un rapport contractuel, proposée par Niederer, ne peut en tout état plus être retenue comme une circonstance plaidant en faveur de la théorie de l'incorporation, puisqu'elle a été renversée par un arrêt du 31 août 1953²⁰⁴. Le T.F. admet actuellement le changement de droit applicable à un même rapport contractuel. En ce qui concerne le problème que nous examinons, force nous est d'ailleurs de constater que ce changement de base se produit bien dans tous les cas d'application de l'article 14 des dispositions finales et transitoires du C.O. et 51 O.R.C. En suivant l'opinion contraire, on exclut toute possibilité d'un transfert de siège puisque cette opération implique précisément un changement du droit applicable à la société²⁰⁵.

d) Le reproche d'insécurité²⁰⁶ qui est fait par Niederer à la théorie du siège réel n'est, à notre avis, pas opposable à la théorie du siège « social » qui est posée par le T.F. Il est exact que la théorie du siège réel, dans son acception la plus stricte, conduit à l'insécurité, puisque, à chaque occasion, le rattachement doit être déduit de circonstances matérielles dont la preuve doit être apportée. Par contre, s'il est posé que c'est le siège statutaire qui est déterminant tant que la preuve de sa fictivité n'est pas apportée, le grief d'insécurité ne porte plus de la même manière.

L'étude du Professeur Niederer est conçue dans le cadre de la préparation de la 7^e Conférence de La Haye, qui avait inscrit le problème de la reconnaissance à son ordre du jour. Elle fait également suite aux débats de la Société Suisse de Droit International qui s'occupa de ces questions lors de sa session du 23 septembre 1950 à Neuchâtel²⁰⁷. A cette occasion, il semble qu'une large adhésion à la théorie de l'incorporation se manifesta. Ces circonstances expliquent que la réponse suisse au questionnaire préparatoire de la Conférence

²⁰⁴ Arrêt Künzle c/ Bayrische Hyp. u. Wechselbank ATF 79 II, p. 298, confirmé par ATF 80 II, p. 180.

²⁰⁵ Cf. arrêt Interfer ; JT 1968, p. 539.

²⁰⁶ *Op. cit.*, note n° 55, p. 126.

²⁰⁷ Cf. *op. cit.*, note n° 55, p. 126.

de La Haye soit nettement favorable à la théorie de l'incorporation. On y trouve en effet la prise de position suivante :

La personnalité acquise d'après la loi du pays où les formalités constitutives sont remplies et où se trouve aussi le siège statutaire doit être reconnue dans les autres États contractants. Le siège statutaire doit donc se trouver dans le pays qui accorde à la société la personnalité. Il ne faut pas exiger que le siège statutaire soit en même temps le siège réel. Car, dans la pratique, il serait souvent très difficile de savoir où se trouve le siège réel, dont la notion n'est d'ailleurs pas claire, tandis que le siège statutaire est régulièrement très facile à établir. Il ne faut réserver que le cas du siège statutaire frauduleux (question N° 10). Un autre critère ne doit donc pas être adopté.²⁰⁸

La réponse n'est cependant pas donnée à la question de savoir comment doit être réservé le cas du siège statutaire frauduleux, alors que l'on se place sur le terrain de la théorie de l'incorporation et que l'on semble déterminé à ne pas faire usage de la notion de fraude à la loi ! Il nous paraît que la prise de position suisse, pour conforme qu'elle soit à la doctrine de Niederer, reflète mal les solutions données par le droit international privé suisse, notamment par la jurisprudence du T.F. Il est vrai que la solution que l'on est appelé à proposer dans le cadre d'un règlement multilatéral d'un problème n'est pas nécessairement fonction des solutions données par le droit positif. La composante multilatérale change incontestablement les données du problème et facilite l'admission d'un critère nouveau. La position de la délégation suisse à la Conférence internationale de La Haye se trouve pleinement justifiée par la nécessité de la recherche d'un critère simple. Il nous paraît cependant que, face à un problème aussi complexe, il est utile de mettre en évidence la situation « de lege lata », même si cela doit conduire à proposer des solutions différentes, « de lege ferenda ». L'auteur des « Beiträge zum Haager International-privatrecht 1951 » n'a pas toujours dissocié ces deux domaines aussi rigoureusement qu'on l'eût pu souhaiter.

²⁰⁸ Actes et Documents. *Op. cit.*, note n° 137, p. 446.

CHAPITRE III

LE CRITÈRE DE RATTACHEMENT EN CAS DE DISSOCIATION DU SIÈGE RÉEL ET DU SIÈGE STATUTAIRE, EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ SUISSE

§ 1. L'ORDRE JURIDIQUE SUISSE TOLÈRE-T-IL LES CONSÉQUENCES DE LA THÉORIE DU SIÈGE RÉEL ?

Nous sommes parvenu à la conclusion que, en droit international privé suisse, le point de rattachement des sociétés est le siège social (cf. supra p. 85). Cette règle a été forgée pour l'hypothèse normale et usuelle selon laquelle la société a son siège statutaire au centre effectif de l'administration sociale. L'usage du critère de rattachement retenu ne soulève aucune difficulté, l'endroit visé ne pouvant, dans cette hypothèse, faire l'objet d'une quelconque contestation. Cette règle de base étant considérée comme définitivement acquise, il faut examiner quels accommodements ou quels compléments de définition sont nécessaires, au vu du fait que, à titre exceptionnel et pour des motifs qui sont légitimes, ou qui ne le sont pas, le siège statutaire peut ne pas coïncider avec le siège effectif de l'administration sociale. Où est, dans cette circonstance, le siège social ? Est-il au lieu désigné par les statuts ou est-il, au contraire, au centre effectif de l'administration sociale ? La question que nous nous posons ne se définit pas comme étant la recherche d'un nouveau critère de rattachement pour cette circonstance particulière, mais plutôt comme une définition plus précise du critère déjà retenu. En bref, comment définit-on le siège social, critère de rattachement en droit international privé des sociétés, lorsque le siège réel ne coïncide pas avec le siège statutaire. Telle est la question qu'il faut résoudre.

Nous avons vu que l'acception actuellement classique de la théorie du siège mérite la dénomination de théorie du siège « réel ». Selon cette doctrine, le critère de rattachement est donné par une cir-

constance matérielle sur laquelle la volonté des fondateurs n'a aucune incidence, à savoir : la présence effective de l'administration sociale centrale. Selon cette théorie, le siège, critère de rattachement des sociétés en droit international privé, se définit comme le lieu où est situé le centre de l'administration sociale. Telle est la théorie du siège réel, retenue par la doctrine classique, et sanctionnée notamment par la jurisprudence française et allemande. Un tel système de rattachement a l'avantage de résoudre de la manière la plus simple le problème de la dissociation entre le siège statutaire et le siège réel. Cette dissociation ne joue aucun rôle direct en droit international privé, puisque la règle de rattachement ne tient compte que du lieu où réside l'administration sociale, à l'exclusion de toute autre circonstance.

On peut donc dire que le propre de la théorie du siège réel est de faire dépendre l'allégeance juridique des sociétés du centre effectif de l'administration sociale, à l'exclusion de toute autre circonstance, notamment de la désignation statutaire du siège. Or nous avons vu que la désignation statutaire du siège est, dans la jurisprudence du T.F., l'élément déterminant, duquel il n'y a lieu de s'écarter qu'en présence de circonstances exceptionnelles et à des conditions précises que nous mettrons en évidence (cf. infra p. 102). Nous avons procédé d'autre part à une analyse approfondie des textes légaux suisses qui, de près ou de loin, touchent au problème du rattachement des sociétés. Nous avons constaté que l'on peut en tirer un nombre important d'indices concordant en faveur d'un rattachement par le « siège social » (cf. infra p. 83). Mais aucun de ces indices ne sont de nature à faire primer le siège réel sur le siège statutaire. Le droit positif suisse n'impose donc nullement la théorie du siège réel.

Nous allons maintenant montrer que la théorie du siège réel implique des conséquences qui sont inconciliables avec certains principes de notre droit matériel des sociétés. Force nous sera donc d'exclure la théorie elle-même, puisque ses conséquences sont inadmissibles. L'acceptation classique de la théorie du siège réel étant écartée, l'admission de l'autre acception s'imposera d'elle-même. Procédons cependant par ordre :

A) *Les enseignements qu'il faut tirer de la jurisprudence en matière de « Strohmänn-Gesellschaft ».*

Le siège réel de la société, c'est l'endroit où s'élaborent les décisions sociales, le lieu de « direction effective », le « cerveau » de la société. Or, il s'avère que la jurisprudence a dans d'autres circons-

tances, mais à réitérées reprises, renoncé implicitement à faire prévaloir cette effectivité et lui a préféré l'apparence. Le problème est fort connu, c'est celui de la « Strohmman-Gesellschaft ». Citons l'exemple suivant, tiré d'un arrêt du 22 novembre 1957 de l'Obergericht de Zürich²⁰⁹. Trois avocats zurichoïses fondent une société avec siège statutaire en Suisse, en leur nom, mais sur mandat d'un industriel étranger qui souscrit et libère le capital social et à qui, aussitôt après la fondation, les actions sont transmises. Par la suite, la société est administrée par l'un des trois avocats, qui n'agit cependant qu'en stricte exécution d'un « mandat »^{209bis}. En fait, il s'avère que l'administrateur n'a aucun pouvoir effectif. Il est clair que la « volonté », le « cerveau », d'une telle société, réside fort peu à son siège statutaire. Ce n'est pas tant la question de la validité ou de la non-validité du rapport obligationnel qui lie le fiduciaire au fiduciaire qui retient notre attention, mais plutôt la question de l'éventuelle illicéité de la société elle-même, pour cause de violation du droit des sociétés dans son ensemble. Nous sommes en présence d'une société à actionnaire unique, lequel est un étranger domicilié à l'étranger, d'autre part d'un Conseil d'administration composé exclusivement d'hommes de paille, qui n'ont aucune autonomie ni pouvoir réel. Il nous paraît intéressant de constater la position de l'ordre juridique suisse face à une telle construction, car si sa validité, partant indirectement son allégeance juridique suisse, est admise, il ne pourra plus être affirmé que le « cerveau », le centre effectif de la direction sociale, est le critère d'allégeance déterminant. Or, les constatations suivantes peuvent être faites :

a) La société à actionnaire unique doit être considérée comme une S.A. licite. Cela ressort clairement de la jurisprudence du T.F.²¹⁰.

²⁰⁹ Bl. f. ZHR 1959, p. 179 ss. ; cf. aussi : P. Jäggi, « Ein Gerichtsurteil über den « abhängigen » (fiduziarischen) Verwaltungsrat » ; SJZ 1960, p. 1 ss.

^{209bis} Un certain nombre d'auteurs contestent qu'il soit possible d'admettre dans cette circonstance, l'existence d'un rapport fiduciaire. Selon eux, les conseils d'administration fiduciaires, c'est-à-dire dépendants, sont étrangers au système de la loi ; cf. F. von Steiger, Zur Frage der rechtlichen Stellung des « abhängigen » Verwaltungsrates, S.A.G. 1954 (vol. 27), p. 37 ss. et F.T. Gubler, Z.S.R. 73 (1954), p. 250 a, note 13 b. La qualification juridique de ce rapport économique de dépendance ne modifie en rien le cours de notre analyse car ce que nous cherchons à mettre en évidence c'est l'effet que confère notre droit à l'absence de fait (et non de droit) de l'autonomie de décision, qui caractérise ces administrations sociales.

²¹⁰ Cf. ATF 85 II, p. 114.

b) L'illicéité de la construction ne peut pas intervenir du fait que les administrateurs sont des hommes de paille. Le T.F. ne prononce pas la nullité de telles sociétés pour le motif que les organes désignés par les statuts n'ont pas de pouvoir réel, car la responsabilité de ces personnes reste pleine et entière ²¹¹.

c) L'illicéité doit-elle être prononcée pour cause de violation de l'article 711 C.O. ? Le but de cette disposition est de mettre à la portée des tiers créanciers d'une société anonyme suisse, des administrateurs qui peuvent répondre en Suisse. Peu importe que ceux-ci soient ou non des hommes de paille. La fraude à la loi suisse que constitue la désignation d'administrateurs suisses hommes de paille, en fait pour éluder les dispositions de l'article 711, n'entraîne pas l'illicéité de la société ²¹².

En conclusion, la société en question n'est en l'état actuel de la jurisprudence pas illicite. Le juge suisse doit la considérer comme une création valable de la loi suisse et lui reconnaître la personnalité juridique.

Nous sommes alors en droit de nous demander où est le siège « réel » de cette société ? Où sont prises les « décisions sociales », alors que les organes sociaux sont dépourvus de toute autonomie de décision. Le siège « réel » des décisions sociales est à l'étranger. Seule l'apparence, le « *tun als ob* » d'une administration, réside en Suisse. Une telle société existe et est régie par le droit suisse, car son siège statutaire est en Suisse et parce que ses organes répondent formellement aux exigences de l'article 711 C.O. Son siège effectif, au sens de la théorie du siège réel, est certainement à l'étranger. Il y a donc, en fait, une dissociation entre le siège réel et le siège statutaire.

On peut donc tirer argument de l'esprit qui anime cette jurisprudence. Si elle admet la validité de sociétés dont les organes sociaux n'ont aucun pouvoir effectif, c'est surtout parce qu'elle donne la préférence, entre deux maux, au moindre. Il y a d'une part le danger qui résulte de l'existence d'agents sociaux dépourvus de pouvoirs réels. Mais il y a d'autre part le danger de l'insécurité qui résulterait de la présence de sociétés potentiellement nulles ou annulables. On peut estimer que ce dernier danger est le plus grand pour la sécurité du droit et des transactions. Du point de vue des tiers, il est préférable d'avoir à faire à des hommes de paille responsables qu'à une société nulle.

²¹¹ Cf. ATF 71 II, p. 168 ss.

²¹² Cf. ATF 81 II, p. 541.

Les mêmes considérations peuvent être faites pour ce qui concerne la réalité du siège social. Un système de rattachement qui fait primer la réalité des faits sur les indications du Registre du Commerce fait courir de graves dangers à la sécurité du droit et des transactions. Les tiers doivent pouvoir se fier dans la mesure la plus large aux indications des registres officiels. Il n'est pas admissible qu'avant de contracter avec une société, un intéressé ait à vérifier la réalité du siège de celle-ci, faute de quoi il pourrait se voir opposer plus tard l'éventuelle nullité de sa cocontractante. Ces conséquences de la théorie du siège réel nous paraissent incompatibles avec les dispositions qui régissent le Registre du Commerce et définissent la portée et les effets des indications qu'il contient.

B) Sur quelle doctrine débouche l'exclusion des conséquences de la théorie du siège réel.

Le refus de la théorie du siège réel implique-t-il, en cas de dissociation, la nécessité d'un rattachement par le siège statutaire sans possibilité d'exception ? Doit-on admettre que le système qui s'oppose à la théorie du siège réel est celui de la prise en considération, sans limite ni contrôle, de la désignation statutaire du siège ? On serait alors en présence de deux systèmes, l'un dit du siège réel, selon lequel l'autonomie de la volonté des parties n'aurait aucun effet quelconque, le critère de rattachement ne dépendant que de la matérialité des faits, l'autre, qui serait dit du siège statutaire (et que Niederer associe à la théorie de l'incorporation), en vertu duquel les fondateurs auraient la liberté absolue de déterminer le droit applicable à la société, puisque la présomption de vérité attachée au siège statutaire serait irréfragable.

Présenté en ces termes, le conflit de doctrines concernant le rattachement des sociétés met les intéressés face à un choix cornélien, les deux solutions pouvant se révéler dans leurs conséquences l'une et l'autre trop absolues et inconciliables avec les nécessités de la pratique. Il suffit cependant de se référer aux solutions proposées par la doctrine classique suisse et par la jurisprudence, pour sortir le problème de l'ornière. Nous avons montré que le fondement du rattachement en droit international privé suisse des sociétés est bien le « freie Wahl » des parties. Ce choix s'opère au moment de la désignation statutaire du siège. Cet abord du problème du rattachement condamne a priori l'usage en Suisse de la théorie du siège réel, dans laquelle cette désignation, ce choix des parties, ne joue aucun rôle.

Mais, d'autre part, les fondateurs ne peuvent faire un choix totalement arbitraire qui conduirait à la négation du fondement du droit des sociétés. Comme le dit Arminjon²¹³ : « La majeure partie des règles dont l'appartenance des sociétés implique l'application, ne dépendent pas de la volonté des parties ; elles s'imposent à elles comme des prescriptions directrices, protectrices de leur volonté... » Il n'est pas admissible que ces règles puissent sans autre être éludées par le simple jeu d'une règle de rattachement ne dépendant que du choix des parties, lesquelles pourraient librement se porter sur un point choisi dans l'unique dessein d'éluder la loi. Cette conséquence de la théorie du siège statutaire n'est pas acceptable, pas plus que ne le sont celles de la théorie du siège réel.

Au vu de ces conditions, une seule voie intermédiaire possible subsiste, c'est celle de l'acceptation de la règle de rattachement choisie par les parties (siège statutaire), acceptation qui n'est cependant donnée que pour autant que la règle choisie ne l'ait pas été sans intérêt légitime. Il nous a déjà été donné de démontrer que telle est bien l'acception suisse de la théorie du siège social, acception qu'il y a lieu d'opposer à la théorie classique du siège réel.

Il ne faut pas considérer que l'opposition soulignée entre la théorie du siège réel et la théorie suisse du siège social telle que nous l'avons définie, ne serait qu'une nuance de définition ou l'abord verbal différent d'une même solution. Nous avons vu que la jurisprudence suisse fait intervenir la notion de fraude à la loi. L'usage de cette notion est totalement inutile selon la théorie du siège réel. Le critère de rattachement étant déduit d'une circonstance matérielle, la possibilité même d'un rattachement frauduleux est exclue par la définition de la règle de conflit de lois. On le voit, les distinctions entre les deux acceptions que nous avons définies ne touchent pas qu'à des détails !

Il nous reste à montrer que l'acception suisse de la théorie du siège social peut s'adapter pratiquement aux trois hypothèses concevables de dissociation entre le siège statutaire et le siège réel.

²¹³ A.P. Arminjon, Les sociétés, les associations et les fondations en Droit international privé, dans : *Revue de droit international et de législation comparée* 1927, p. 360 ss.

§ 2. LA PREMIÈRE HYPOTHÈSE DE DISSOCIATION : SIÈGE STATUTAIRE A L'ÉTRANGER, SIÈGE RÉEL EN SUISSE.

Cette hypothèse est relativement fréquemment réalisée. Elle mérite un examen attentif, car elle révèle toute la complexité du problème de la reconnaissance internationale des sociétés. Nous avons posé comme règle générale que toute société existant selon le droit étranger voit, en vertu de la règle de la reconnaissance, son existence reconnue en Suisse. Mais nous avons vu également que le rattachement à l'ordre juridique étranger n'est pas entièrement à la discrétion des fondateurs. Dès lors, l'exception en matière de rattachement pourra entraîner l'exception en matière de reconnaissance. Les modalités de cette liaison d'une part, ses effets d'autre part, doivent maintenant faire l'objet de notre analyse.

A) *Le cas-type : L'arrêt « Compania de Navigacion ANNE S.A. »*²¹⁴.

La « Compania de Navigacion ANNE S.A. », incorporée à Panama City où elle a son siège statutaire, n'y est en fait représentée que par des agents enregistrés, dont la seule fonction est de représenter la société devant les tribunaux de cet Etat. Ces agents refusent d'accepter les notifications et désignent à cet effet l'agence de Lausanne, soit le domicile de l'administrateur qui a la signature sociale, où d'ailleurs, se concentre toute l'activité de la Compagnie. A Lausanne, domicile de l'administrateur délégué, ANNE S.A. ne figure pas au Registre du Commerce, à quelque titre que ce soit. Un créancier social y requiert l'inscription d'office d'une succursale de la société. L'administration s'y oppose en alléguant qu'ANNE S.A. n'a pas de succursale en Suisse où elle ne développe aucune activité propre. C'est donc dans le cadre étroit d'une procédure administrative en inscription de succursale que le litige se situe. Le T.F. est cependant amené à poser et à résoudre le problème du rattachement de la société, ce qui est logique et indispensable, car il faut savoir si ANNE S.A. est une société régie par le droit panaméen ou par le droit suisse. Cette question est évidemment fondamentale, puisque dans le premier cas l'inscription éventuelle d'une succursale suisse de la société étrangère se pose ; alors que dans le deuxième cas, l'entité ANNE S.A., régie par le droit suisse, ne peut être inscrite en qualité de succursale

²¹⁴ ATF du 9 mai 1950 S.J. 1951, p. 22 ss.

d'une entreprise étrangère. Le considérant émis par le T.F. concernant la « nationalité » d'ANNE S.A. ne constitue donc pas un « obiter dictum », mais se situe au contraire au cœur du problème et déterminera sa solution. Le T. F. pose la règle de rattachement en ces termes :

En droit international privé suisse, le domicile d'une personne morale, — lequel est décisif pour fixer sa nationalité (cf. ATF 31, 1^{re} partie, p. 466) — n'est à son siège statutaire que si celui-ci n'est pas un siège fictif, c'est-à-dire sans rapport avec la réalité des choses, et choisi uniquement pour échapper aux lois du pays où la personne morale exerce en fait son activité (ATF 15, p. 579). S'il se révèle que tel est le cas, la personne morale sera domiciliée dans le pays où elle a son véritable siège, c'est-à-dire où se situe le centre principal de son administration.

Le T.F. pose donc tout d'abord le principe d'un rattachement par le « domicile », qui est au siège statutaire. Mais les modalités de l'exception à la règle sont aussitôt après définies. Les circonstances dans lesquelles la présomption de vérité attachée à la désignation statutaire du siège peut être détruite sont indiquées avec précision. Le T.F. pose que le siège indiqué par les statuts ne doit pas être « fictif » et définit le sens de ce terme.

B) *Les conditions de la fictivité du siège social :*

1. La dissociation entre le siège statutaire et le siège réel.
2. La fraude à la loi.

Selon les termes mêmes de l'arrêt ANNE S.A., le siège est fictif s'il est :

1. sans rapport avec la réalité des choses ; et de plus,
2. choisi uniquement pour échapper aux lois du pays où la personne morale exerce en fait son activité.

Ces deux conditions doivent donc être remplies cumulativement :

ad. 1. — Le « sans rapport avec la réalité des choses » exprime l'existence d'une dissociation entre le siège réel et le siège statutaire. Si le T.F. était partisan de la théorie du siège réel, il aurait estimé que cette seule condition eût été suffisante, car la simple dissociation entraîne l'application de la loi du siège réel au détriment de la loi du siège statutaire. Le T.F. n'a pu se satisfaire de cette solution. La réalisation de cette première condition ne peut, à elle seule, être consi-

dérée comme suffisante. Une dissociation de fait peut fort bien être inspirée par des motifs légitimes. Le droit international privé doit tenir compte des réalités économiques. L'on conçoit que la théorie du siège réel, dans son acception stricte, ait vu le jour à une époque où les communications étaient infiniment moins développées et plus difficiles. Une nécessaire corrélation entre la gestion d'une entreprise et le lieu où elle s'effectue pouvait paraître très légitime. Mais actuellement, cette corrélation n'a plus le même sens, ni la même portée. Il n'est plus impensable que la gestion d'une entreprise internationale s'effectue, pour de simples motifs de commodité, en différents pays. Il est même imaginable que les décisions d'un conseil d'administration se prennent « inter absentes », par correspondance ou par télex.

D'autre part, il n'est pas toujours anormal que les décisions essentielles concernant la gestion d'une société, soient prises en dehors du cadre strict de son siège social. Toutes les filiales d'une grande société internationale sont des personnes morales juridiquement distinctes. Leur gestion doit cependant pouvoir être centralisée, précisément en ce qui concerne les décisions essentielles. Le système du siège réel rend impossible l'administration centralisée des filiales. En tant que tel, il est actuellement totalement dépassé et, en fait, inapplicable. La réalité économique est la plus forte. L'on n'oserait pas soutenir, aujourd'hui, que les filiales nationales des grandes sociétés pétrolières sont des sociétés nulles, parce que leur siège réel, soit le lieu où se forment véritablement les décisions sociales, est situé à l'étranger auprès de la société mère. Le siège de ces filiales n'est pas un siège fictif pour le seul motif que les décisions importantes sont fonction de directives reçues de la société mère, car la simple dissociation entre le siège statutaire et le lieu où sont élaborées les décisions sociales n'est pas en soi suffisante pour entraîner la fictivité du siège statutaire.

ad. 2. — Il faut donc, de plus, que le siège statutaire ait été choisi uniquement pour éluder la loi normalement compétente. Ce faisant, le T.F. met en œuvre la notion de la fraude à la loi dans son acception de droit international privé. On sait que l'usage de ce mécanisme de défense, en droit international privé, fait l'objet d'une importante controverse doctrinale²¹⁵. Ce conflit classique ne peut nous arrêter, car d'une part, il nous ferait sortir du cadre de notre sujet et, d'autre

²¹⁵ Cf. Jean Perroud, La fraude à la loi en droit international privé, *Journal Clunet* 1926, p. 19 ss. et 415 ss. ; K. Helbling, Die Lehre der sog. Gesetzesumgehung und das schweiz. Zivilgesetzbuch, thèse de Fribourg 1929 ; Schnitzer, *op. cit.*, note n° 98, p. 249 et lit. ment.

part, il serait dépourvu d'intérêt pratique, puisque la jurisprudence du T.F. opte pour son usage, précisément en matière de rattachement des sociétés. Par contre, il nous paraît nécessaire d'examiner le contenu de cette notion.

Il est relativement aisé de saisir son objectif. Comme le dit Arminjon, « une règle de droit international privé est devenue applicable parce que les circonstances qui en déterminent l'application ont été voulues et réalisées en vue d'écarter les dispositions impératives ou prohibitives d'une législation à laquelle les parties désiraient se soustraire ». ²¹⁶ Pour saisir vraiment le sens de « l'exception de fraude à la loi », il faut mettre en évidence la possibilité d'une violation de l'« esprit » de la règle de conflit de lois, mais non de « sa lettre ». Frank Vischer ²¹⁷ montre qu'il est possible de violer une règle de conflit de lois, comme toute autre disposition légale, en portant atteinte à sa « ratio ». Il propose la définition suivante :

Ein 'agere in fraudem legis' liegt demgemäss im IPR dann vor, wenn jemand durch eine Tatbestandsveränderung die Zuständigkeit einer neuen Rechtsordnung herbeiführen will, dabei nur den formellen Wortlaut der Kollisionsnorm beachtet, deren eigentliche Ratio aber verletzt.

La « fraude à la loi » se caractérise essentiellement comme une violation de « l'esprit » de la règle de rattachement, mais non de sa lettre.

Pour l'application de cette doctrine au droit international privé des sociétés, les points suivants doivent principalement retenir notre attention :

a) C'est bien sur la règle de conflit elle-même que porte la fraude, et non pas directement sur le droit matériel.

b) La fraude à la loi ne peut intervenir que si deux circonstances sont réalisées :

— Il faut une construction artificielle (Eine künstliche Schaffung) ²¹⁸, réalisée intentionnellement en vue d'empêcher l'application d'un droit matériel normalement compétent.

²¹⁶ P. Arminjon, La Fraude à la loi en Droit international privé, Journal Clunet 1920, p. 409.

²¹⁷ Frank Vischer, Zum Problem der rechtsmissbräuliche Anknüpfung im internationalen Privatrecht, dans : Aequitas und bona fides, Festgabe A. Simonius, Bâle 1955, p. 401 ss.

²¹⁸ P. Liver, Berner Kommentar, Band I — Einleitung, Berne 1962 ad art. 2, note 95.

— Il faut ensuite que les éléments de fait qui commanderaient normalement l'application de ce droit soient réalisés dans l'ordre juridique dont le droit matériel est éludé.

Pratiquement, la construction artificielle, c'est la création d'un siège statutaire à l'étranger dans l'unique dessein d'éluder la loi suisse. Les éléments de fait originaux et naturels sont l'ensemble des circonstances qui font qu'il est possible d'affirmer que la société possède le centre effectif de son administration sociale en Suisse.

c) L'élément intentionnel, que nous avons mis en évidence ci-dessus, nous paraît certainement devoir appartenir à la notion de fraude à la loi et en être même une composante caractéristique. Tel est l'avis de la doctrine suisse dominante qui érige la notion de fraude à la loi en un concept autonome, « *praeter legem* », qui se distingue de l'abus de droit sanctionné par l'article 2 C.C.S. précisément par l'exigence de « l'intention ». ²¹⁹ Enfin, la notion de fraude à la loi ne se confond pas non plus avec « l'ordre public ». L'ordre public paralyse l'application de la loi étrangère dont les effets sont intolérables dans l'ordre juridique national. La fraude à la loi ne s'attache pas aux effets de la loi étrangère, mais aux circonstances qui en « commandent » l'application. L'assimilation de ces deux notions a d'ailleurs été soutenue, selon Batiffol ²²⁰, surtout dans le dessein de « fortifier la théorie de la fraude à la loi contre les objections dont elle était l'objet à une époque où la recherche des intentions était particulièrement redoutée ».

Nous avons mis en évidence les conditions qui entraînent la fictivité du siège social, il faut examiner maintenant l'application qui en est faite par le T.F. dans l'affaire ANNE S.A.

ad. 1. — En ce qui concerne la première condition, elle est en l'espèce incontestablement remplie. Il y a manifestement dissociation entre le siège statutaire situé à Panama City et le siège réel. Le T.F. le constate en ces termes :

On peut en effet douter que les attaches de la Compagnie ANNE S.A. avec Panama City aient été suffisantes, à l'époque décisive, pour que le siège statutaire dans cette ville puisse être considéré comme son domicile effectif.

²¹⁹ Cf. Vischer, *op. cit.*, note n° 217, p. 402 et la lit. ment.

²²⁰ Cf. Batiffol, *op. cit.*, note n° 5, n° 374, p. 423.

ad. 2. — Le siège social est-il situé à Panama City « in fraudem legis » ?

- Le T.F. n'est pas convaincu de la présence d'un « artifice » au sens de ce qui a été exposé ci-dessus : « Quant à savoir si ANNE S.A. a été créée à Panama City en vue d'éluder les lois suisses, la question n'est nullement éclaircie. »
- Le T.F. n'est pas persuadé non plus de l'existence de ce rapport « naturel » commandant l'application du droit suisse, soit de la présence en Suisse du centre effectif de l'administration sociale.

Il apparaît que la présence en Suisse du centre principal de l'administration sociale n'est pas établie à satisfaction. « Le siège de l'agence de New-York, où réside l'un des membres du conseil d'administration, pourrait tout aussi bien être ce centre, vu le genre d'activité de la société. »

En bref, les conditions de l'exception ne sont pas réalisées et la présomption de vérité du siège statutaire n'est donc pas détruite. Il en suit que la société ANNE S.A. est régie par le droit panaméen. Comme telle, elle peut avoir une succursale en Suisse, dont l'inscription doit être ordonnée d'office s'il y a lieu. Ainsi, après avoir posé les conditions de l'exception, le T.F. constate que celles-ci ne sont pas remplies. L'intérêt de cet arrêt réside essentiellement en la définition de ces conditions de l'exception. Mais celles-ci ne sont pas réalisées en l'espèce et l'arrêt ANNE S.A. n'est donc utile qu'« a contrario » lorsqu'il s'agit de mettre en évidence l'effet de la fictivité du siège social.

Comment le cas ANNE S.A. eût-il trouvé sa solution si le T.F. avait été amené à conclure que le siège de Panama City était fictif. Quelle incidence pratique cette constatation entraîne-t-elle ? C'est la question qu'il faut présentement examiner.

C) *L'effet de la fictivité du siège social :*

1. Le refus de reconnaissance de la société étrangère.
2. L'application du droit du siège effectif.

ad. 1. — Nous avons défini la reconnaissance comme la prise en considération, par l'ordre juridique reconnaissant, d'une société régie

par le droit étranger désigné par la règle de rattachement. La règle de rattachement des sociétés en droit international privé suisse est le siège social, soit le siège statutaire, présumé véridique. Cependant, la présomption de vérité attachée à cette désignation peut être détruite et le siège social s'avérer fictif dans le sens défini plus haut. Un premier effet de la fictivité du siège social résulte à la fois de la définition de la reconnaissance et du rôle de la règle de rattachement en droit international privé. Si le siège est fictif, c'est l'élément qui rattache la société à l'ordre juridique étranger qui est affecté. La règle de rattachement est « paralysée ». Elle ne peut plus désigner l'ordre juridique étranger qui régit la société. Il ne peut dès lors plus être question de société « régie » par l'ordre juridique étranger désigné par la règle de rattachement et c'est la reconnaissance de la société étrangère qui est exclue. Ainsi, la fictivité entraîne en tout premier lieu le refus de la reconnaissance ²²¹.

ad. 2. — Dans la cause ANNE S.A., le T.F. esquisse brièvement, en ces termes, l'autre effet de la fictivité du siège social : « ... La personne morale sera domiciliée dans le pays où elle a son véritable siège, c'est-à-dire où se situe le centre principal de son administration. » Ainsi, la présomption de vérité attachée à la désignation statutaire du siège est détruite et il ne peut être question de reconnaître une société étrangère. L'artifice est écarté mais les éléments de fait originaux vont y suppléer. Le siège social, soit le point de rattachement n'est pas situé à l'étranger, mais bien en Suisse. La conséquence, c'est l'application du droit suisse. En Suisse, il y a donc lieu de considérer que la société pseudo-étrangère, entité non-reconnue, est régie par le droit suisse. Mais les formalités constitutives n'ont pas été

²²¹ Nous avons ainsi montré que l'on peut envisager le refus de la reconnaissance d'une société étrangère, sans faire intervenir la notion d'ordre public. Au niveau des conditions de la fictivité du siège, la notion de la fraude à la loi joue dans la jurisprudence du T.F. un rôle déterminant. Il ne peut être question de résoudre ici, ni même d'aborder la question de savoir si la fraude à la loi se rattache, découle, ou même éventuellement doit être assimilée à la notion d'ordre public. Avec Batiffol, il faut admettre que la relation entre les deux notions est incontestable, mais leur différence s'oppose tout aussi incontestablement à une assimilation de nature. Dans l'hypothèse dans laquelle nous nous sommes placé, l'effet de l'artifice utilisé porte essentiellement sur la règle de rattachement. La notion de fraude à la loi est donc techniquement mieux adaptée à la situation. Il ne serait cependant pas insoutenable de voir en l'application du droit étranger pour l'hypothèse dans laquelle nous nous sommes placé, une atteinte aux dispositions impératives du droit suisse des sociétés, atteinte contraire à l'ordre public suisse. Le recours à cette notion n'est pas indispensable.

remplies en conformité de ce droit. La société n'est notamment pas au bénéfice d'une inscription au Registre Suisse du Commerce. En tant que société commerciale, il est donc douteux que l'on puisse considérer que cette entité possède, en vertu de son statut personnel (le droit suisse), la personnalité juridique. Sa qualité de sujet de droit est donc mise en cause. Cette constatation, pour conforme qu'elle soit aux impératifs de la logique, ne satisfera cependant guère les créanciers sociaux, qui voient disparaître l'essence juridique même de leur débiteur. La crainte de ce vide juridique consécutif à la non-reconnaissance n'est certes pas étrangère à la réticence des juges, qui ont toujours hésité à prononcer le refus de la reconnaissance. Leurs doutes sont d'autant plus grands concernant la réalisation des conditions de la fictivité du siège social, que l'avènement de celles-ci leur paraît entraîner des complications insurmontables, débouchant sur une solution qui se révèle finalement contraire à l'intérêt des créanciers sociaux, soit précisément de ceux qui sont le plus dignes de protection. S'il y avait vraiment là une difficulté insurmontable — elle ne l'est pas et nous le montrerons — il serait alors préférable de renoncer au système lui-même, plutôt que d'en fausser le jeu parce qu'en fait on en refuse ou on en craint les effets.

Cette crainte d'aller au-devant du refus de la reconnaissance apparaît particulièrement dans l'arrêt de la Cour de justice civile de Genève « CADIC S.A. »²²². Tout en invoquant les principes de la jurisprudence du T.F., la Cour de justice de Genève va aussi loin qu'il se peut dans l'art d'interpréter les conditions de la fictivité du siège pour éviter de conclure à un refus de reconnaissance. Pourtant, la simple relation des faits de la cause est en soi éloquente. La société n'exerce aucune activité économique à son siège statutaire de Panama. Elle n'y a jamais tenu aucune de ses assemblées générales. Les fondateurs, trois citoyens suisses domiciliés à Genève, n'ont même pas fait le voyage de Panama lors de la fondation, puisque celle-ci a eu lieu à la légation de la République de Panama à Berne. Enfin, le conseil d'administration a toujours été présidé par une personne domiciliée à Genève, où était également situé le secrétariat du conseil. La Cour estime d'autre part qu'il n'est pas téméraire de supposer que si le siège a été fixé à Panama, c'est uniquement ou principalement pour des raisons d'ordre fiscal. Il lui paraît cependant douteux qu'il soit possible de retenir le grief de fraude à la loi pour des motifs d'ordre exclusivement fiscal, en tout cas lorsqu'il ne s'agit pas d'une

²²² Arrêt Cadic S.A. c/ Hofer, du 14 octobre 1952. SJ 1954, p. 49.

action dirigée par l'Etat contre cette société et visant au paiement des impôts.

La question de savoir si les dispositions légales éludées appartiennent au droit fiscal ou au droit civil est certes importante. Mais il est clair que pour parvenir au but recherché, à savoir éluder l'impôt suisse, il faut préalablement mettre au point une construction qui implique la mise en œuvre du droit civil. Pour éluder le fisc, il faut construire un siège fictif. C'est cette fictivité qui est sanctionnée par la notion de fraude à la loi, ce ne sont pas les dispositions du droit fiscal. Même si l'on admet que le but poursuivi est « uniquement ou principalement » la fraude fiscale et si l'on veut admettre aussi que cela ne concerne pas le juge civil, il ne faut pas perdre de vue que la reconnaissance d'une telle société implique la possibilité d'éluder aussi toutes les dispositions impératives du droit suisse des sociétés, ce qui, nous semble-t-il, concerne le juge civil. La question qui est en jeu est celle de savoir si les fondateurs d'une société ont ou n'ont pas la liberté de se soustraire à toutes les dispositions impératives du droit suisse des sociétés. Trois citoyens suisses, domiciliés en Suisse, ont-ils le droit d'exploiter et de gérer en Suisse une société qui ne serait pas soumise aux dispositions impératives de notre droit des sociétés. Si le législateur avait voulu ce résultat, il n'aurait pas introduit ces dispositions dans notre droit. Leur existence n'est cependant pas contestable et ce fait condamne un système qui permet de les éluder toutes à la fois.

Contrairement à l'opinion de la Cour de justice, il nous paraît que toutes les conditions de la fictivité du siège social étaient en l'espèce réalisées. On peut avoir le sentiment que c'est avant tout la crainte du vide juridique laissé par la non-reconnaissance qui a retenu les juges, plus que les doutes qu'ils pouvaient avoir quant à la réalisation des conditions de la fictivité. Nous ne sommes pas d'avis que la crainte de ce vide juridique soit fondée.

D) *Le sort de l'entité juridique non reconnue.*

L'une des conditions du refus de la reconnaissance est la présence en Suisse du centre effectif de l'administration sociale. Cette réalité économique ne doit pas forcément se traduire par un vide juridique. Dans de fréquentes circonstances la jurisprudence suisse permet, pour les cas de fraude à la loi interne ou d'abus de droit, de lever le voile social, d'ignorer l'existence d'une personne juridique pourtant valablement constituée, et de ne prendre en considération que la réalité

économique recouverte et cachée²²³. Cette méthode n'a donc rien d'exceptionnel et sa transposition dans notre contexte n'entraîne aucune difficulté spéciale. Comment traiter cette réalité économique que constitue la présence en Suisse du siège effectif de l'administration sociale ? Il apparaît d'emblée qu'il ne s'agit plus d'un problème de droit international privé. Le droit applicable est en effet déterminé, c'est le droit suisse. C'est donc dans le droit matériel suisse, et exclusivement dans ce droit, que la solution doit être recherchée. Examinons les possibilités qui s'offrent :

a) Il paraît impossible, pour des motifs de simple logique, d'inscrire au Registre du Commerce une succursale, puisqu'il n'y a pas d'établissement principal. On ne peut concevoir la succursale d'une société qui n'existe pas.

b) Si la société « pseudo-étrangère » ne peut pas être reconnue, les personnes physiques qui font des actes juridiques en son nom et pour son compte ne doivent pas forcément être ignorées. En vertu de l'article 645 C.O., les actes faits au nom de la société avant l'inscription entraînent la responsabilité personnelle et solidaire de leurs auteurs. On peut envisager une application analogique de ce principe pour ce qui concerne les actes juridiques faits au nom de la société pseudo-étrangère. Telle serait la première solution possible, évoquée d'ailleurs par le T.F. dans l'arrêt ANNE S.A., mais écartée de la solution du cas d'espèce.

Il nous paraît que rien ne s'oppose à une assimilation analogique des actes faits par les personnes agissant en Suisse au nom de la société non-reconnue, aux actes accomplis par les fondateurs avant l'inscription au Registre du Commerce. On pourrait admettre que les co-responsables forment entre eux une société simple. Le T.F. ne mentionne pas cette solution dans l'arrêt Anne S.A. Une telle construction juridique peut cependant fort bien s'inférer de l'application analogique de l'art. 645 C.O. Cette responsabilité pourrait aussi se fonder simplement sur l'article 2 C.C.S. La responsabilité des auteurs de cette fraude, à ce stade avérée, nous paraît pouvoir aussi se déduire des devoirs généraux prévus par cette disposition.

En vertu de l'article 934 C.O., ces personnes sont toutes assujetties individuellement à l'inscription au Registre du Commerce et la procédure d'inscription d'office peut intervenir à leur rencontre, en conformité de l'article 57 O.R.C. Cette solution est probablement la

²²³ RO 53 II, p. 31 ; 58 II, p. 164 ; 71 II, p. 272 ; 72 II, p. 67.

plus simple. Des personnes physiques agissent au nom d'une société qui se dit étrangère, mais dont le caractère étranger réside en un artifice construit dans le seul dessein d'éluder la loi locale. L'artifice est en conséquence écarté et les personnes qui l'ont utilisé sont toutes, conjointement et solidairement, responsables vis-à-vis des tiers. Le juge tranche la question de l'existence d'un éventuel droit de recours que ces personnes peuvent avoir l'une contre l'autre, en vertu de l'article 50 C.O.

c) Le T.F. mentionne dans l'arrêt ANNE S.A. un autre moyen, qui est également écarté de la solution du cas d'espèce : l'inscription d'office des personnes physiques qui ont agi au nom et pour compte de la société pseudo-étrangère, comme membres d'une société suisse en nom collectif. Cette solution a l'avantage de mettre en évidence le fait que les personnes qui agissent au nom de l'entité non-reconnue sont liées entre elles par un rapport juridique qui tire son fondement du droit des sociétés, sur lequel les tiers peuvent avoir intérêt à se fonder. La solution exposée sous lettre *b*) ci-dessus ne tient pas compte de ce point et ne prend en considération que l'existence d'une responsabilité externe conjointe et solidaire, fondée non pas sur l'existence de ce rapport, mais sur l'article 645 C.O. appliqué par analogie ou, éventuellement, sur les conséquences d'agissements contraires aux règles de la bonne foi.

Un rapport de droit lie nécessairement les « associés ». La non-reconnaissance de la société étrangère n'entraîne pas automatiquement la constatation du caractère illicite de ce rapport, *mais représente simplement le refus de le considérer comme attributif d'une personnalité juridique déduite du droit étranger*. En vertu de l'article 18 C.O., pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention. Il pourrait dès lors se faire que l'entité juridique pseudo-étrangère présentât toutes les caractéristiques d'une société en nom collectif au sens des articles 552 et ss. C.O., soit un contrat entre deux ou plusieurs personnes physiques, sous une raison sociale, sans restriction de responsabilité envers les créanciers sociaux, dont le but est une activité commerciale ou industrielle quelconque. Si la « société » exploite une industrie en la forme commerciale, elle peut être considérée comme existante, indépendamment de toute inscription au Registre du Commerce.

L'absence d'inscription constitue simplement l'inobservation d'une règle d'ordre entraînant les sanctions des articles 942 et 943 C.O.²²⁴

Telles sont les deux solutions envisagées par le T.F. dans la cause ANNE S.A., mais écartées au profit de l'inscription d'une succursale, méthode possible en l'espèce puisque la société étrangère fut reconnue. Il faut relever d'abord qu'il n'apparaît pas nécessaire d'écarter sur le plan théorique l'une de ces deux solutions au profit de l'autre. Elles pourront être utilisées l'une ou l'autre, au vu des circonstances. Lorsque tous les éléments et conditions nécessaires sont réalisés, il y aura cependant lieu de préférer la solution de l'inscription d'une société en nom collectif, méthode grâce à laquelle la non-reconnaissance du sujet de droit étranger se traduit par la prise en considération d'un sujet de droit suisse, ce qui occasionnera le moins de troubles tant en ce qui concerne les rapports entre associés que les rapports avec les tiers.

La non-reconnaissance n'est donc pas l'instauration d'un vide juridique. Les créanciers sociaux ne se trouveront pas en face d'un néant, auquel ils préféreraient la fiction d'une personne morale de droit étranger. Ils auront à faire soit à une société en nom collectif régie par le droit suisse et assujettie à l'inscription, soit à des personnes physiques conjointement et solidairement responsables, elles aussi assujetties à l'inscription. On peut même affirmer que ces solutions sont favorables aux créanciers sociaux, puisque dans les deux cas ceux-ci n'auront pas à agir contre une fiction étrangère mais contre une réalité locale.

Le T.F., dans l'arrêt ANNE S.A., semble cependant faire montre de scepticisme à l'encontre de ces palliatifs, pour des motifs qui auraient trait à leur opportunité : « ... Dans la plupart des cas, pour déterminer les personnes qui devraient être considérées comme les membres de cette société en nom collectif hypothétique, il faudrait trop de temps ; les créanciers pourraient en pâtir, sans compter que l'inscription des personnes jugées responsables ne leur procurerait pas toujours une garantie suffisante. La solution consistant à inscrire une succursale est bien préférable du point de vue de la protection des créanciers... »²²⁵. Ces considérations sont ambiguës. A ce stade du raisonnement, il n'est plus question de savoir si la solution tendant à

²²⁴ L'inscription d'office d'une société en nom collectif est possible lorsque les éléments constitutifs d'une telle société sont en fait remplis, cf. W. Burckhardt, *Le Droit fédéral suisse*, Neuchâtel 1932, vol. III n° 1511 (III), p. 913.

²²⁵ SJ 1951, p. 30.

inscrire une succursale est « préférable » on non ; il s'agit de savoir si elle doit intervenir ou non, selon la conséquence logique de la doctrine préalablement exposée et finalement retenue. Si l'on est partisan de la théorie du siège social, ce que le T.F. déclare être, les conséquences s'enchaînent logiquement. La situation est la suivante :

- soit la société étrangère est reconnue ; l'inscription d'une succursale est dès lors possible ;
- soit la société étrangère n'est pas reconnue ; l'inscription d'une succursale d'une telle société étrangère est dès lors une impossibilité d'ordre logique.

La solution consistant à inscrire une succursale n'a donc pas à être « préférée » à celle qui consiste à inscrire une société en nom collectif. Ces deux solutions interviennent dans des hypothèses toutes différentes. Notre haute juridiction a certes pratiquement tiré la conclusion logique de la doctrine qu'elle a adoptée, puisqu'elle n'a pas refusé la reconnaissance du sujet de droit étranger et a ordonné l'inscription d'une succursale. Mais l'extrait de considérants ci-dessus cité ne met pas assez en évidence le fait qu'il ne peut s'agir que de l'enchaînement logique d'une relation de cause à effet, la question d'un choix en opportunité étant à ce stade dépassée.

Nous avons pu déduire de l'arrêt ANNE S.A. — à notre avis la seule jurisprudence du T.F. intervenue dans un cas de véritable dissociation entre le siège statutaire et le siège réel — les conditions et les effets de la fictivité du siège et mettre en évidence la possibilité du refus de la reconnaissance. Il y a lieu d'examiner maintenant comment les mécanismes d'exception que nous avons mis en relief sont susceptibles d'être pratiquement mis en œuvre.

E) Aspects procéduraux du refus de la reconnaissance :

1. En procédure administrative.
2. En procédure civile.
3. Dans le cadre de la poursuite pour dettes et de la faillite.

Dans l'hypothèse dans laquelle nous sommes placé, qui est celle du siège statutaire situé à l'étranger et du siège réel situé en Suisse, le refus de reconnaître le sujet de droit étranger implique une situation procédurale particulière, notamment dans trois secteurs importants, en matière administrative, en matière civile et en matière de poursuite.

ad. 1. — En procédure administrative :

Le siège statutaire se trouve à l'étranger ; dès lors, en bref, la situation entre forcément dans le cadre suivant :

- soit la société étrangère est susceptible d'être reconnue en Suisse, mais son activité sociale devra éventuellement faire l'objet de l'inscription d'une succursale suisse en vertu de l'article 935 C.O.
- soit la reconnaissance doit être refusée et l'activité exercée en Suisse peut tout de même fonder les conditions de l'assujettissement à l'inscription, conformément à ce que nous avons exposé ci-dessus, en vertu de l'article 934 C.O.

C'est donc dans le cadre d'un litige concernant l'assujettissement à l'inscription au Registre suisse du Commerce, que la théorie du siège social telle que nous l'avons exposée peut tout d'abord être mise en œuvre. Mais par qui et selon quelles modalités, telles sont les questions qu'il faut maintenant résoudre.

C'est tout d'abord le créancier social de la société dont le siège statutaire est à l'étranger qui peut avoir intérêt à requérir une inscription au Registre suisse du Commerce. Le tiers créancier adresse alors une requête au préposé et la procédure se déroule conformément aux articles 57 et 58 de l'O.R.C. Le préposé a un pouvoir d'investigation propre, puisqu'il est, en vertu de l'article 63 O.R.C., « tenu de rechercher les entreprises soumises à l'inscription et de provoquer cette dernière ». Le préposé agit ici non seulement dans l'intérêt des créanciers sociaux qui requièrent son intervention, mais également pour la défense des intérêts publics généraux qui lui sont confiés. Il a donc le devoir de lutter, par la mise en œuvre des armes que la loi lui fournit, contre les abus et les fraudes. Il faut relever que la société elle-même n'aurait aucune possibilité d'invoquer la fictivité de son siège social pour se soustraire à ses obligations. En effet, une telle argumentation se heurterait au principe de la bonne foi ²²⁶.

C'est donc le préposé ou, après lui, l'autorité cantonale de surveillance, et sur recours encore le T.F., qui procèdent à l'examen de l'assujettissement à l'inscription au Registre du Commerce. Les autorités du Registre peuvent être amenées à trancher les questions en

²²⁶ Cf. ATF 72 II, p. 67, décision dans laquelle le TF refuse l'application de la théorie de l'identité économique lorsque la société elle-même invoque l'existence de deux personnes juridiques. La situation serait analogue.

fonction de la théorie du siège social. Nous nous trouvons dès lors de nouveau face à la situation classique :

- soit la société peut sans autre être reconnue, et les autorités du Registre auront le devoir, si les conditions sont remplies, d'inscrire une succursale (exemple : affaire ANNE S.A.) ;
- soit il s'avère que le siège social étranger est fictif. Les autorités du Registre du Commerce ont-elles alors la possibilité de refuser de reconnaître le sujet de droit étranger et de déduire de cette décision les effets ci-dessus décrits ?

Cette question nous paraît devoir être tranchée par l'affirmative et cela malgré l'opinion contraire du T.F. qui, dans l'affaire ANNE S.A., s'exprime en ces termes :

En réalité, au cours d'une procédure administrative ayant pour objet l'inscription d'une succursale d'une société se disant étrangère, les autorités du Registre du Commerce ne sauraient entrer dans l'examen de toutes les questions de fond qui peuvent se poser à ce sujet et dont la solution exigerait normalement une instruction dans la forme d'un procès civil. Pour elles vaut en premier chef la présomption de vérité qui s'attache à la désignation du siège social dans les statuts de la société, ..., *même si elles ont des doutes sérieux sur la réalité du siège indiqué et l'existence juridique de la société, elles n'en doivent pas moins procéder à l'inscription de la succursale sans rechercher à tirer les choses au clair*, ni attendre une décision du juge, dès que, comme en l'espèce, l'établissement dont il s'agit exerce en Suisse une certaine activité commerciale d'une manière suffisamment autonome. Telle est en effet la solution pratique qui s'impose.

Cette jurisprudence appelle les remarques suivantes :

a) La question de la limitation du pouvoir d'examen du préposé au Registre du Commerce a souvent été débattue. On considère généralement que ce pouvoir varie selon la nature des normes applicables. Ainsi, le préposé apprécie librement la portée des normes qui régissent immédiatement la tenue du Registre. Par contre, son pouvoir d'appréciation est restreint lorsqu'il interprète des règles de droit civil qui fondent la conformité de la réalité constatée avec la loi et dont le respect constitue donc la condition indirecte de l'inscription²²⁷. Il faut rappeler qu'en l'espèce, il s'agit de savoir s'il y a lieu de procéder

²²⁷ Cf. R. Couchepin, La limitation du pouvoir d'examen du préposé au Registre du Commerce dans S.A.G. 1966, p. 125 ss.

à l'inscription en Suisse de la succursale d'une société étrangère ; nous nous trouvons donc nécessairement dans l'une ou dans l'autre de ces deux hypothèses.

b) On peut considérer que lorsque le préposé met en œuvre la théorie du siège social et constate la fictivité d'un siège étranger, il applique des règles de droit civil qui fondent la conformité de la réalité constatée avec la loi et dont le respect constitue la condition indirecte de l'inscription. En effet, le droit international privé constitue bien une discipline qui appartient au droit civil et la constatation du caractère fictif ou non fictif du siège étranger est bien une condition indirecte de l'inscription en Suisse d'une succursale d'une société étrangère.

Dans cette hypothèse, le pouvoir d'examen du préposé est limité. Il ne peut agir que s'il y a violation de règles légales impératives, édictées pour la sauvegarde de l'intérêt public ou la protection des tiers ²²⁸.

En l'espèce, c'est la possibilité de créer un siège fictif à l'étranger dans le but d'éluder le droit suisse des sociétés dans son ensemble, qui est en cause. Ce n'est pas l'une plutôt que l'autre des dispositions impératives édictées pour la sauvegarde de l'intérêt public ou la protection des tiers, qui est violée. Elles le sont toutes à la fois. L'artifice permet de se soustraire au droit suisse des sociétés dans son ensemble. Il est dès lors, à notre avis, hors de doute que le préposé peut agir. Le passage de l'arrêt ANNE S.A. cité ci-dessus qui soustrait du pouvoir d'appréciation des préposés tout ce qui concerne la constatation de la fictivité du siège social est d'autant plus contestable qu'à la même époque le T.F. confirmait une décision du préposé de Lausanne qui sommait les associés d'une société en nom collectif inscrite à Genève de procéder à l'inscription de la société à Lausanne où elle avait le « centre effectif de son activité sociale » ²²⁹. Ainsi, la constatation de la réalité d'un siège social n'entrerait dans le pouvoir d'appréciation du préposé que dans le cadre suisse et non dans le cadre international. Il nous paraît que si le préposé est compétent pour constater la présence à Lausanne du « centre effectif de l'activité sociale » d'une société suisse, il pourrait faire les mêmes constatations si la société se prétend étrangère.

²²⁸ Cf. ATF 80 II, p. 271 ; Thomas Schneider, *Der Rechtsschutz in Handelsregistersachen und die Entscheidungskompetenz der Handelsregisterbehörden*, thèse Zürich 1959, p. 323 ss.

²²⁹ Cf. S.A.G. 24 (1951), p. 186.

S'il y a là vraiment une distinction, et non pas une simple inadvertance, son fondement ne nous est pas compréhensible.

Pratiquement cette limitation du pouvoir du préposé a des effets. Le T.F. désarme les autorités du Registre du Commerce, réduites, et cela selon nous contrairement au sens clair de la loi et de l'ordonnance sur le R.C., au rôle de témoins impuissants et même de complices de la fraude à la loi suisse. Cette jurisprudence réduit à l'impuissance les autorités du Registre du Commerce face au développement toujours plus fréquent des localisations fictives, destinées à éluder les dispositions impératives gênantes du droit suisse. Pour quelles raisons une société se soumettrait-elle volontairement à la loi suisse plus rigoureuse, alors qu'elle peut impunément, sans danger aucun, par un artifice aussi efficace que peu coûteux, se soustraire totalement à l'emprise de la loi du pays dans lequel elle a le centre effectif de son administration et d'où elle dirige toute son activité sociale ? C'est, entre autres, la suppression du contrôle de la nationalité des administrateurs, de leur domicile, la suppression des exigences concernant le capital minimum, sa libération, concernant les réserves, la présentation du bilan, etc. etc. pour ne pas parler des avantages fiscaux qui peuvent être retirés de ce déguisement de l'établissement principal en succursale. C'est la libération de toutes les « contraintes » imposées par le droit suisse des sociétés, libération d'autant plus agréable qu'elle gêne les concurrents honnêtes qui, eux, localisent leur entreprise au centre effectif de l'administration sociale, et sont de ce fait soumis à la loi.

c) On peut aussi considérer qu'il s'agit d'apprécier la portée des normes qui régissent immédiatement la tenue du Registre. Dans cette hypothèse, le pouvoir d'appréciation du préposé n'est pas limité. Le problème posé est, à titre principal, celui de l'assujettissement à l'inscription au Registre du Commerce. Or le préposé, et avec lui les autorités de surveillance et de recours, sont ordinairement compétents pour trancher ces problèmes. En vertu de l'article 63 O.R.C., le préposé est tenu de rechercher les entreprises soumises à inscription et de provoquer cette dernière. Comment peut-il s'acquitter de ce devoir s'il n'a pas la compétence d'examiner si les conditions de l'assujettissement sont réalisées en fait ? Il n'est en effet pas douteux que l'existence d'un siège social à l'étranger est une condition de l'assujettissement à l'inscription d'une succursale suisse d'une entreprise étrangère (cf. article 75 O.R.C.). Selon le T.F., le préposé n'aurait ici, et par exception, pas le pouvoir d'examiner la réalisation de cette condition. A son encontre, la présomption de

vérité du siège statutaire serait irréfragable. Ici et par exception, le préposé « ne doit pas chercher à tirer les choses au clair, ni attendre une décision du juge ». Nous sommes d'avis qu'en se conformant à cette injonction, le préposé viole les devoirs de sa charge, car l'article 21 O.R.C. prévoit « qu'avant de procéder à une inscription, le préposé vérifie si les conditions prévues par la loi et l'ordonnance sont remplies ». Il est, à titre principal, chargé de cette mission et n'est à ce sujet même pas lié par l'ordonnance du juge dont « l'injonction... n'a pas plus de portée que la demande présentée par les personnes tenues de requérir l'inscription selon l'article 67 O.R.C. » et « ... *ne dispense pas le préposé de vérifier si les conditions légales d'inscription sont remplies* ». ²³⁰

L'article 63 O.R.C. indique que le préposé doit également rechercher si les indications qui lui sont fournies sont encore conformes aux faits. Il n'aurait ainsi pas le pouvoir de vérifier si les conditions d'assujettissement sont réalisées, mais il aurait ensuite le devoir d'ordonner la radiation après avoir constaté que l'inscription n'est pas conforme aux faits ! Cette situation est absurde.

d) Il nous paraît également inexact d'affirmer que les questions soulevées sont trop complexes pour être tranchées dans le cadre d'une procédure administrative et exigeraient une instruction dans la forme d'un procès civil. Les autorités du Registre du Commerce ont été instituées pour trancher les problèmes d'assujettissement et la loi, qui leur a confié leur charge, ne peut pas ne pas leur avoir donné les moyens de l'exercer. Ces autorités possèdent un pouvoir d'investigation suffisant. En vertu de l'article 57, al. 3, O.R.C. les personnes sommées sont tenues de fournir les renseignements permettant d'examiner la question de l'assujettissement. On ne voit pas pour quels motifs ces personnes ne seraient par contre pas tenues d'avoir à fournir des explications lorsqu'il se révèle qu'un siège statutaire situé à l'étranger pourrait être fictif.

e) Admettre le caractère irréfragable de la présomption de vérité attachée au siège statutaire étranger va à l'encontre de la théorie du siège social pourtant adoptée dans le même arrêt. Le droit international privé suisse des sociétés contiendrait donc deux règles de rattachement, l'une à l'usage des autorités du Registre du Commerce, l'autre à l'usage des autorités judiciaires ! Pour les premières, la pré-

²³⁰ Arrêt du 21 décembre 1954 Moroge & consorts c/ Dép. du commerce et de l'industrie du canton de Genève ; ATF 80 I, p. 385 = JT 1955, p. 202.

somption de vérité du siège statutaire serait irréfragable, partant le refus de la reconnaissance impossible. Pour les deuxièmes, par contre, la théorie du siège social serait susceptible d'être utilisée. Il n'est pas soutenable que le critère de rattachement puisse varier selon les autorités qui l'applique. On ne peut pas changer de doctrine au gré des instances. Il nous paraît au contraire que la procédure d'inscription au Registre du Commerce est adéquate pour la mise en œuvre de la théorie du siège social, et le préposé est aussi bien placé, sinon mieux que le juge, pour prendre en considération des solutions qui sont d'intérêt public général, n'étant pas lié par les conclusions des parties.

En conclusion, nous sommes d'avis que les autorités du Registre du Commerce ont non seulement le pouvoir mais encore le devoir de mettre en œuvre la théorie du siège social selon les modalités que nous avons décrites. Gardons cependant à l'esprit que cette conclusion est contraire à la jurisprudence du T.F., qui incite les autorités du Registre du Commerce à ne prendre en considération que le siège statutaire de la société, présumé réel de manière irréfragable.

ad. 2. — En procédure civile.

La théorie du siège social est mise en œuvre par le juge chaque fois qu'il s'agit de déterminer le droit applicable au statut personnel d'une société. La question du rattachement intervient en général à titre préalable, et si la fictivité du siège social n'est pas alléguée, aucune difficulté d'ordre procédural ne peut être soulevée. Mais une partie peut avoir intérêt à faire constater par le juge la fictivité du siège statutaire situé à l'étranger, pour provoquer l'application du droit du centre effectif de l'administration sociale. Ce peut notamment être dans le dessein de fonder la compétence matérielle et juridictionnelle de l'ordre juridique suisse pour l'action en dissolution. Une société dont le siège est fictivement localisé à l'étranger et dont tout ou partie des biens sociaux ainsi que l'administration sociale effective sont situés en Suisse, doit pouvoir être liquidée en Suisse.

Le même problème procédural se pose d'ailleurs chaque fois qu'une partie entend alléguer en justice la fictivité du siège social de sa partie adverse :

- Soit la partie qui est une société fictivement localisée à l'étranger est demanderesse ; c'est alors le défendeur qui peut soulever l'exception de fictivité du siège social de la société demanderesse. La question se liquidera « in limine litis », à titre d'exception d'irrecevabilité, par défaut de qualité pour agir de la société demanderesse .

— Soit la partie qui est une société fictivement localisée à l'étranger est défenderesse.

N'y a-t-il alors pas contradiction dans l'attitude du demandeur qui dirige action contre cette société, tout en alléguant que la personnalité de celle-ci, déduite du droit étranger, ne doit pas être reconnue en Suisse ?

Une telle objection a par exemple été retenue par le Tribunal de première instance de Genève dans une espèce où ce problème se posait : « La conclusion de la demanderesse q.q.a., pour le moins surprenante, car on ne conçoit pas pourquoi elle aurait assigné un plaideur imaginaire, tendant à faire déclarer l'inexistence de B...-Treuunternehmen, doit, ..., être résolument écartée. »²³¹

La solution de ce problème ne soulève aucune difficulté si elle est recherchée par référence à la doctrine du siège social admise par le T.F. (cf. supra p. 85). On sait que le siège statutaire est, selon cette théorie, présumé siège social tant que la preuve de sa fictivité n'a pas été apportée. Tant qu'un jugement n'est pas prononcé ou qu'une décision des autorités du Registre du Commerce n'est pas entrée en force, le siège statutaire est présumé siège social et déploie ses effets. La sécurité du droit exige absolument cette solution, qui est d'ailleurs la seule compatible avec le principe de la foi publique des registres officiels. Le jugement ou la décision du préposé n'auront donc que des effets « ex nunc ». Tant que la preuve de la fictivité n'est pas intervenue, la présomption de vérité du siège statutaire subsiste et déploie ses effets. C'est d'ailleurs cet aspect qui distingue essentiellement la théorie du siège social retenue par le T.F. de la théorie classique du siège réel, selon laquelle la circonstance de rattachement ne dépend pas des statuts, mais des faits. Selon cette dernière conception, l'effet ne pourrait être qu'« ex tunc ». Il résulte de ces principes que la société étrangère est reconnue, c'est-à-dire existe en Suisse, à titre de sujet de droit étranger, tant qu'un jugement ou une décision de non-reconnaissance ne sont pas intervenus. En ce qui concerne l'aspect procédural, ces principes ont donc pour conséquence qu'il faut assigner la société étrangère à sa « succursale suisse ». Si cette « succursale » (qui est donc en fait le siège effectif de l'administration sociale) est inscrite au Registre du Commerce, aucune difficulté ne se présente. Si, par contre, la « succursale » n'est pas inscrite, la société peut tout de même être assignée au for de sa « succursale »,

²³¹ Jugement non publié de la 9^e Chambre du Tribunal de 1^{re} Instance, du 24 septembre 1963, dans la cause n° 3195/63.

laquelle n'est pas créée par l'inscription au Registre du Commerce, mais existe dès que toutes les conditions de sa constitution sont en fait réalisées. C'est du moins l'interprétation que donne à l'article 642, alinéa 3 C.O., la Cour de Justice de Genève dans l'affaire CADIC S.A. (cf. supra p. 108) en s'appuyant sur divers auteurs²³².

Au vu de la jurisprudence du T.F., le fait que ce soit une société dont on espère provoquer la non-reconnaissance en Suisse qui est assignée au siège de sa « succursale » est sans effet sur la qualité pour défendre. Un principe de procédure civile analogue a été mis en évidence en matière d'action en nullité de fondation. Le T.F. s'exprime en ces termes, dans un arrêt du 8 mai 1947 :

On ne peut objecter que, si le jugement constate finalement la nullité radicale de la fondation selon l'article 52, alinéa 3 C.C., la qualité de partie, admise provisoirement, aura été inexistante, faute de capacité pour agir. La reconnaissance de la qualité de partie dans une telle procédure ne repose en effet pas du tout sur l'idée que la fondation a réellement la capacité juridique, mais signifie simplement que la fondation existante en la forme peut provisoirement agir comme partie.²³³

Ce principe est parfaitement transposable et la reconnaissance de la qualité de partie à la société « pseudo-étrangère » signifie simplement qu'existant en la forme, elle peut provisoirement agir en justice. Il n'y a aucune raison de ne pas reconnaître la qualité de « partie » à cette société qui est « étrangère » tant que le juge n'en a pas décidé autrement dans le dispositif de son jugement.

ad. 3. — Dans le cadre de la poursuite pour dette et de la faillite.

Le créancier poursuivant doit, dès la réquisition de poursuite, indiquer l'identité de son débiteur. La présomption de vérité attachée au siège statutaire vaut donc à son encontre et il poursuivra la « société » de droit étranger. Deux situations doivent être examinées :

α) La « succursale » suisse (en fait centre effectif de l'administration sociale) ne fait pas l'objet d'une inscription au Registre du Commerce. En vertu de l'article 50 L.P. le débiteur domicilié à l'étranger, qui

²³² Cf. notamment F. von Steiger, *Le droit des sociétés anonymes en Suisse*, Lausanne 1950, p. 325 et A. Siegwart, *Kommentar zum Schw. ZGB — Das Obligationenrecht*, Zürich 1945, tome V 5 a, ad art. 642/n° 34, p. 329.

²³³ Elisabeth St. c/ Fondation St., ATF 73 II, p. 81 = JT 1948, p. 66 ; *idem* ATF 75 II, p. 15 = JT 1949, p. 578.

possède un établissement en Suisse, peut y être poursuivi pour les dettes contractées dans l'exploitation de cet établissement. Si le débiteur conteste l'existence de la succursale suisse, il appartiendra à l'autorité de surveillance de trancher la question dans le cadre de la procédure de plainte²³⁴. A cette occasion, c'est la nature juridique de l'établissement suisse qui est examinée par l'autorité de surveillance. Si celle-ci constate l'existence de la succursale suisse d'une société étrangère, elle autorisera la poursuite et donnera avis au préposé du Registre du Commerce. Mais une question délicate se pose par contre si les faits de la cause mettent en évidence le caractère fictif du siège social étranger. L'autorité de surveillance peut-elle faire application de la théorie du siège social et refuser la reconnaissance de la société se disant étrangère, aviser le préposé au Registre du Commerce et le requérir d'avoir à inscrire les personnes physiques conjointement et solidairement responsables, ou mieux encore, une société en nom collectif de droit suisse ? Le créancier en tirerait profit, car sa poursuite pourrait se continuer par la voie de la faillite, possibilité qui est d'ailleurs également donnée dès l'inscription de la succursale au Registre du Commerce²³⁵. Mais la faillite de la succursale ne peut mener à la liquidation de la « société » étrangère elle-même, qui n'est pas en faillite. La survivance de la société étrangère dépourvue de toute substance, pendant et après la procédure de liquidation, constitue une source de complications et une possibilité de fraude.

L'autorité de surveillance a-t-elle d'une façon générale la possibilité de mettre en œuvre la théorie du siège social et, partant, de tirer de la constatation de la fictivité du siège social les conséquences qui s'imposent ? La jurisprudence n'a, à notre connaissance, jamais tranché la question. Il nous paraît que, théoriquement du moins, il est impossible de considérer que cette instance n'aurait pas cette faculté. Son caractère juridictionnel est indéniable. A ce titre, elle peut être amenée à mettre en œuvre des règles de droit international privé, ce qui implique, comme pour les autorités du Registre du Commerce, la faculté d'appliquer aussi bien les règles que les exceptions.

b) Si la « succursale » de la société étrangère est inscrite au Registre du Commerce, le créancier pourra poursuivre la société au for de la succursale et obtenir la faillite de celle-ci. Le problème traité sous lettre a) ci-dessus se pose cependant dans les mêmes termes. Le juge

²³⁴ ATF 24 I, p. 513 et A. Favre, *Droit des poursuites*, 2^e éd., Fribourg 1967, p. 103.

²³⁵ Cf. art. 39 L.P. et arrêt ANNE S.A., SJ 1951, p. 31.

de la faillite qui a connaissance de la fictivité du siège statutaire doit-il tout de même prononcer la faillite d'une succursale ? Certes, en vertu de l'article 173, alinéa 2 L.P., le juge doit ajourner sa décision et soumettre le cas à l'autorité de surveillance, s'il estime qu'un débiteur ne jouissant pas de la capacité civile a été poursuivi d'une manière irrégulière. Le juge de la faillite a donc le devoir d'examiner d'office la question de l'existence du débiteur s'il a des doutes à ce sujet. Théoriquement, le juge pourrait par conséquent refuser de reconnaître la qualité de sujet de droit à la société qui est poursuivie à son établissement secondaire, en faisant application de la théorie du siège social. Il y aurait un intérêt public évident à provoquer la non-reconnaissance de ces sociétés fictivement localisées à l'étranger. L'intérêt des créanciers serait sauvegardé, si nécessaire, par la mise en œuvre des mesures conservatoires de l'article 170 L.P.

D'autre part, ne doit-on pas considérer que, à l'encontre du juge de la faillite, vaut en premier lieu la foi du Registre du Commerce qui mentionne l'existence de la succursale suisse d'une entreprise étrangère. Tant que l'inscription au Registre du Commerce subsiste, il paraît que la faillite de la « succursale » peut être prononcée.

F) *Un cas particulier de refus de reconnaissance : les sociétés créées à l'étranger en vue d'atteindre un but prohibé par la loi suisse.*

Il n'a été jusqu'à présent question que de localisations fictives. Le siège statutaire était placé à l'étranger dans l'unique dessein de donner à la société l'allégeance juridique étrangère, alors que les circonstances imposaient un rattachement à l'ordre juridique suisse. Il n'a pas été avancé jusqu'ici que ces sociétés « pseudo-étrangères » aient été constituées à l'étranger pour atteindre un but prohibé par le droit suisse. Nous allons voir que la constitution de sociétés à l'étranger se fait parfois pour tourner une interdiction posée par la loi locale. Ce n'est plus alors simplement le siège de la société qui est fictif, c'est la société elle-même qui est une création artificielle destinée à éluder les dispositions impératives du droit suisse. La forme d'une société de droit étranger est utilisée pour éluder une obligation légale, conventionnelle, ou pour commettre une atteinte frauduleuse aux intérêts d'autrui.

On sait que certains ordres juridiques étrangers favorisent indirectement ce type de fraude, en autorisant la constitution sur leur territoire de sociétés de types inconnus de notre législation, qui se caractérisent par une organisation sociale simplifiée, voire rudimentaire, et par l'absence d'un contrôle sérieux sur les conditions de la

constitution. L'exemple le plus fréquemment cité est celui du trust du Liechtenstein (das Treuunternehmen)²³⁶. Ce type de société est très développé dans les pays anglo-saxons²³⁷. Nous avons montré que l'ordre juridique suisse est disposé à reconnaître a priori tout type de société étrangère inconnu de son droit (cf. supra p. 40). Il est donc exclu qu'un refus de reconnaissance intervienne parce que l'organisation sociale prévue par la loi étrangère se trouverait en désharmonie avec nos institutions. Il s'avère cependant que précisément à cause de cette organisation simplifiée et souple, ce type de société est fréquemment utilisé pour atteindre indirectement des buts qui sont directement prohibés par l'ordre juridique suisse. Il faut garder à l'esprit que seule l'utilisation qui est faite de ces formes peut inciter à un refus de reconnaissance. Il est exclu que la structure sociale particulière de ces entités soit a priori visée. Nous avons montré qu'il n'est pas possible de refuser « in abstracto » de reconnaître un type de société étrangère inconnu de notre droit. Ce principe trouve ici son application²³⁸.

Ces sociétés, dont les structures sont d'ailleurs fort diverses d'une législation à l'autre, ont en commun la faculté qu'elles donnent au fondateur de distraire tout ou partie de son patrimoine pour l'affecter à un but déterminé. En matière commerciale, cette affectation implique une limitation de responsabilité qui peut être le but recherché. Ainsi, l'O.L.G. de Frankfurt définit en ces termes l'« Anstalt » du Liechtenstein²³⁹ :

Ihr Wesen besteht praktisch darin, dass eine Einzelperson ihre Haftung auf einen bestimmten Teil ihres Vermögens beschränkt. Eine solche Haftungsbeschränkung gestattet das deutsche Recht nur Handelsgesellschaften, nicht aber auch einem Einzelkaufmann.

En matière civile (non commerciale) le succès de cette forme de société réside principalement dans le fait que le fondateur du trust peut pratiquement conserver le contrôle du patrimoine spécialement

²³⁶ « Treuunternehmen » (Geschäftstreuhand) art. 932 a § 1-170 PGR.

²³⁷ Il est alors question de « Business Trust », désignés aux U.S.A. sous le nom de « Massachusetts Trust », ou de « Common Law Companies », « Voluntary Associations », « Trust Estates as Business Companies », etc.

²³⁸ Même Steiner, qui dénonce les cas fréquents d'abus, attire l'attention sur le fait qu'il ne faut pas oublier que ces institutions peuvent également être utilisées à des fins licites. Cf. E. Steiner, Die Anstalt und das Treuunternehmen des lichtensteinischen Rechts, SJZ 1952, p. 8 ss.

²³⁹ Arrêt du 3.6.1964, S.A.G. 1966, p. 228.

affecté. Il demeure en fait « propriétaire » du trust. C'est notamment ce qui distingue cette affectation d'une fondation de notre droit.

Il va de soi que la théorie du siège social est aussi applicable au rattachement de ces sociétés. Il ne pose aucun problème spécial de droit international privé. Il se peut que leur siège social à l'étranger soit fictif au sens où nous l'avons défini, et que, pour ce seul motif déjà, la reconnaissance d'une de ces institutions doive, au vu des circonstances du cas d'espèce, être refusée. Il est aussi possible que les conditions de la fictivité du siège social ne soient pas remplies. Ainsi, une récente modification du droit des sociétés au Liechtenstein impose qu'au moins un des membres du conseil d'administration d'une société de personnes ait son domicile dans la Principauté²⁴⁰. Il se peut qu'à la suite de cette modification, ou d'une quelconque autre circonstance, les conditions rigoureuses posées par la jurisprudence du T.F. en matière de fictivité du siège social, ne puissent pas être considérées comme remplies. Le rattachement à l'ordre juridique étranger est alors acquis en principe. Il n'y a plus de fraude à la loi au sens défini plus haut, c'est-à-dire une fraude portant sur la règle de rattachement. Il peut cependant y avoir, au vu des circonstances, une fraude à la loi interne qui constitue une atteinte à l'ordre public suisse. Imaginons un débiteur suisse qui, à la veille de la faillite, constitue un trust au Liechtenstein, auquel il affecte l'ensemble de son patrimoine qui est ainsi soustrait à ses créanciers. Ces biens seront peut-être effectivement administrés au siège statutaire du trust. Le grief de fictivité serait alors irrelevant. A notre avis, la reconnaissance de cette société étrangère doit cependant être refusée, car elle contrevient à l'ordre public suisse. Le sentiment suisse du droit serait blessé d'une façon inadmissible par les agissements d'un débiteur qui tente de soustraire son patrimoine à l'action de ses créanciers en constituant une société à l'étranger dans l'unique dessein de porter atteinte à leurs droits²⁴¹. Nous nous trouvons dans un cas où il faudrait, en principe, appliquer le droit étranger. Mais le résultat concret de cette application conduit à la violation de règles de notre droit des poursuites qui sont impé-

²⁴⁰ L'art. 180a PGR, introduit par la loi du 4 juin 1963 (LGBI n° 17) a la teneur suivante : « Wenigstens ein zur Geschäftsführung und Vertretung befugtes Mitglied der Verbandsperson muss seinen Wohnsitz (Artikel 32) in Liechtenstein haben. » Cf. aussi A.F. Schnitzer, *Die Treuhand (der Trust) und das internationale Privatrecht*, dans : *Gedächtnisschrift Ludwig Marxer*, Zürich 1963, p. 113.

²⁴¹ Cf. ATF 64 II, p. 88 ; JT 1938, p. 482 ; ATF 84 I, p. 119 = JT 1959, p. 215 ; ces arrêts contiennent l'analyse et l'essai de définition de la notion d'ordre public en droit international privé suisse.

ratives et fondamentales. Sans leur application, les intérêts des créanciers sont gravement lésés. L'ordre juridique suisse ne peut tolérer ce résultat.

La particularité que nous cherchons à mettre en évidence est donc la suivante : Un refus de reconnaissance n'intervient pas seulement en vertu de la théorie du siège social comme suite à l'administration de la preuve de la fictivité du siège statutaire. Ce refus peut également intervenir dans des cas spéciaux, lorsque, par suite de l'usage d'une forme de société étrangère spécialement propice à cette fin, des dispositions impératives de l'ordre juridique suisse sont éludées (fraude à la loi interne), ce qui entraîne nécessairement un refus de reconnaissance en vertu de la notion de l'ordre public.

Il est possible que les deux motifs de refus de reconnaissance se trouvent cumulés dans le même cas. Ainsi, lorsqu'un citoyen suisse constitue un trust au Liechtenstein dans l'intention de porter atteinte à la réserve de ses héritiers, si le siège du trust se révèle fictif, il y aura cumul de deux circonstances pouvant mener au refus de reconnaissance :

1. Le siège social peut se révéler fictif. Le refus de reconnaissance peut intervenir en vertu de la théorie du siège social, car il y a dissociation entre le siège réel et le siège statutaire et de plus fraude à la loi au sens du droit international privé, fraude portant sur la règle de rattachement elle-même.
2. Le refus de reconnaissance se justifie aussi par l'intervention de la notion d'ordre public. Le résultat concret de l'application du droit étranger conduit à la violation de dispositions impératives et fondamentales de l'ordre juridique suisse, en l'espèce les dispositions du droit successoral qui fixent la réserve des héritiers. Le « sentiment suisse du droit » ne peut tolérer ce résultat.

Un exemple tiré de la jurisprudence permet de mettre en évidence l'interférence de ces notions complexes. Un arrêt du « Bezirksgericht » de Horgen du 20 janvier 1956 nous le fournit²⁴². Un créancier de Dame X. fait séquestrer différents objets mobiliers qui se trouvent en la possession de celle-ci. Cependant, un trust dûment constitué et enregistré à Vaduz revendique la propriété de ces objets. Il allègue qu'il a passé avec Dame X. un contrat de prêt, et a mis ces objets à la disposition de celle-ci. Le créancier prétend alors que le contrat de prêt passé entre le trust et Dame X. n'est qu'une opération simulée.

²⁴² Cf. SJZ 1958, p. 21.

Il allègue également que le trust n'a aucune réalité et a été constitué pour soustraire le patrimoine de la débitrice à l'action de ses créanciers.

Le « Bezirksgericht » de Horgen motive en résumé comme suit sa décision :

a) Le tribunal se pose tout d'abord la question de savoir si le trust possède la personnalité juridique en Suisse et, partant, la capacité d'ester en justice. Cette question doit, affirme-t-il, être tranchée selon le droit du Liechtenstein, aussi bien selon la théorie dominante du siège que selon la théorie de l'incorporation soutenue par les auteurs récents. D'après l'article 932, lettre a, paragraphe 1^{er}, alinéa 2 du P.G.R., le trust peut être constitué avec personnalité juridique, ce qui est le cas en l'espèce. La capacité d'ester en justice en Suisse doit être reconnue à ce trust.

b) Le créancier affirme également que le but du trust est illicite ou contraire aux mœurs. Il s'avère que ce grief est manifestement fondé, puisque Dame X. a avoué devant le Juge d'instruction et dans le cadre d'une procédure pénale dirigée contre elle, que le trust n'est qu'une création fictive, entièrement dominée par elle et destinée à tromper ses créanciers. Quelle conclusion faut-il tirer de cet état de faits ?

— Selon le droit du Liechtenstein, une dissolution judiciaire doit intervenir en vertu de l'article 124 P.G.R. Tant qu'une telle dissolution n'est pas intervenue, la personne morale continue à exister.

— En droit suisse il en irait de même. Le tribunal base cette affirmation sur une transposition analogique de la jurisprudence du T.F. en matière de nullité de fondation²⁴³.

Quel que soit le droit applicable à la question, il s'avère donc que seule une décision judiciaire de dissolution prise par un tribunal de Vaduz peut intervenir, puisque le siège social est situé dans cette ville. Un tribunal suisse ne peut prononcer la dissolution d'une personne morale de droit étranger. Il en suit que tant que cette décision n'est pas intervenue, la personnalité juridique du trust doit être reconnue en Suisse.

c) Il est cependant clair que l'attitude de Dame X. est contraire à la bonne foi et constitue un abus de droit. Le résultat de cet abus de

²⁴³ ATF 73 II, p. 83 ; 75 II, p. 23 ; 76 I, p. 43.

droit — soit l'admission de la revendication du trust — serait contraire à l'ordre public suisse. Il est en effet contraire à l'ordre public suisse qu'un débiteur ait la possibilité de se soustraire à l'action de ses créanciers en créant une personne morale à l'étranger. Pour ces motifs, la qualité pour agir en justice doit être reconnue au trust, mais au fond, son action en revendication doit être écartée.

Cette décision appelle les observations suivantes :

ad. a. — Le tribunal déclare faire application cumulative de la théorie du siège et de la théorie de l'incorporation. Il n'en est cependant rien. L'administration du trust à Vaduz est totalement inexistante. Il résulte des circonstances de l'espèce que le siège de Vaduz est manifestement fictif. Il faudrait, pour ce motif déjà, refuser de reconnaître la personnalité juridique de cette entité. De surcroît, il résulte de l'état de faits, que ce trust a été créé à l'étranger dans le but d'éluder les dispositions impératives du droit suisse qui assurent la protection des créanciers contre les manœuvres des débiteurs qui cèlent leurs biens. La reconnaissance en Suisse de la personnalité juridique d'une telle entité se heurte à l'ordre public suisse. Il semble donc que le juge de Horgen refuse en fait l'usage du concept autonome de reconnaissance et utilise, en ce qui concerne le rattachement, la théorie de l'incorporation. On constate alors, que même les cas de fraude les plus flagrants, ceux qui ont mené à une inculpation pénale, ne peuvent conduire à un refus de la reconnaissance. Les auteurs favorables à cette doctrine ne manquent d'ailleurs pas d'applaudir à cette décision ²⁴⁴.

ad. b. — Le juge de Horgen constate :

- L'absence d'un jugement de dissolution prononcé au Liechtenstein.
- L'incompétence du juge suisse pour prononcer la dissolution. Il en déduit la reconnaissance du trust en Suisse.

C'est l'hypothèse de départ qui nous paraît erronée. Le rattachement à l'ordre juridique du Liechtenstein est considéré comme acquis « *ab initio* » et n'est jamais mis en cause. Il est alors clair que seule une juridiction du Liechtenstein peut intervenir pour prononcer la dissolution d'une société régie par le droit de cet Etat. Mais il ne faut pas résoudre les problèmes avant de les poser. Avant d'examiner quelle juridiction est compétente pour prononcer la dissolution, il faut

²⁴⁴ Cf. A.F. Schnitzer, Le trust et la fondation dans les conflits de lois. Revue critique 1965, p. 489.

trancher la question de savoir quel est le droit applicable à la société. Ce sera le droit du Liechtenstein, droit de son siège social, si la société est susceptible d'être reconnue en Suisse. Nous avons constaté que le siège de la société est fictif. De plus, ce trust a été constitué dans l'unique dessein de tromper les créanciers de cette débitrice. La reconnaissance en Suisse d'une société « étrangère », conçue dans le but de soustraire des actifs à l'emprise des créanciers, contrevient à l'ordre public suisse. La personnalité juridique de cette « institution » ne doit pas être reconnue.

ad. c. — Le juge de Horgen déclare donc que le résultat de l'artifice utilisé est seul contraire à l'ordre public suisse, alors que le moyen d'y parvenir, l'« instrument », soit le trust, ne l'est pas lui-même. On constate ici l'abord fondamentalement différent du problème de la reconnaissance, selon la doctrine appliquée par le tribunal ou selon la théorie de la reconnaissance et du siège social en ce qui concerne le rattachement.

- Selon la théorie du refus de prise en considération du concept autonome de reconnaissance, la personnalité du trust est admise en tout état. Le résultat auquel conduit son utilisation abusive peut cependant être sanctionné par l'exception de l'ordre public suisse.
- Selon notre point de vue, la personnalité juridique du trust n'aurait pas dû être reconnue, tant parce que son siège est fictif, que parce que la construction elle-même constitue une fraude à la loi interne et contrevient à l'ordre public suisse. L'action en revendication aurait dû être écartée d'entrée de cause, car elle émanait d'une entité qui n'a aucune qualité pour ester en justice²⁴⁵. Le trust étant dépourvu de la personnalité juridique en Suisse, son action en revendication est irrecevable et aurait pu pour ce motif déjà être définitivement écartée.

La différence réside donc essentiellement dans le fait que selon la première doctrine la revendication est écartée au fond, alors que, selon la deuxième, elle est écartée à la forme déjà. Cette circonstance n'est cependant pas dépourvue d'intérêt. Si le trust est reconnu, seules les exceptions ordinaires de fond du droit des obligations peuvent

²⁴⁵ Remarquons, sous l'angle strictement procédural, que le trust est demandeur au procès. Il n'est donc pas nécessaire d'invoquer la jurisprudence concernant la nullité des fondations (cf. *supra* p. 121) pour lui reconnaître la possibilité d'agir « provisoirement » comme partie.

être invoquées pour rejeter la revendication. Il est, à notre avis, inadmissible que, à l'encontre d'une société si manifestement illicite que le fait même de sa création a entraîné une inculpation pénale, il faille instruire un procès au fond, alors que le simple moyen du refus de reconnaissance paralyse l'instance au niveau d'une exception d'irrecevabilité déjà. Un grief plus sérieux encore peut être soulevé, qui a trait à la sécurité générale du droit et des transactions. Il paraît inadmissible qu'une telle entité soit judiciairement reconnue en Suisse, ce qui lui donne, quel que soit le sort final de l'action à laquelle elle était partie, la possibilité de continuer ses transactions après le procès. Par contre, le trust non reconnu ne pourra plus, de bonne foi, continuer à agir en Suisse en se prévalant de sa qualité de sujet de droit. De telles considérations importent lorsqu'il s'agit de faire un choix entre les doctrines qui s'affrontent.

G) *Conclusions.*

Nous avons procédé à l'analyse de la situation lorsque le siège statutaire se trouve situé à l'étranger, mais la siège réel en Suisse. Il a été possible de mettre en évidence que le simple fait de cette dissociation n'est pas en soi suffisant pour entraîner un refus de reconnaissance. L'ordre juridique suisse ne peut ignorer l'existence d'une société étrangère que si le siège de celle-ci est fictivement localisé à l'étranger. Un siège est fictif lorsque les deux conditions suivantes sont réalisées :

- Dissociation de fait entre le siège réel et le siège statutaire.
- Fraude à la loi au sens du droit international privé suisse, ce qui implique la création intentionnelle d'un artifice à l'étranger, en l'espèce un siège statutaire, plus la présence en Suisse de la circonstance de rattachement originale, soit du centre effectif de l'administration sociale.

Sous ces conditions, un refus de reconnaissance peut donc intervenir en Suisse sans l'intervention de la notion de l'ordre public suisse.

Il se peut, d'autre part, que la fraude à la loi porte non pas seulement, comme ci-dessus, sur la règle de rattachement (fraude à la loi en droit international privé) mais soit encore spécialement dirigée contre des dispositions impératives du droit matériel suisse (droit de la poursuite, droit des successions, etc. etc.). Dans ces circonstances, un refus de reconnaissance peut intervenir indépendamment de la fictivité du siège social étranger. L'ordre public suisse fait

obstacle à la reconnaissance pour garantir l'application d'un principe impératif du droit suisse. Le refus de reconnaissance peut donc intervenir dans deux hypothèses :

- Lorsque le siège social étranger est fictif, ce qui implique l'usage de la notion de fraude à la loi en droit international privé.
- Lorsque la société elle-même est une construction artificielle destinée à éluder les dispositions impératives du droit matériel suisse, ce qui implique l'intervention de la notion de l'ordre public suisse.

Il est également concevable qu'un refus de reconnaissance puisse être prononcé pour les deux motifs cumulativement, soit pour fraude à la loi au sens du droit international privé et atteinte à l'ordre public suisse.

Il faut cependant garder à l'esprit que l'intervention de ces mécanismes d'exception à la règle générale de la reconnaissance est peu habituelle et ne peut intervenir que si la preuve de l'accomplissement des conditions rigoureuses posées par la jurisprudence est apportée. Tant que l'administration de cette preuve n'est pas faite à satisfaction de droit, la présomption de vérité attachée à la désignation statutaire du siège prévaut.

§ 3. LA DEUXIÈME HYPOTHÈSE DE DISSOCIATION : SIÈGE STATUTAIRE EN SUISSE — SIÈGE RÉEL A L'ÉTRANGER.

Avant d'examiner les différentes hypothèses de dissociation entre le siège statutaire et le siège réel, nous avons posé la règle de rattachement qui prévaut en droit international privé suisse des sociétés. Ce critère est le siège social. Nous avons admis implicitement que la règle de rattachement ainsi posée a un caractère bilatéral. En effet, comme le dit Vivier ²⁴⁶ : « Il est communément admis que la règle de conflit de lois comporte deux branches, dont l'une aboutit à la loi interne et l'autre à la loi étrangère. La règle de conflit, autrement dit, ne se contente pas de désigner les cas qui relèvent de la compétence de la loi interne, mais elle désigne la loi étrangère compétente, pour régir le rapport de droit envisagé, lorsque la compétence interne est exclue. »

²⁴⁶ Vivier, Le caractère bilatéral des règles de conflit de lois R. critique 1953, p. 655 ss., 1954, p. 37 ss. Cf. aussi Schnitzer, Handbuch des internationalen Privatrechts, 4^e éd., Bâle 1957 I, p. 46 ss.

Avec la première hypothèse de dissociation, nous avons examiné la branche de la règle de conflit qui aboutit à la loi étrangère. Il faut maintenant examiner l'hypothèse inverse qui se présente lorsque la société a son siège statutaire situé en Suisse, mais le centre effectif de son administration sociale à l'étranger. Dans quelle mesure les solutions que nous avons dégagées sont-elles susceptibles d'être transposées à cette nouvelle situation ? Citons encore Vivier²⁴⁷ : « La méthode bilatérale,... une fois le principe posé, doit nécessairement faire l'objet de sérieux tempéraments. C'est alors sa grande praticabilité qui constitue sa meilleure justification. La bilatéralité absolue, n'est en effet que le reflet d'une conception « autarcique » du droit international privé. » Ce sont ces « tempéraments » que nous allons mettre en évidence.

A) *La jurisprudence.*

a) *Les arrêts « Crédit Foncier Suisse S.A. »*²⁴⁸.

Le « Crédit Foncier Suisse » était une société anonyme dont le siège statutaire était situé à Genève, mais qui se révéla en fait être complètement dirigée et dominée par sa « succursale » de Paris. En vertu de la théorie du siège réel, le juge français compétent, considérant que le siège réel de la société se trouvait en France, admit qu'il s'agissait d'une société française dont la faillite pouvait et devait être prononcée en France. Cependant, au siège statutaire Suisse, des créanciers sociaux requérèrent également la faillite, et l'on se trouva alors face à un conflit positif de juridiction, les tribunaux genevois ayant admis leur compétence. Trois instances suisses examinèrent le problème. Ces arrêts sont certes fort anciens. Ils conservent cependant leur actualité tant il est vrai que les termes du problème n'ont pas fondamentalement changé. Les deux degrés de juridiction genevoise rejettent la théorie du siège réel et se fondent sur la présomption de vérité attachée à la désignation statutaire du siège :

²⁴⁷ *Op. cit.*, note n° 246, R. critique 1954, p. 90.

²⁴⁸ Arrêts « Crédit Foncier Suisse » :

— Jugement du Tribunal de Commerce de Genève du 19 mars 1874, cf. *Journal Clunet* 1874, p. 95 ss.

— Arrêt de la Cour d'Appel du Canton de Genève, du 25 mai 1874, *Journal Clunet* 1874, p. 154.

— Arrêté du Conseil Fédéral du 20 janvier 1875 ; F.F. 1876, volume II, p. 294 ss.

Considérant que les sociétés anonymes n'ayant point de nom indicatif de leur domicile, doivent nécessairement fixer elles-mêmes dans leurs statuts le lieu de leur siège social ; que d'autre part, elles sont logiquement tenues de stipuler qu'aucune modification ne pourra être apportée au contrat primitif que par une délibération formelle de l'assemblée des actionnaires ; que la fixation positive du domicile d'une société anonyme a une importance très grande... qu'il est dès lors de l'intérêt des uns et des autres de ne laisser surgir aucune incertitude à cet égard, et de soustraire la solution de cette question aux diverses fluctuations résultant de l'appréciation des faits souvent inconnus aux personnes intéressées.²⁴⁹

Mais le Conseil Fédéral ne partage pas cette opinion et exprime au contraire une doctrine qui est celle du siège social :

Bien que fondé à Genève sous l'empire des lois genevoises, le Crédit Foncier Suisse n'avait de suisse que le nom ; le vrai motif de la fondation de cet établissement à Genève paraît avoir été d'éluder les lois françaises sur les sociétés anonymes et d'arriver à faire des opérations en France, sans être soumis aux lois françaises... C'est à Paris que le Crédit Foncier Suisse avait son siège effectif... Il convient qu'une société qui a choisi la France comme siège réel de son principal établissement et comme champ d'opération, ne puisse pas se soustraire à l'autorité judiciaire du pays où elle a principalement et presque exclusivement opéré.²⁵⁰

b) *Décisions des autorités du Registre du Commerce.*

Les autorités du Registre du Commerce se sont, à diverses reprises, inquiétées de la prolifération des sociétés « pseudo-suisse », c'est-à-dire dont le siège statutaire est situé en Suisse, mais qui n'ont pas d'attaches véritables avec notre pays. Dans un rapport du 9 septembre 1904²⁵¹, le Département fédéral de Justice et Police tranche le problème en ce qui concerne les aspects de technique du Registre du Commerce, en ces termes :

A la vérité, le Registre du Commerce ne doit pas recevoir l'inscription d'indications notoirement fausses. Mais au moment de la fondation d'une société, les autorités préposées au Registre du Commerce ne possèdent aucun moyen d'examiner si la société a effectivement son siège à l'endroit indiqué, ou si ce siège n'est pas fictif... Mais

²⁴⁹ Journal Clunet 1874, p. 155.

²⁵⁰ F.F. 1876 II, p. 294.

²⁵¹ W. Burckhardt, Le droit fédéral suisse, tome III, Neuchâtel 1932, n° 1530 I, p. 945.

si, par la suite, il venait à être démontré que l'une de ces sociétés ne pratique pas d'affaires au domicile indiqué, et que ses affaires sont effectivement dirigées de l'étranger, ou bien qu'on ne peut la découvrir au siège indiqué par ses statuts, il n'existerait aucune raison de continuer à la laisser figurer sur le Registre du Commerce ; on pourrait même... procéder à sa radiation, car le Registre du Commerce ne doit pas contenir d'indications fausses.

Un autre rapport du Département fédéral de Justice et Police du 30 mai 1913, fondé sur une consultation de Eugène Huber, émet les mêmes considérations ²⁵².

Ces décisions sont importantes car il faut voir que, à travers le problème de l'inscription et de la radiation, c'est l'existence du sujet de droit suisse qui est en jeu. Les remarques suivantes peuvent être formulées :

a) Nous avons élevé des objections à l'encontre d'une conception adoptée par le T.F. dans l'arrêt ANNE S.A., et selon laquelle les autorités du Registre du Commerce n'auraient pas le pouvoir de vérifier au moment de l'inscription en Suisse d'une succursale d'une société étrangère, si le siège étranger n'est pas une création fictive. Nous nous sommes élevés contre l'illogisme d'un système qui oblige le préposé à enregistrer des informations fausses avant de pouvoir les rejeter (cf. supra p. 118).

La situation est cependant différente dans la présente hypothèse. Au moment de la fondation, le préposé ne peut que difficilement déceler le caractère fictif d'un siège social qui n'est pas encore installé. Aussi, le Département fédéral de Justice et Police, dans le passage sus-cité affirme-t-il autre chose. Selon lui, le préposé ne possède, à ce moment-là, pas les moyens matériels de faire ces vérifications. On ne lui en conteste cependant pas le pouvoir juridique. La constatation du caractère fictif du siège statutaire entre donc, selon ces instructions, dans les limites du pouvoir d'appréciation des autorités du Registre du Commerce.

b) Il s'avère donc que si le siège statutaire suisse d'une société faisant l'objet d'une inscription au Registre du Commerce se révèle fictif, cet état de choses justifie la radiation. Il faut relever que ces deux décisions n'apportent pas vraiment une définition de la fictivité du siège social. On dit cependant que le siège serait fictif, « s'il venait

²⁵² *Op. cit.*, note n° 251, tome III n° 1530 III, p. 946.

à être démontré que l'une de ces sociétés ne pratique pas d'affaire au domicile indiqué, et que ses affaires sont effectivement dirigées de l'étranger ». Il n'est fait aucune allusion à la théorie de la fraude à la loi. On supplée à cette notion en introduisant des éléments d'appréciation qui sont de nature objective. Cette démarche a, nous l'avons vu plus haut (cf. p. 67) connu le succès depuis lors. C'est la référence à ce qu'il est convenu d'appeler l'absence de « lien effectif », ou à ce que la convention de la C.E.E. appelle l'absence de « liens sérieux ». Ces critères objectifs remplacent, heureusement peut-être, la notion de « fraude à la loi ».

c) Dans quelle mesure ces instructions du Département fédéral de Justice et Police ont-elles été et sont-elles encore suivies d'effet pratique ? Elles ont été provoquées dans les deux cas par des démarches émanant de préposés au Registre du Commerce, qui s'adressaient à l'autorité fédérale pour lui faire part de leur inquiétude face à la prolifération des localisations fictives de sociétés en Suisse. Sur la base de l'avis du 30 mai 1913, les autorités genevoises du Registre du Commerce ordonnèrent la radiation d'un nombre important de sociétés, mais ce fut sur la dénonciation de l'Administration fédérale des contributions, qui constatait que ces sociétés échappaient à l'impôt du fait qu'elles ne possédaient aucun actif en Suisse. Pratiquement, il semble que seule une dénonciation ou une démarche d'une autorité ou d'une personne lésée par l'existence de la localisation fictive aboutit à la mise en œuvre d'une procédure de radiation. On a d'ailleurs l'impression que ces procédures sont rares, voire exceptionnelles.

B) *La doctrine.*

En doctrine suisse, c'est Stauffer qui a eu le mérite d'examiner séparément et pour elles-mêmes les trois différentes hypothèses de dissociation entre le siège réel et le siège statutaire. Il a donc traité pour lui-même le cas qui nous occupe présentement, et a mis en évidence à quel point le problème de la localisation fictive en Suisse est particulier et combien il est opportun de le traiter isolément ²⁵³.

Stauffer constate qu'une question préalable de droit interne se pose : Une société anonyme de droit suisse peut-elle exister sans avoir dans notre pays le siège de son administration sociale ? L'auteur

²⁵³ Stauffer, *op. cit.*, note n° 163, p. 94 ss.

est d'avis que le droit suisse ne contient aucune disposition spéciale qui règle ce problème. L'article 89 O.R.C. prévoit bien que :

Doit être radiée d'office toute société anonyme dont l'activité a cessé et dont les organes et représentants en Suisse ont disparu.

Dans notre hypothèse, l'activité sociale n'a pas disparu, pas plus que les organes ou les représentants. Ils sont simplement localisés en fait hors de Suisse. Stauffer est d'avis que l'article 711 ne fournit pas non plus la réponse. Il est impossible de soutenir que cette disposition pose le principe d'une nécessaire localisation en Suisse de l'administration sociale. Il résulte des travaux préparatoires²⁵⁴ que le Conseil Fédéral considère comme « fâcheux » le fait qu'une société qui existe selon le droit suisse soit en fait administrée de l'étranger. Il lui paraît nécessaire que la société ait des rapports effectifs et concrets avec notre pays. Il semble bien cependant qu'il s'agit là de l'expression d'un souhait. En tout état, ce contact est présumé suffisamment étroit si la majorité des personnes participant à l'administration sociale habite en Suisse. Les exigences du droit fédéral ne vont donc pas au-delà. De plus, pour le cas des holdings, le Conseil Fédéral peut déroger à la règle (article 711, alinéa 2, C.O.). Pour ce cas au moins, il faut admettre la possibilité d'une administration sociale située à l'étranger. Or, si un tel phénomène est admissible dans une circonstance, on peut admettre qu'il ne tombe pas, en principe, sous le coup de la loi. L'auteur conclut donc qu'en principe l'administration d'une société régie par le droit suisse peut en fait être localisée à l'étranger. Stauffer est cependant soucieux d'apporter un correctif à sa conclusion et admet aussi que, en règle générale, le Registre du Commerce est exclusivement à la disposition des sociétés qui ont des liens étroits avec notre pays. Il s'exprime alors en ces termes :

Erfolgt die Eintragung dasselbst ausschliesslich aus dem Grunde, um den Schein schweizerischer Zugehörigkeit zu erwecken, so ist das als ein agere in fraudem legis Schutzes nicht würdig.²⁵⁵

Stauffer réserve donc le cas de la fraude à la loi. Il prévoit la possibilité d'examiner si la société possède un intérêt digne de protection à l'inscription au Registre du Commerce, et ce ne sera notamment le cas que lorsque, par son capital, son activité ou par d'autres

²⁵⁴ Bull. stén. CE 1931, p. 563 (Thalmann).

²⁵⁵ Stauffer, *op. cit.*, note n° 163, p. 95 n° 16.

liens effectifs, la société aura des attaches réelles avec l'ordre juridique suisse. Pour le cas où un tel lien fait défaut, une procédure de radiation peut être engagée par application analogique de l'article 89 O.R.C. L'auteur précise cependant que, tant que la société est encore inscrite, elle reste exclusivement régie par le droit suisse.

Cette doctrine appelle les observations suivantes :

a) On pourrait être tenté de donner à l'article 89 O.R.C. une interprétation plus conforme à son texte littéral. Selon cette disposition, doit être radiée d'office toute société anonyme dont les organes et représentants « en Suisse » ont disparu. Le membre de phrase « en Suisse » se rapporte-t-il seulement aux représentants, ou concerne-t-il également les organes ? Une société dont le siège statutaire est en Suisse, mais dont l'administration sociale effective est située à l'étranger, ne tombe-t-elle pas sous le coup de cette disposition ? La réponse affirmative à cette question signifierait cependant que la simple dissociation entre le siège statutaire et le siège réel serait en soi suffisante pour empêcher l'application du droit suisse à la société. Or ce résultat, pour conforme qu'il soit à la théorie du siège réel, ne peut pas être accepté. Nous avons montré que dans l'hypothèse inverse (siège statutaire à l'étranger, siège réel en Suisse) la jurisprudence du T.F. exige plus que la simple dissociation de fait entre le siège réel et le siège statutaire pour prononcer le refus de la reconnaissance. Et pourtant, cette première hypothèse implique des dangers beaucoup plus grands pour la sécurité des transactions en Suisse, puisque la société qui se veut localisée à l'étranger est en fait administrée depuis la Suisse. Par contre, dans l'hypothèse qui nous occupe présentement, la société se veut localisée en Suisse, où elle peut en toute circonstance être recherchée puisqu'elle est inscrite au Registre du Commerce. Il ne serait donc pas logique que les exigences de réalité du siège soient plus grandes dans l'hypothèse la moins dangereuse. D'ailleurs, une symétrie des solutions s'impose logiquement. On imagine mal que la règle donnée par le T.F. en matière de refus de la reconnaissance d'une société dont le siège statutaire est à l'étranger et le siège réel en Suisse soit fonction d'une doctrine, et que la solution donnée au cas inverse du siège statutaire en Suisse avec siège réel à l'étranger soit fonction d'une autre doctrine. Un parallélisme des solutions, respectueux cependant des particularités de l'hypothèse, nous paraît s'imposer. Cet impératif conduit au refus d'une interprétation littérale de l'article 89 O.R.C. On peut donc estimer, d'accord avec Stauffer, que l'article 89 n'apporte pas la nécessité d'une radiation de la société pour le simple et seul motif

de l'absence en Suisse, pays du siège statutaire, d'une administration sociale effective.

La jurisprudence du T.F. en matière de radiation d'office de sociétés peut d'ailleurs être interprétée en faveur de la thèse de Stauffer. Les exigences qu'elle pose, selon lesquelles la société doit être « *tatsächlich aufgelöst, vollständig liquidiert und von den Beteiligten aufgegeben* », ne sont manifestement pas remplies lorsque l'administration sociale n'est pas inexistante, mais simplement en fait localisée à l'étranger ²⁵⁶.

b) Stauffer estime donc nécessaire l'avènement d'une condition supplémentaire, soit la présence d'un « *agere in fraudem legis* ». L'auteur ne soulève cependant pas la question de savoir si la doctrine de la fraude à la loi est susceptible d'être mise en œuvre dans cette hypothèse. Nous avons vu (cf. *supra* p. 104) que l'intervention de la notion de fraude à la loi présuppose l'avènement de deux conditions :

1. l'usage intentionnel d'un artifice portant sur la règle de rattachement ;
2. la présence des éléments de fait qui entraînent l'application du droit du pays dans lequel ils sont réalisés.

L'artifice utilisé par les auteurs de la fraude vise une règle de droit international privé suisse. Il s'avère cependant, dans l'hypothèse dans laquelle nous nous sommes placé, que les éléments de faits qui entraînent l'application du droit du pays dans lequel ils sont réalisés, désignent un ordre juridique étranger, soit celui du siège effectif.

Le problème soulevé est celui de la fraude à la loi étrangère. Cette expression est d'ailleurs en l'espèce peu satisfaisante, car la fraude vise, nous l'avons montré, une règle de droit international privé suisse. Elle veut signifier que les intéressés en provoquant artificiellement l'application, ont suscité volontairement l'application d'un droit (en l'espèce le droit suisse) au détriment d'un autre droit, qui devait normalement s'appliquer. La loi éludée est la loi étrangère. Tel est le sens de cette expression. Une question de principe se pose alors ; à quel titre l'ordre juridique suisse peut-il s'ériger en protecteur de la loi étrangère ? La notion de fraude à la loi peut-elle paralyser l'application du droit désigné par la règle de rattachement, qui en l'espèce est le droit suisse, la loi éludée étant étrangère ?

²⁵⁶ Cf. ATF 55 I, p. 136 ; 64 II, p. 362 ; 65 I, p. 145 ; 67 I, p. 36.

Le problème est délicat. La jurisprudence française s'est intéressée à la question. Elle fut, jusqu'à une très récente époque, systématiquement hostile à la prise en considération de la fraude à la loi étrangère²⁵⁷. Cette attitude était fondée, comme le dit Batiffol²⁵⁸, sur « l'idée que la loi étrangère n'a pas, aux yeux du juge français, le caractère d'un impératif dont il aurait à défendre l'autorité, comme il en a le devoir pour la loi française ». La doctrine française est cependant de plus en plus systématiquement favorable à l'assimilation de la fraude à la loi étrangère à la fraude à la loi française²⁵⁹. Batiffol²⁶⁰ avance un argument décisif lorsqu'il affirme, en faisant précisément allusion au cas des sociétés, qu'en admettant que les juges français n'aient pas à « venger » l'atteinte à l'autorité de la loi étrangère, ils ont le droit de sanctionner les conduites contraires aux bonnes mœurs. C'est donc par la mise en œuvre de la sanction d'une conduite contraire aux mœurs, que l'auteur justifie la prise en considération de la fraude à la loi étrangère.

Les efforts de la doctrine française n'ont d'ailleurs pas été vains, puisque les décisions récentes ont sanctionné, du moins dans leurs motifs, la fraude à la loi étrangère²⁶¹.

La jurisprudence allemande paraît ne pas distinguer entre la fraude à la loi étrangère et la fraude à la loi nationale. C'est du moins ce qu'on peut déduire du fait que les auteurs allemands ne semblent pas poser l'exigence du caractère allemand de la loi éludée²⁶².

En Suisse, la jurisprudence n'a jamais abordé cette question. Schnitzer²⁶³ s'exprime laconiquement sur le sujet. Il n'exclut pas la

²⁵⁷ Pour l'exposé complet de la jurisprudence française sur la question, cf. *Journal Clunet* 1961, p. 190. Cf. aussi un jugement du Tribunal civil de la Seine du 4 nov. 1954, avec une note de Y. Loussouarn. *R. critique* 1956, p. 690 ss.

²⁵⁸ *Op. cit.*, note n° 5, § n° 373.

²⁵⁹ J. Maury, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi* ; Universidad de Valladolid 1952, p. 168 : « La théorie a pour raison d'être de maintenir au droit de conflit un certain caractère impératif : ce caractère, chaque Etat doit, semble-t-il, le reconnaître non seulement à son profit, mais encore au bénéfice des autres Etats. » Cf. également Lerebourg-Pigeonnière, *op. cit.*, note n° 116, p. 452 note 2.

²⁶⁰ *Op. cit.*, note n° 5, n° 223.

²⁶¹ Jugements du Tribunal de Grande instance de la Seine des 14 mai et 6 juin 1962 ; *Recueil Dalloz* 1962, p. 653, avec une note de Philippe Malaurie soulignant le caractère « révolutionnaire » de cette jurisprudence.

²⁶² Cf. G. Kegel, *Internationales Privatrecht, München und Berlin* 1960, p. 152 ss. ; L. Raape, *Internationales Privatrecht, Berlin und Frankfurt* 1961, p. 127 ss. ; M. Wolff, *Das internationale Privatrecht Deutschlands* 1954, p. 45 ss.

²⁶³ Schnitzer, *op. cit.*, note n° 98, p. 253.

possibilité de la prise en considération de la fraude à la loi étrangère, mais il voudrait la voir limitée au cas où « das Ergebnis des Kunstgriffs wirklich unerträglich ist ». Cet auteur introduit donc une composante d'intensité, dont la mesure n'est d'ailleurs pas définie. Cette conception n'est pas incompatible avec la justification proposée par Batiffol, et l'on peut penser que la fraude à la loi étrangère « vraiment inadmissible » tombe aussi sous le coup de la sanction d'un comportement contraire aux mœurs. Il faut se rappeler que dans l'hypothèse présentement traitée, le siège statutaire de la société est en Suisse. Sa radiation interviendrait donc, entre autres conditions, parce qu'il y a été placé dans le but de frauder la loi étrangère. Cette radiation ne serait donc susceptible d'intervenir que dans la mesure où la fraude à la loi étrangère constitue en Suisse un abus de droit au sens de l'article 2 C.C.S., et est dès lors susceptible d'être sanctionné comme tel.

C) *Les conditions de refus de l'allégeance juridique suisse.*

Nous avons défini la reconnaissance comme la prise en considération d'une société régie par le droit étranger. Dans l'hypothèse qui nous occupe présentement, il ne pourra donc être question de refus de reconnaissance. La décision porte atteinte à l'existence d'un sujet de droit suisse. Nous constatons que les conditions de ce refus de l'allégeance juridique suisse sont parallèles aux conditions du refus de reconnaissance d'un sujet de droit étranger. Elles sont les suivantes :

1. *Dissociation entre le siège réel et le siège statutaire.*

Vu l'hypothèse dans laquelle nous nous sommes placé, il suffira de montrer que la société n'est pas administrée à son siège statutaire. Nous avons mis en évidence le fait que, contrairement à la lettre de l'article 89 O.R.C., cette seule circonstance n'est pas suffisante pour entraîner un refus d'allégeance juridique suisse, partant la nécessité d'une radiation au Registre du Commerce.

2. *La fraude à la loi (étrangère).*

Comme dans l'hypothèse précédente, la preuve doit porter sur deux éléments qui sont les mêmes, mais sont inversés :

a) Un artifice est intentionnellement réalisé dans le dessein d'éluder une loi étrangère normalement compétente. En l'espèce, cet artifice consiste en la création du siège statutaire suisse.

b) Dans l'hypothèse inverse, nous avons exigé la preuve de l'avènement d'une circonstance de fait en Suisse qui appelait l'application nécessaire du droit suisse. En d'autres termes, nous exigeons la preuve de l'existence en Suisse de la présence du siège effectif de l'administration sociale. Cette sous-condition ne peut pas être transposée sans autre examen. Il n'est en effet absolument pas certain que l'ordre juridique étranger dans lequel est situé le siège effectif de l'administration sociale considère que, selon ses propres règles de rattachement, la présence sur son territoire de ce siège réel entraîne l'application nécessaire de son droit. Il ne faudrait pas sanctionner en Suisse une fraude à la loi étrangère, si l'ordre juridique étranger concerné ne « veut » pas s'appliquer. Ainsi si, par exemple, le siège social effectif est situé en Grande-Bretagne, il ne pourra en aucune manière être question de fraude à la loi étrangère, puisque la présence dans ce pays du siège effectif n'a aucune portée de droit international privé. Par contre, si le siège effectif de l'administration sociale est situé en France, on peut considérer que le droit français qui entend régir une telle entité a été éludé. En bref, il ne pourra y avoir fraude à la loi (étrangère) que si le pays étranger où est situé le centre effectif de l'administration sociale est partisan d'un rattachement par le siège.

Si ces conditions sont réalisées, à savoir en bref :

1. Dissociation entre le siège réel et le siège statutaire ;
2. Fraude à la loi (étrangère),
 - a) le siège statutaire suisse est un artifice réalisé dans l'intention d'éluder la loi normalement compétente,
 - b) la société a le siège effectif de son administration sociale dans un pays partisan de la théorie du siège,

la présomption de vérité attachée à la désignation statutaire du siège étant détruite, un refus de l'allégeance juridique suisse est justifié.

Il faut garder à l'esprit que l'absence de Suisse d'un siège réel n'implique pas automatiquement la présence à l'étranger, dans un lieu déterminé, d'un siège social effectif et central. Il est possible que, sans fraude, une société dont le siège statutaire est en Suisse soit de fait administrée depuis différents pays étrangers, dont aucun ne peut seul prétendre être considéré comme centre effectif de l'administration sociale. Il n'y a, à notre époque, aucun motif de condamner a priori ce mode de gestion. Les différents ordres juridiques concernés ne sont pas l'objet de fraude. La possibilité de l'existence de telles

sociétés juridiquement suisses, mais à vocation internationale, ne saurait être exclue. Dans ces cas, l'absence d'intention frauduleuse d'une part, et l'absence d'un centre social effectif situé en un lieu déterminé d'autre part, excluent la possibilité d'un refus de l'allégeance juridique suisse. A l'encontre de ces sociétés, la présomption de vérité attachée à la désignation statutaire du siège subsiste.

D) *Les modalités de la procédure.*

Ici encore, le parallélisme existant avec l'hypothèse précédente est très grand.

a) *Registre du Commerce.*

La société est inscrite au Registre suisse du Commerce. Tant que cette inscription subsiste, la société a la qualité de sujet du droit suisse²⁶⁴. Si, cependant, les conditions de fictivité du siège social sont réalisées, la radiation doit être possible. Nous avons vu que la jurisprudence de l'autorité fédérale de surveillance du Registre ainsi que la doctrine, reconnaissent au préposé le pouvoir d'agir. Le préposé doit donc, s'il a connaissance du fait que les conditions ci-dessus énumérées sont remplies, mettre en œuvre la procédure de radiation d'office de la société « pseudo-suisse » selon les modalités définies à l'article 89 O.R.C.

En vertu de l'alinéa 2 de cette disposition, le préposé « somme non seulement ceux qui sont tenus d'après l'inscription figurant sur son Registre de requérir la radiation, mais aussi tous les autres membres d'organes de la société ou représentants à lui connus d'après ses dossiers, d'invoquer, dans les trente jours, leur intérêt au maintien de l'inscription, qui, faute de quoi, sera radiée d'office ». Enfin, selon l'alinéa 3 de cette disposition, c'est l'autorité cantonale de surveillance qui ordonne la radiation d'office, « si la société est effectivement dissoute et si personne ne prétend avoir intérêt au maintien de l'inscription ». La transposition analogique de cette disposition pose certains problèmes puisque, dans notre cas, la société n'est pas « effectivement dissoute », mais effectivement localisée à l'étranger. On peut cependant considérer qu'elle ne recouvre en Suisse aucune réalité et répond donc de ce fait à cette condition. Il faut aussi garder à l'esprit que

²⁶⁴ Cf. Arrêt Interfer *Verwaltungsaktiengesellschaft J.T.* 1968, p. 542 : « Elle (la société) n'échappe à l'ordre juridique suisse que lorsqu' ... elle a été radiée au Registre suisse du Commerce. »

seules les modalités de la procédure peuvent être tirées de cette disposition. Les conditions de fond de la radiation ont, nous l'avons vu, été dégagées par la jurisprudence et par la doctrine. Quant au sens du verbe « prétendre », il doit évidemment être pris dans son sens premier, qui est celui de « réclamer comme un droit »²⁶⁵, réclamation qui ne pourra être qu'infondée si les conditions de la fictivité du siège sont réalisées.

Il faut remarquer que cette disposition instaure une véritable procédure contradictoire. Le préposé instruit l'affaire, alors que la décision finale est prise par une autre instance. Il ne peut être valablement allégué que les autorités administratives du Registre du Commerce ne sont pas habilitées à trancher des problèmes de cet ordre de complexité. La loi et l'ordonnance instaurent ces autorités garantes de la véracité des inscriptions du Registre du Commerce et elles leur donnent les moyens de trancher les problèmes qui se posent.

b) *Procédure civile.*

Lorsque le siège statutaire de la société est en Suisse et le siège effectif à l'étranger, le juge suisse peut être amené à faire application de la théorie du siège social.

Si l'action en justice est intentée par une société fictivement localisée en Suisse, le défendeur ne pourra pas invoquer le défaut de qualité pour agir de la demanderesse qui existe en Suisse tant qu'elle est inscrite au Registre du Commerce. Dans l'hypothèse inverse, nous avons vu qu'il est possible de refuser la reconnaissance d'une société étrangère, c'est-à-dire de refuser d'admettre sa qualité de sujet de droit en Suisse. Par contre, dans la présente hypothèse, la question de la reconnaissance ne se pose pas puisqu'il n'y a pas de sujet de droit étranger. Il est impossible de refuser en Suisse la qualité de sujet de droit suisse à une société qui fait l'objet d'une inscription sur le Registre du Commerce. Ainsi, si le juge parvient à la conclusion que le siège social suisse de la société est fictif il ne pourra qu'ordonner sa radiation, en vertu de l'article 67 O.R.C.²⁶⁶. Si la société est défenderesse au procès, le demandeur ne pourra également conclure, s'il y a intérêt, qu'à la radiation.

Dans ces deux cas, quel sera le sort de l'entité radiée, soit du « siège effectif », situé à l'étranger ? L'entité aura perdu la qualité de sujet de droit suisse. Sa reconnaissance en Suisse au titre de société

²⁶⁵ C. et P. Augé, Nouveau petit Larousse illustré, Paris 1956.

²⁶⁶ Sur la nature juridique de cette ordonnance, cf. *supra* p. 118.

étrangère est pratiquement exclue. Pour que la société puisse être reconnue en Suisse, il faudrait que l'ordre juridique étranger dans lequel est situé le siège effectif considère que la société est régie par son droit et, partant, lui confère l'existence. Or, si ce pays est partisan de la théorie du siège réel, il considère certainement que cette société est régie par son droit, mais les exigences de formes posées par sa loi ne seront pas respectées et la société frappée de nullité. Si, par contre, le pays étranger en question est partisan de la théorie de l'incorporation, la société ne pourra pas être régie par son droit puisque les formalités constitutives n'ont pas été accomplies dans cet Etat.

Dans l'hypothèse inverse (siège statutaire à l'étranger, siège réel en Suisse) nous avons vu que, en droit suisse, la société étrangère non reconnue, ou plus précisément l'entité qu'elle représente, pourrait être considérée en Suisse comme une société en nom collectif de notre droit. L'ordre juridique étranger dans lequel est situé l'administration sociale effective pourrait-il connaître une telle construction ? La question devrait être examinée dans chaque cas particulier. Elle pose cependant un problème d'interprétation du droit étranger qui est d'une complexité telle que l'on peut douter qu'un juge ose se fonder sur cette argumentation. On peut donc considérer que la radiation laisse derrière elle un vide juridique. Elle comporte de ce fait des dangers sérieux pour les créanciers sociaux. Aussi ceux-ci pourraient-ils obtenir la réinscription à certaines conditions ²⁶⁷, si la radiation devait porter atteinte à leur droit.

c) En matière de poursuite pour dettes et de faillite.

C'est, enfin, le juge de la faillite et les autorités de surveillance ou de recours qui peuvent être appelés à examiner et à trancher la question de l'existence juridique d'une société dont le siège suisse s'avère fictif. Pour ces autorités la présomption de vérité du siège statutaire suisse vaut tant que la radiation n'est pas opérée. A cet égard, leur situation n'est pas différente de celle du juge civil. Les arrêts « Crédit Foncier Suisse » illustrent la possibilité pratique de conflits (cf. supra p. 132).

Lorsque le siège statutaire est situé en Suisse et le siège réel à l'étranger, les deux ordres juridiques pourraient, si le pays étranger est partisan de la théorie du siège réel, se déclarer compétents pour prononcer la faillite de la société. Du point de vue suisse il nous paraît que, en l'absence d'une réglementation conventionnelle, les deux ins-

²⁶⁷ Cf. J.T. 1953, p. 165.

tances genevoises ont judicieusement tranché le litige en admettant que la société était régie par le droit suisse tant que son siège statutaire s'y trouvait enregistré et que partant, la faillite devait être prononcée en Suisse.

§ 4. LA TROISIÈME HYPOTHÈSE : LE SIÈGE STATUTAIRE ET LE SIÈGE RÉEL SONT SITUÉS HORS DE SUISSE DANS DES PAYS ÉTRANGERS DIFFÉRENTS.

Une troisième hypothèse de dissociation peut se présenter lorsque le siège statutaire de la société est situé dans un pays tiers A., le siège effectif de l'administration sociale dans un autre pays tiers B., alors que le problème de la détermination du droit applicable à la société vient à se poser en Suisse.

A) *La mise en œuvre de la règle de rattachement.*

Quelle est la solution du droit international privé suisse ? Stauffer²⁶⁸ examine cette situation et constate que si le droit international privé suisse était partisan de la théorie du siège réel, l'ordre juridique de l'Etat B. serait déclaré compétent pour régir la société. Cette situation lui paraît inadmissible, car elle conduit à déclarer la société régie par le droit d'un Etat, qui ne « veut » peut-être pas lui-même nécessairement la régir. Cette objection n'est pas valable si l'on tient compte de la théorie du renvoi, et nous verrons qu'il n'y a aucun motif de ne pas en tenir compte (cf. infra B). Il n'en est pas moins vrai que la solution ne doit pas être recherchée par la mise en œuvre de la théorie du siège réel. Nous avons montré que le droit international privé suisse s'en tient à la théorie du siège social pour la détermination du droit qui régit les sociétés. Le siège désigné par les statuts est présumé vrai, tant que la preuve de sa fictivité n'est pas administrée. Il faut donc en tout premier lieu se référer aux statuts de la société. Le droit applicable sera celui du siège statutaire. Nous avons montré que la « fictivité » du siège peut être prise en considération à titre d'exception pour imposer soit l'application du droit suisse (hyp. N° 1), soit l'application d'un droit étranger qui « veut » régir la société (hyp. N° 2). Dans la présente hypothèse (hyp. N° 3), il faut aussi se référer au droit étranger désigné par la règle de rattachement (siège statutaire) et voir si celui-ci entend ou non régir la société.

²⁶⁸ Stauffer, *op. cit.*, note n° 163, p. 99.

B) *L'utilisation du « renvoi ».*

La règle suisse de conflit de lois désigne donc le pays du siège statutaire. Cette désignation vise-t-elle exclusivement le droit matériel de cet Etat ou englobe-t-elle également ses règles de conflit ? Il n'est guère nécessaire de plaider encore la cause de la théorie du renvoi, dont l'usage se généralise. Un exemple du judicieux fonctionnement de cette notion est donné par l'arrêt de la Banque Ottomane²⁶⁹. Le problème de l'allégeance juridique de cette société vient à se poser en France et doit être tranché par les règles du droit international privé français. La Banque Ottomane a son siège statutaire à Istantboul, lieu de sa constitution. Elle a par contre son siège réel à Londres. La Cour d'appel de Paris tranche en ces termes la question du rattachement :

... Qu'ainsi et encore qu'il soit constant que tous ses organes supérieurs de direction, d'administration et de contrôle se trouvent concentrés à Londres, la Banque Ottomane est, au regard de la loi anglaise, une société de droit turc ; qu'il s'ensuit que le juge français, qui se trouve amené à admettre que la Société intimée doit être considérée par lui comme ayant son siège réel au lieu où est établie son administration centrale, en fait Londres, ne peut que constater que la loi anglaise refuse la compétence qui lui est offerte, au profit de la loi turque ; qu'appliquant le système du renvoi, consacré en la matière par la convention de La Haye, et faisant ce que ferait le juge anglais, il doit donc tenir comme d'allégeance turque cette société que le droit turc considère être soumise à son allégeance, comme ayant été constituée en Turquie et y ayant son siège statutaire ;...

Le raisonnement tenu, aboutissant à la désignation du droit turc, passe par les étapes suivantes :

1. Le critère français de rattachement est le siège réel ; celui-ci est situé en Angleterre.
2. Mais l'ordre juridique anglais « refuse » cette compétence et désigne à son tour le droit turc en vertu de la théorie de l'incorporation. (Weiterverweisung.)
3. Le droit turc accepte ce renvoi et « veut » régir la société.

²⁶⁹ Cit. note n° 39.

Tel est le cheminement qui conduit le juge français à constater, en vertu des règles de son propre droit international privé, que le droit turc est habilité à régir la société.

En droit international privé suisse, la situation se présente donc de la manière suivante :

- soit l'ordre juridique désigné par la règle de rattachement accepte sa compétence et le problème est d'emblée résolu. Tel eût été par exemple le cas si le problème du rattachement de la Banque Ottomane s'était posé en Suisse. La règle suisse de conflit eût désigné le droit turc, qui eût « accepté » sa compétence ;
- soit l'ordre juridique étranger désigné par la règle de rattachement renvoie à un ordre juridique tiers (*Weiterverweisung*). Tel serait par exemple le cas dans notre hypothèse, si le pays du siège statutaire était partisan de la théorie du siège réel. Pas plus la loi suisse que la jurisprudence ne se sont prononcées concernant l'admission du renvoi à un ordre juridique tiers (*Weiterverweisung*)²⁷⁰. Face au mouvement international de doctrines, il nous paraît cependant certain que si le problème venait à se poser en jurisprudence, le renvoi à un ordre juridique tiers serait accepté en Suisse. La « *Weiterverweisung* » tend à la désignation de l'ordre juridique qui régit « effectivement » un rapport de droit donné. A ce titre, il mérite la large approbation qu'il suscite.

C) *La fictivité du siège statutaire étranger.*

Le juge suisse peut-il entrer en matière si une partie allègue que le siège statutaire étranger est fictif ? Nous avons montré que le critère de rattachement en droit international privé suisse des sociétés, est le siège social, c'est-à-dire le siège statutaire. Nous avons cependant admis la nécessité d'un correctif qui intervient lorsque ce siège n'a été choisi que dans le dessein d'éluder la loi normalement compétente ou lorsque ce choix entraîne des conséquences qui sont intolérables du point de vue de notre ordre public. Il ne faut cependant pas perdre de vue que ces correctifs n'appartiennent pas à la règle de rattachement. Ils ne font que corriger le résultat de son application, dans des conditions spéciales.

Nous avons prévu que la notion de fraude à la loi pouvait être utilisée pour protéger aussi bien la loi nationale que la loi étrangère.

²⁷⁰ Schnitzer, *op. cit.*, n° 98, vol. I, p. 215.

Nous avons montré cependant qu'il ne peut être question de protéger la loi étrangère malgré elle. Le même raisonnement s'impose dans la présente hypothèse. La loi étrangère désignée par le critère de rattachement (le siège statutaire) doit être consultée. C'est elle seule qui doit être prise en considération pour trancher la question de l'éventuelle fictivité du siège social. Les mécanismes de défense du droit suisse n'ont plus de titre à s'appliquer. Le problème de la fictivité du siège social étranger devra être tranché selon le droit étranger.

Si le pays du siège statutaire est partisan de la théorie du siège réel, il faudra prendre en considération la désignation d'un ordre juridique tiers (*Weiterverweisung*) et considérer que le pays du siège réel est habilité à régir la société. Si ce pays tiers « accepte » sa désignation le rattachement aboutit. Il se pourrait cependant qu'il la refuse ou désigne un quatrième ordre juridique (renvoi au troisième degré !).

Si le pays du siège statutaire est partisan de la théorie de l'incorporation, il « acceptera » très certainement sa désignation. Il se peut cependant que le siège statutaire soit situé dans ce pays à la suite d'un transfert. Dans ce cas, le pays tiers serait le pays de l'incorporation qui « accepterait » certainement sa désignation.

§ 5. CONCLUSIONS GÉNÉRALES.

Est-il possible de tirer un enseignement général de ces analyses des trois situations de dissociation possible entre le siège réel et le siège statutaire ?

Nous avons examiné dans les trois hypothèses le rôle de la dissociation. Elle ne suffit jamais à elle seule à justifier une exception à la mise en œuvre de la règle ordinaire de rattachement. En revanche, la dissociation est susceptible d'avoir des effets de droit international privé, lorsqu'en plus, le siège statutaire s'avère fictif (usage de la notion de fraude à la loi).

L'ordre juridique suisse est directement concerné lorsque le siège effectif de l'administration sociale est situé en Suisse (hypothèse N° 1), de même que lorsque le seul siège statutaire y est situé (hypothèse N° 2). L'effet produit est, selon les hypothèses :

- soit le refus de reconnaissance lorsque le sujet de droit a son siège statutaire à l'étranger, ce qui entraîne l'application du droit suisse à la place du droit étranger (hypothèse N° 1) ;
- soit le refus de l'allégeance juridique suisse, lorsque le siège statutaire est en Suisse (hypothèse N° 2).

Lorsque ni le siège réel ni le siège statutaire de la société ne sont situés en Suisse, c'est le droit étranger du siège social (siège statutaire) qui est appelé à régir la société, étant entendu que celui-ci est susceptible soit d'accepter cette désignation, soit de désigner un ordre juridique tiers.

Nous avons basé notre étude sur la jurisprudence et la doctrine suisse et nous avons pu mettre en évidence le fait qu'une exception au rattachement par le siège statutaire ne se conçoit pas en droit positif, sans le recours à la notion de fraude à la loi (abstraction faite de la notion d'ordre public).

D'un point de vue critique, il faut relever que le recours à cette notion n'est pas sans inconvénients. Nous avons vu (cf. *supra* p. 103 ss.) que la définition de la fraude à la loi est difficile à poser. Nous nous sommes efforcé d'énumérer aussi clairement que possible — au risque de schématiser à l'excès —, les conditions qui doivent être remplies pour que ce mécanisme d'exception puisse être mis en œuvre. Nous avons ainsi mis en évidence le degré de complexité du système. D'autre part, la preuve doit porter sur un élément intentionnel, ce qui n'est jamais facile. Enfin, la constatation de la fraude à la loi étrangère pose des problèmes théoriques et pratiques considérables.

On peut comprendre que les auteurs des conventions internationales récentes sur le sujet aient jugé opportun de remplacer la notion de fraude à la loi par un concept plus objectif et surtout plus simple. En droit international privé suisse aussi la situation serait moins complexe, moins obscure, si l'usage de la notion de fraude à la loi était abandonné au profit d'un « succédané » plus objectif tel que les « liens effectifs » ou les « liens sérieux ».

Les conditions de la fictivité du siège social seraient alors les suivantes :

1. Dissociation entre le siège réel et le siège statutaire.
2. Absence de liens effectifs (ou sérieux) entre la société et l'ordre juridique désigné par la règle de rattachement pour la régir.

Le problème de la définition de ce que constitue ces liens devrait alors être examiné par la jurisprudence.

L'adhésion de la Suisse à une convention régissant la matière posera certainement de sérieuses difficultés, car notre pragmatisme et la subjectivité de nos concepts devront sûrement faire place à plus de rigueur.

En l'état, il nous faut constater que le recours à la notion de fraude à la loi, avec les exceptionnelles difficultés de preuves que cela implique, correspond en fait à la large tolérance de la pratique helvétique, tolérance qui est certainement fonction du libéralisme général de notre système juridique, autant que du rôle économique particulier dévolu à notre pays, havre de paix et refuge tranquille pour capitaux étrangers.

Dans son ensemble, car c'est dans son ensemble qu'il nous appartient de le juger, le système mis au point par la jurisprudence suisse mérite d'être loué. Il consiste en un compromis qui évite les désagréments des deux doctrines qui s'opposent. La théorie suisse du siège social a pour base le libre choix des parties qui, en déterminant le siège statutaire, déterminent du même coup à leur convenance le droit qui régira la société. Mais l'autonomie des parties n'est pas complète. Le siège choisi ne doit pas être fictif. L'autonomie des parties est donc limitée en principe. Cette solution a, comme la théorie de l'incorporation, l'avantage de la sécurité, puisque le point de rattachement est connu d'avance, dans la mesure où il découle directement des statuts. Comme la théorie du siège réel, cette doctrine permet de lutter contre les abus et les rattachements frauduleux. Elle comporte donc les avantages des deux théories et en a éliminé les inconvénients majeurs. L'instrument est cependant complexe et la preuve en est que les cas d'application du refus de reconnaissance sont rarissimes. Cependant, la théorie suisse du siège social gagnerait à être mieux connue. Elle serait alors, nous en sommes persuadé, plus fréquemment utilisée.

TITRE TROISIÈME

LE CHAMP D'APPLICATION DU DROIT ÉTRANGER (EFFETS DE LA RECONNAISSANCE)

CHAPITRE PREMIER

L'EXISTENCE DE LA SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE

§ 1. INTRODUCTION GÉNÉRALE.

A la fin du titre premier consacré à la notion de reconnaissance, nous avons montré qu'il y a lieu d'envisager le problème de la reconnaissance sous trois aspects :

1. *L'aspect permissif de la « reconnaissance » (sens étroit).*

On vise ici la règle de droit positif de l'Etat « reconnaissant » qui accepte ou n'accepte pas de reconnaître l'effet sur son territoire du droit étranger qui a conféré la qualité de sujet de droit à une société qu'il régit. Ce problème a été traité au titre premier.

2. *La reconnaissance vue sous l'angle des règles de conflit de lois.*

C'est la recherche et la mise en évidence d'un critère de rattachement qui permet de déterminer le droit applicable à la société. L'ensemble des problèmes qui ont trait à la détermination de cette règle fondamentale de conflit ont été traités au titre deuxième.

3. *La reconnaissance impliquant l'application du droit étranger.*

La société est reconnue. L'ordre juridique qui la régit a été désigné. Cette société est « étrangère » dans le pays reconnaissant. Le droit qui lui est applicable est susceptible d'entrer en conflit avec le droit local. Le problème du champ d'application de la loi étrangère se pose donc dans l'Etat reconnaissant. C'est ce troisième aspect de la notion de reconnaissance que nous étudierons dans le présent titre. L'aspect permissif de la règle de reconnaissance entraîne donc dans l'Etat reconnaissant une certaine application du droit étranger désigné par la règle de rattachement. *Il est en conséquence possible de parler des « effets » de la reconnaissance lorsqu'on étudie le champ d'application du droit étranger dans l'Etat reconnaissant.* Dans quelles limites

l'ordre juridique étranger qui régit la société déploie-t-il ses effets dans l'ordre juridique reconnaissant ? L'étude de cette question fait l'objet du présent titre.

On pourrait contester que ces effets se produisent, comme nous l'affirmons, « en vertu du droit étranger ». Certains auteurs admettent que le droit étranger appliqué en vertu de la règle de rattachement perd son caractère de droit étranger ²⁷¹. Schnitzer ²⁷² estime en revanche que le droit appelé par la règle de conflit ne perd pas ce caractère. Il s'agit d'une question fondamentale de la théorie générale du droit international privé, qui est très controversée. Grâce à la définition de la reconnaissance, il nous paraît possible de poursuivre notre étude sans trancher vraiment ce délicat problème. La règle de la reconnaissance entraîne, en droit international privé suisse des sociétés, la prise en considération par l'ordre juridique suisse, d'un sujet de droit régi par le droit étranger. A titre d'effet de la reconnaissance, il faut étudier l'ensemble des questions qui, dans l'ordre juridique suisse, seront considérées comme soumises aux règles de l'ordre juridique qui régit la société. La question de savoir quelle est la nature de ces règles (droit étranger, droit étranger « nationalisé » donc droit national, ou possédant un caractère de fait) est sans incidence sur leur contenu, donc sans grand intérêt pratique ²⁷³. Il nous paraît en tout état possible de continuer à parler de droit « étranger », parce que le contenu de ces règles a été voulu par un législateur étranger. La question de savoir à quel titre leur application intervient en Suisse, ne doit pas nous arrêter.

§ 2. LE « STATUT PERSONNEL » DE LA SOCIÉTÉ.

L'expression « statut personnel » est ambiguë en français. Sa définition est malaisée. Elle peut avoir, selon les auteurs, des significations fort différentes, qu'il serait opportun de distinguer soigneusement. La doctrine française utilise cette notion dans les acceptions variables suivantes :

- loi applicable en matière d'état et de capacité ;
- condition des personnes étrangères ;

²⁷¹ Cf. Batiffol, *op. cit.*, note n° 5, § 325.

²⁷² Schnitzer, *op. cit.*, note n° 98, p. 191.

²⁷³ La question est cependant susceptible d'avoir une incidence en matière procédurale pour ce qui a trait à la compétence du T.F. (cf. *infra* p. 157).

— enfin, ensemble des matières soumises à la loi qui suit la personne ²⁷⁴.

La langue allemande permet la distinction entre le « Personalstatut » et le « persönlicher Status ». L'expression allemande « Personalstatut » n'a qu'une signification, qui est précisément la seule qu'il nous paraît opportun de donner aux mots « statut personnel ». Citons Makarov :

Im deutschen juristischen Sprachgebrauch bezeichnet man als « Personalstatut » die durch Anknüpfung an eine Person für massgebend erklärte Rechtsordnung. ²⁷⁵

Nous n'avons jamais donné jusqu'ici une autre signification à ce concept lorsqu'il nous est paru nécessaire de l'utiliser. Cette définition se transpose aisément pour les besoins du droit international privé des personnes juridiques. Serick ²⁷⁶ lui donne le contenu suivant :

Das Personalstatut einer juristischen Person ist die Rechtsordnung, nach welcher die juristische Person entsteht, lebt und vergeht, und nach der alle hiermit zusammenhängenden Einzelfragen zu beurteilen sind.

En Suisse, l'usage de cette expression pour les sociétés est courant, tant en jurisprudence qu'en doctrine. Comme l'expression « nationalité », le « statut personnel » n'est cependant pas un concept indispensable. On peut, en d'autres mots plus simples, exprimer la même idée sans qu'il en résulte aucun désagrément. Ainsi défini, le statut personnel n'est autre chose que « le droit qui régit la société ». L'expression utilisée importe peu. Il peut être question de « loi personnelle », « statut personnel », « lex societatis » ou plus simplement, comme nous le proposons, de « loi qui régit la société ».

Le sens et l'importance de cette notion apparaît plus clairement si l'on met en évidence le champ d'application de la loi étrangère par opposition à celui de la loi de l'Etat reconnaissant ou loi locale. Le champ d'application de la loi étrangère dans le pays reconnaissant, c'est le statut personnel de la société. Nous allons procéder à un examen des événements les plus importants qui touchent la société

²⁷⁴ A.N. Makarov, Personalstatut und persönlicher Status in Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, Festschrift Heidelberg 1967, p. 115 ss.

²⁷⁵ Définition de Raape, citée par Makarov, *op. cit.*, note n° 274, p. 115.

²⁷⁶ R. Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen, Berlin 1955, p. 121.

étrangère reconnue, et tenter de mettre ainsi en évidence le champ d'application du droit étranger.

§ 3. LE DROIT APPLICABLE A L' « EXISTENCE » DE LA SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE.

Il peut à première vue paraître curieux que la question du droit applicable à l' « existence » de la société soit examinée ici, indépendamment et après l'étude du concept de reconnaissance lui-même. La reconnaissance est en effet l'admission de l'existence d'une société étrangère. La société reconnue « existe » par la vertu du droit qui la régit. Affirmer dès lors que la question de l'existence du sujet de droit étranger doit être examinée selon son statut personnel peut être considéré comme l'expression d'une évidence. Aussi, chaque fois que la jurisprudence examine pour elle-même la question de l'existence d'une société étrangère, elle met en œuvre la règle de la reconnaissance. Le juge qui examine la question de savoir si une société étrangère existe, pose en d'autres termes le problème de sa reconnaissance.

Si la jurisprudence examine parfois pour lui-même le problème de l'existence d'une société étrangère, c'est qu'il peut arriver que la question vienne à se poser au sujet d'une société étrangère *déjà reconnue*. Il peut être allégué qu'une société qui existait selon le droit étranger, et qui partant était reconnue en Suisse, cesse d'exister à l'étranger, à la suite d'un quelconque événement. L'existence en Suisse étant fonction de l'existence à l'étranger, la disparition du sujet étranger entraîne la cessation de la reconnaissance de son existence en Suisse. La jurisprudence qui arrive à cette conclusion ne fait que suivre la conséquence de la définition du concept de la reconnaissance. Le mécanisme utilisé ne manque cependant pas d'intérêt, d'une part parce qu'il confirme la valeur de la définition de la reconnaissance qui a été donnée et, d'autre part, parce qu'il pose un certain nombre de problèmes pratiques dont la solution mérite d'être exposée.

La question de l'existence de sociétés étrangères a souvent été examinée par le T.F. dans le cadre de litiges qui surviennent après des mesures prises par le pays d'origine de la société, et qui portent atteinte à l'individualité ou à l'autonomie de celle-ci. Ces litiges surviennent par exemple lorsque la société étrangère fait dans son pays l'objet d'une mesure de liquidation forcée ou de nationalisation. Le

principe est dégagé dans l'arrêt célèbre « Banque Internationale de Commerce de Petrograd » c/ Hausner, du 10 décembre 1927²⁷⁷. Cette banque, société de droit russe, a disparu par suite d'un décret de nationalisation. Le T.F. affirme que le législateur étranger peut supprimer le sujet de droit étranger comme précédemment il lui a donné vie. L'Etat reconnaissant ne peut que s'incliner devant cet état de choses. Cette jurisprudence reconnaît donc pleinement la compétence de l'ordre juridique qui régit la société pour tout ce qui a trait à l'existence de la société étrangère. La société étrangère reconnue (comme l'était la Banque internationale de Petrograd) cesse d'exister en Suisse lorsque l'ordre juridique qui la régit en décide ainsi. La question de l'existence est donc en droit international privé suisse exclusivement soumise au droit étranger qui régit la société, à son « statut personnel ». Cette jurisprudence a été confirmée à de nombreuses reprises²⁷⁸.

A) *La capacité procédurale des sociétés étrangères.*

Seules peuvent ester en justice des sujets de droit qui « existent ». Nous avons mis en évidence le fait que c'est le droit qui régit la société qui est déterminant lorsqu'il s'agit de savoir si une société étrangère « existe ». C'est donc ce droit qu'il faut prendre en considération pour trancher la question de la capacité procédurale des sociétés étrangères. Si, selon le statut personnel de la société étrangère, celle-ci n'existe pas ou n'existe plus, elle n'a pas ou plus la capacité d'ester en justice. La conséquence est importante en ce qui concerne la compétence du T.F. D'après l'article 43 alinéa 1 OJ, cette juridiction ne revoit que la violation du droit fédéral. Ainsi, pour la détermination du droit applicable, la compétence du T.F. est limitée. Il examine si le rapport juridique litigieux est soumis au droit suisse. Il peut également examiner si cette question a été tranchée de manière judiciaire. Par contre, l'examen du droit étranger lui-même est soustrait à son pouvoir et pour ce motif il n'a pas à examiner non plus la question de savoir si le juge cantonal a bien déterminé lequel de plusieurs droits étrangers entrant en considération doit être appli-

²⁷⁷ ATF 50 II, p. 507.

²⁷⁸ ATF 35 II, p. 451 ; ATF 51 II, p. 259 = JT 1926, p. 66 ; ATF 55 I, p. 289 ; 76 II, p. 371 ; arrêt non publié IG. Farbenindustrie A-G c/ Dr. Stanislaus Messing, du 21 août 1950.

qué²⁷⁹. La question de la capacité procédurale des sociétés étrangères est donc soustraite au pouvoir d'examen du T.F. qui s'exprime en ces termes :

Die Frage ob die Klägerin als Rechtssubjekt noch bestehe und entsprechend prozessfähig sei oder nicht, beurteilt sich nach dem an ihrem Sitz, also nach dem in Deutschland geltenden Recht, dessen Anwendung der Ueberprüfung durch das Bundesgericht entzogen ist.²⁸⁰

B) *La capacité des sociétés étrangères dans le cadre de la poursuite pour dettes et de la faillite.*

Un sujet de droit étranger ne peut poursuivre ou être poursuivi que s'il existe selon le droit qui le régit. Il ne s'agit là d'ailleurs que de l'application d'un principe plus général, en vertu duquel les poursuites ne peuvent être exercées que par ou à l'encontre de sujets qui existent²⁸¹. Est-ce à dire que les autorités de poursuite doivent trancher elles-mêmes, en vertu des règles du droit étranger, la question de l'existence d'une société étrangère avant d'exécuter un acte de poursuite quelconque, qui concerne une telle société ? Le T.F. n'a jamais tranché la question d'une manière claire. Le problème a été posé dans un arrêt du 3 juillet 1906²⁸². L'Office avait alors affirmé que « la question de savoir si une société française existait ou non était du ressort des tribunaux et non de celui de l'Office des poursuites ou de celui de l'Autorité de surveillance ». Le T.F., agissant en sa qualité d'instance de recours en matière de poursuites, examine cependant la question de l'existence du sujet de droit étranger, et déclare que la poursuite prétendument exercée au nom d'une personne juridique inexistante ou contre une telle personne, est d'une nullité absolue qui doit être relevée d'office, en tout état de cause et indépendamment de toute plainte. Il en découle, nous semble-t-il, que les autorités de poursuite ont sans conteste la possibilité d'examiner et de trancher la question de l'existence d'un sujet de droit

²⁷⁹ ATF 63 II, p. 308 ; 64 II, p. 92 ; 77 II, p. 92 ; 91 II, p. 126. La doctrine n'approuve cependant pas toujours cette jurisprudence ; cf. Frank Vischer, Eine kritische Bemerkung zur Praxis des Bundesgerichts in der Frage der Überprüfung der richtigen Anwendung der ausländischen Rechte und der Normen des schweizerischen internationalen Privatsrechts, SJZ 1955 (Band 51), p. 33 ss.

²⁸⁰ ATF 76 II, p. 371.

²⁸¹ Cf. ATF 27 I, p. 106 ; 28 I, p. 295 ; 31 I, p. 527 ; 32 I, p. 570 ; 51 III, p. 64.

²⁸² Arrêt Pfister, ATF 32 I, p. 570.

étranger, si celle-ci vient à leur être posée. Une question aussi fondamentale que l'existence du sujet requérant ou poursuivi ne peut être soustraite aux investigations et à la décision des autorités de poursuite.

C) *Poursuites dirigées contre la succursale
d'une société étrangère.*

Le T.F. s'est prononcé à diverses reprises concernant un aspect particulier de la question présentement traitée, qui est celui de l'effet de l'inexistence de la société étrangère sur les poursuites dirigées par ou intentées contre sa succursale suisse.

En vertu de l'article 40 L.P., les personnes qui étaient inscrites au Registre du Commerce et qui en ont été radiées demeurent sujettes à la poursuite par la voie de la faillite durant les six mois qui suivent la publication de leur radiation dans la Feuille fédérale du commerce. Il semble donc que la succursale suisse d'une société étrangère devrait pouvoir être poursuivie pour ses affaires tant que les conditions de l'article 40 L.P. sont remplies. C'est ce qu'avait posé le T.F. dans une espèce qui, il est vrai, concernait une société en nom collectif :

Du moment donc qu'en l'espèce, la succursale de la société poursuivie est toujours inscrite à Genève, le fait que la société aurait cessé d'exister à son siège à l'étranger n'a pas pour effet de priver la créancière de son droit d'intenter une poursuite au lieu de la succursale... ²⁸³

Cependant, dans un arrêt subséquent qui concernait les dépens de l'affaire « Banque Internationale de Commerce de Petrograd S.A. » c/ Hausner, déjà cité, le T.F. affirme :

...La Chambre des poursuites n'a jamais dit qu'une *société anonyme étrangère* supprimée peut être poursuivie en Suisse au siège de la succursale... ²⁸⁴

Il faut tirer de ces décisions la conclusion extrêmement curieuse suivante : Une poursuite peut être dirigée contre la succursale suisse d'une société en nom collectif étrangère qui a cessé d'exister. Par contre, une poursuite ne peut pas être dirigée contre la succursale

²⁸³ Arrêt Braillard du 5 mai 1923 ; SJ 1923, p. 579.

²⁸⁴ Arrêt Hausner c/ B.I. de C. de Petrograd, du 6 avril 1925, ATF 51 III, p. 64.

d'une société anonyme étrangère qui se trouve dans la même situation. Cette discrimination n'est pas justifiable. Il nous paraît préférable de voir dans l'arrêt « Hausner c/ Banque Internationale de Commerce de Petrograd » un simple renversement de jurisprudence. Dans cette décision, notre haute juridiction suit dans toute leur rigueur les conséquences du principe que nous avons exposé, à savoir qu'un sujet de droit inexistant selon son statut personnel ne peut en aucun cas ni poursuivre, ni être poursuivi, et cela même si la succursale suisse de cette entreprise est encore inscrite, ou si la radiation a eu lieu moins de six mois avant la réquisition de poursuite. Certes, la justification théorique de cette nouvelle jurisprudence est irréprochable :

... Les succursales n'étant point des sujets de droit distincts, leur personnalité dépend de l'existence juridique de l'établissement principal et prend fin avec celle-ci. (ATF 47 III, p. 75)... Hausner ne peut, dès lors, faire notifier de commandements de payer, ni à la succursale, qui n'est pas poursuivable comme telle, n'ayant jamais existé à titre de personne juridique indépendante malgré son inscription au Registre du Commerce, — ni à la Banque de Petrograd comme société anonyme étrangère ayant un établissement en Suisse, puisque cette société n'existe plus. ... La Banque Internationale de Petrograd ayant perdu la capacité d'ester en justice, elle ne peut dès lors plus être poursuivie.

Cette jurisprudence est sans doute justifiée sous l'angle théorique. Ses conséquences ne sont-elles cependant pas trop rigoureuses à l'encontre de créanciers qui ont traité avec la succursale ? Celle-ci peut être encore en possession de biens qui pourraient être utiles au désintéressement des créanciers locaux dans le cadre d'une poursuite dirigée contre la succursale. La solution qui avait été consacrée par l'arrêt du 5 mai 1923 paraît plus opportune, dans la mesure où elle autorise les poursuites tant que les conditions de l'article 40 L.P. sont remplies.

CHAPITRE II

NAISSANCE, ORGANISATION, FONCTIONNEMENT, LIQUIDATION DE LA SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE

§ 1. LA FONDATION DE LA SOCIÉTÉ.

Les différents droits contiennent des dispositions très précises concernant les modalités de la fondation et la procédure qui y conduit. Pour une société de capitaux, chaque législation nationale est susceptible d'avoir, sur de nombreux points, des dispositions tout à fait spécifiques, notamment en ce qui concerne le montant du capital social minimum, sa libération, la nature des actions, les modalités de leur émission, le nombre minimum des actionnaires, les conditions du sociétariat, les clauses nécessaires des statuts, les apports, le contenu du prospectus, les modalités formelles de la constitution, l'inscription au registre officiel et ses effets, le moment de l'acquisition de la personnalité, les effets juridiques des actes faits avant l'inscription, la responsabilité des promoteurs et fondateurs, etc. etc.

L'application du droit qui régit la société pour tout ce qui a trait à sa constitution est sans autre admise par la doctrine suisse²⁸⁵. Le T.F. a également tranché la question dans ce sens dans une espèce où il s'agissait d'une action dirigée contre deux citoyens suisses, domiciliés en Suisse, pris à partie en qualité de membres d'une société en nom collectif de droit allemand dont ils étaient tous deux membres fondateurs. Le T.F. tranche cette action fondée sur les conditions du sociétariat selon le droit allemand, statut personnel de la société, et cela bien que la société en nom collectif ait eu son assemblée constitutive en Suisse²⁸⁶.

²⁸⁵ Cf. notamment von Steiger, *op. cit.*, n° 6, p. 311 ss. ; Mamelok, *op. cit.*, n° 64, p. 274.

²⁸⁶ Arrêt Schilling-Werk und Egli c/ Konkursmasse der Eisenwerkzeug und Glashandlung Adolf Probst G.m.b.h., du 5 mars 1919, ATF 35 II, p. 141.

Une société vient à la vie juridique dans le cadre d'un système légal. « La société n'a d'existence que celle que lui donne le législateur et les sociétés étrangères ne possèdent la personnalité juridique que si elle leur a été octroyée par la loi de leur pays. »²⁸⁷ La référence à la loi par la vertu de laquelle la société existe, pour tout ce qui a trait à sa naissance, est une nécessité d'ordre logique.

§ 2. L'ORGANISATION SOCIALE.

Pour les mêmes motifs d'ordre logique, il apparaît que tout ce qui a trait à l'organisation sociale doit également être en principe soumis au droit qui régit la société. La loi qui définit les organes sociaux, leur composition, leurs missions respectives et leur pouvoir ne peut être ignorée au profit de la loi locale. Une solution contraire entraînerait une complète anarchie des structures sociales²⁸⁸. De délicats problèmes de conflits avec la loi locale sont cependant susceptibles de se poser. Notre ambition est plus de les énumérer que de les résoudre.

A) *La représentation sociale.*

Il n'est ici question que de la représentation de la société, c'est-à-dire du pouvoir des organes habilités à s'exprimer en son nom et à l'engager valablement (cf. p. ex. article 717 C.O.). Rabel, dans une étude consacrée aux problèmes de droit international privé que pose la représentation²⁸⁹, montre qu'en matière de représentation légale le droit applicable est généralement celui du statut personnel du représenté. C'est le droit des sociétés (c'est-à-dire la loi) qui définit les modalités de la représentation sociale. Rabel admet dès lors que la représentation sociale appartient à la catégorie de la représentation légale. Il prévoit, pour cette catégorie une règle de rattachement distincte de la règle qu'il admet plus généralement en matière de représentation (domicile du représentant). Il admet ici l'application du droit du statut personnel du représenté, à savoir pour les sociétés, le droit qui les régit ou leur « statut personnel ». On peut contester le bien-fondé de cette distinction. Le problème du droit applicable à la repré-

²⁸⁷ ATF 50 II, p. 507.

²⁸⁸ Cf. dans ce sens Mamelok, *op. cit.*, note n° 64, p. 275.

²⁸⁹ Cf. Rabels Z. 1929, p. 810 ss.

sensation en général est d'une grande complexité et la doctrine internationale est divisée à son sujet.^{289 bis}

En droit international privé suisse, la situation est heureusement tranchée d'une manière simple par une jurisprudence constante du T.F. En matière de représentation directe, le pouvoir de représenter est régi par le droit du domicile du représenté²⁹⁰. Le droit du domicile du représenté et le droit qui régit la société coïncident nécessairement en droit international privé suisse. On peut donc affirmer, même en l'absence d'une jurisprudence spécifique sur la question, que le droit qui régit la société, son statut personnel, est en principe applicable à la représentation sociale. Il nous paraît d'ailleurs que quelque soit la solution générale retenue pour les conflits de lois en matière de représentation, le principe de l'application du statut personnel de la société devrait être sauvegardé. Il est difficile d'admettre que les règles qui concernent le pouvoir des agents sociaux soient susceptibles de varier au gré des pays dans lesquels la société effectue des opérations. Il faut cependant avoir à l'esprit le fait que la société étrangère conclut, dans le système juridique de l'Etat reconnaissant, des actes juridiques avec des tiers. Ceux-ci sont habitués à d'autres règles. N'y a-t-il pas là, une possibilité de conflit entre le droit qui régit la société et le droit local ? Diverses hypothèses doivent être examinées.

a) S'il s'avère que le tiers a contracté avec la succursale d'une société étrangère, il n'y a aucune difficulté puisque, par le jeu de l'application analogique de l'article 71, lettre f, O.R.C. (application analogique possible en vertu de l'article 75, alinéa 3, O.R.C.), tout ce qui a trait à la représentation de la succursale d'une entreprise étrangère, fait l'objet d'une mention au Registre du Commerce.

b) S'il s'avère que le tiers a contracté avec un « représentant » qui a usurpé sa qualité et qui n'a pas de pouvoir, le rapport de représentation est inexistant et la société ne peut pas être liée. Il ne s'agit plus d'un problème de représentation sociale et les règles du droit local fixant les modalités du recours contre le faux représentant sont applicables. En droit suisse, en vertu de l'article 39 C.O., celui qui a pris la qualité de représentant peut être actionné en réparation du préjudice résultant de l'invalidité du contrat. Selon la jurisprudence du T.F., cette disposition consacre le principe général d'après lequel celui

^{289 bis} Cf. l'étude comparative de J. Kropholler, *Die Anscheinshaftung im internationalen Recht der Stellvertretung* N.J.W. 1965, p. 1641.

²⁹⁰ Cf. ATF 46 II, p. 494 ; 76 I, p. 349 ; SJ 1962, p. 481 .

qui agit sans pouvoir en qualité de représentant doit réparer le dommage qui est résulté de ce fait, et cela sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il a commis une faute²⁹¹. Ce principe vaut également lorsqu'une personne agit comme représentant d'un représenté inexistant²⁹².

c) Plus délicate est la dernière hypothèse. Le T.F. a jugé qu'un pouvoir de représentation peut également s'inférer de l'attitude du représenté. Si cette attitude a été telle que le tiers pouvait légitimement supposer l'existence du rapport de représentation allégué, c'est en vain que le représenté viendrait après coup contester l'existence du pouvoir²⁹³. Quid, si une société étrangère laisse inférer des circonstances que telle personne a la qualité requise pour agir valablement en son nom, alors qu'en fait il n'en est rien ? La règle jurisprudentielle citée, qui permet de considérer comme valide l'acte conclu par un représentant non-habilité, est évidemment propre au droit suisse et son pendant n'existe pas forcément selon le droit étranger qui régit la société. Le contrat conclu lie-t-il la société étrangère ? Il s'agit d'un conflit sur la qualification du rapport juridique qui lie les intéressés. Si le juge considère qu'il s'agit d'une question qui a trait aux pouvoirs des agents sociaux, il devra alors faire application du statut personnel de la société, sous réserve des exceptions qu'il pourra tirer des notions de fraude à la loi ou d'ordre public.^{293 bis}

B) *Droits et obligations des actionnaires ; rapports des actionnaires avec la société ; relations du siège social avec les succursales étrangères.*

Dans un arrêt du 1^{er} avril 1924²⁹⁴, le T.F. a admis l'application du statut personnel à ce type de relations juridiques : « Les rapports des actionnaires entre eux, les rapports de la société avec les actionnaires, les relations du siège avec les succursales étrangères sont régis

²⁹¹ ATF 46 II, p. 412 c. 2.

²⁹² ATF 51 II, p. 212.

²⁹³ ATF 49 II, p. 214 = SJ 1923, p. 535 ; JT 1949, p. 375 ; SJ 1954, p. 308.

^{293 bis} Pour une conception plus favorable à l'application de la loi locale, cf. T. Mayer-Maly, Vortrag anlässlich des IX Internationalen Kongresses des lateinischen Notariates (am 10 sept. 1967 in Salzburg). Cf. aussi H. Du Faux, La représentation des sociétés commerciales en droit belge et la preuve des pouvoirs de représentation en droit international privé belge, publicat. de la fédération des notaires de Belgique, Bruxelles, 1967.

²⁹⁴ Arrêt Weixler et consorts c/ Société des Transports internationaux, ATF 50 II, p. 51.

exclusivement par la loi nationale de la société... ». Cette jurisprudence a été confirmée par l'arrêt « AMMON c/ Royal Dutch Co. »²⁹⁵ dans lequel on peut lire le passage suivant, concernant les rapports entre la société et ses actionnaires :

... dieses Rechtsverhältnis untersteht grundsätzlich dem *Personalstatut* des A.G.

Il est précisé que cette solution s'impose parce qu'il sied, tant du point de vue de l'actionnaire que de celui de la société, que leurs rapports juridiques soient soumis à un seul et même droit²⁹⁶. D'autre part, celui qui acquiert des actions d'une société étrangère considère comme normal le fait d'être soumis à l'ordre juridique étranger pour les droits afférents aux titres acquis.

C) *Nature et étendue de la garantie des créanciers sociaux, responsabilité des associés pour les dettes sociales.*

Parmi les éléments les plus caractéristiques qui distinguent un type de société d'un autre, il faut assurément compter les modalités de la garantie des créanciers sociaux, problème indissociablement lié à celui de l'étendue de la responsabilité des associés. On peut même dire que dans chaque ordre juridique la société se définit essentiellement au moyen de ces éléments. Il est dès lors logique et naturel que le statut personnel de la société étrangère soit pris en considération par l'ordre juridique reconnaissant pour tout ce qui a trait à ces éléments. Une solution contraire constituerait une atteinte certaine à l'essence juridique propre de la société étrangère, atteinte qui serait incompatible avec le principe de la reconnaissance internationale des sociétés.

Citons un exemple tiré de la jurisprudence du T.F.²⁹⁷. Un propriétaire d'actions d'une banque anglaise est domicilié en Suisse. Les statuts de la banque prescrivent que les actionnaires peuvent être tenus de contribuer au paiement des engagements de la société jusqu'à concurrence de deux fois le montant de leurs actions (clause licite selon le droit anglais). La société entra en liquidation et le juge anglais

²⁹⁵ ATF 80 II, p. 53.

²⁹⁶ Dans ce sens, cf. von Steiger, *op. cit.*, note n° 6, p. 321 et Mamelok, *op. cit.*, note n° 64, p. 276.

²⁹⁷ Arrêt Favre-Perret c/ Corporation de la Banque orientale, du 19 octobre 1888 ; SJ 1889, p. 161.

décida un appel à tous les actionnaires. En exécution de cette décision, le liquidateur anglais assigna devant un tribunal suisse le propriétaire d'actions en paiement d'une contribution. Le défendeur invoqua comme moyen de défense le fait que les statuts de la banque renferment des prescriptions contraires à l'article 633 C.O. (actuellement article 680), selon lequel les actionnaires ne peuvent être tenus, même par les statuts, à des prestations excédant le montant fixé, lors de l'émission, pour l'acquisition de leurs titres. Ce moyen se révéla sans pertinence aucune, puisque c'est selon le statut personnel de la société que la responsabilité des actionnaires pour les dettes sociales se détermine. La clause statutaire permettant de prélever des contributions pour chaque action est licite selon le droit anglais, elle doit donc être prise en considération par le juge suisse. Le T.F. déclare :

Les dispositions du Code des Obligations sur l'administration et la responsabilité des sociétés anonymes n'ont trait qu'à celles de ces sociétés qui ont leur siège en Suisse.

D) *La responsabilité des organes sociaux.*

Le demandeur invoque dans une telle cause la violation d'obligations qui, nous l'avons vu, sont toutes fondées dans l'ordre juridique qui régit la société étrangère. Toute la procédure de fondation, tout ce qui concerne les pouvoirs et les devoirs des organes sociaux, sont autant d'éléments régis par la loi de la société. La sanction d'une violation de ces obligations doit logiquement intervenir selon le même droit. Le problème s'est posé dans une espèce soumise à l'Obergericht de Zürich en 1956²⁹⁸. Un commerçant zurichois fonda au Liechtenstein un trust qui ouvrit lui-même, par la suite, une succursale à Zürich. Le trust et sa succursale suisse firent tous deux de mauvaises affaires et furent successivement déclarés en faillite. Après la liquidation, un créancier de Zürich invoqua le fait que les administrateurs avaient violé leur devoir. Il intenta au for de la succursale l'action en responsabilité. La question du droit applicable à cette action vient à se poser et l'Obergericht applique à la responsabilité des administrateurs le droit qui régit la société, c'est-à-dire le droit du Liechtenstein. Il s'exprime en ces termes :

Dagen ist auf die Frage der Verantwortlichkeit der Beklagten liechtensteinisches Recht anzuwenden, weil die Beklagten als Verwal-

²⁹⁸ Arrêt du 21.9.1956 ; Bl. für ZH.R. (1956), p. 299.

tungsräte eines Gebildes des liechtensteinischen Rechtes in Anspruch genommen werden. Auch die L. Zürich (succursale) beruht auf denselben liechtensteinischen Rechtssätzen wie das Hauptunternehmen in Vaduz; nach schweizerischen Rechte hätte sie gar nicht in der Form gegründet werden können, wie es geschehen ist.

L'instance zurichoise aurait pu être tentée de voir en la violation des devoirs de gestion de la succursale suisse d'une société étrangère, un acte illicite dont la réparation doit être soumise au droit du lieu de sa commission, c'est-à-dire au droit suisse. L'Obergericht a cependant eu conscience de la nécessité de suivre le principe de la reconnaissance jusque dans ces effets et a estimé devoir résoudre ce litige en le déclarant soumis au statut personnel de la société et non au droit local.

C'est également selon le droit qui régit la société que devront s'examiner les effets de la décharge, la question de la solidarité éventuelle des co-responsables et, enfin, la prescription d'une telle action.

Ces considérations ne concernent que la détermination du droit applicable. La question du for de l'action se pose également. En droit suisse, l'article 761 C.O. définit un for alternatif et permet en tout état l'action au siège de la société. Cette règle est certes impérative et d'ordre public²⁹⁹. Elle n'est cependant utile qu'à fonder la compétence du for d'un siège social suisse, mais n'a pas la valeur d'une règle de conflit international de juridictions. Pas plus la lettre de cette disposition, que sa place dans la loi, ne permet de lui donner un tel caractère. Elle n'a donc aucune vocation à avoir un effet international et nous sommes d'avis que c'est également le statut personnel de la société qui est déterminant lorsque l'on recherche le for d'une action en responsabilité dirigée contre les organes de la société étrangère³⁰⁰. Le for de la succursale demeure évidemment réservé, comme nous l'avons constaté.

§ 3. DISSOLUTION ET LIQUIDATION.

Le T.F., dans l'arrêt Banque Internationale de commerce de Petrograd c/ Hausner, s'exprime clairement concernant ces questions³⁰¹. Le législateur du pays qui régit la société est à cet égard

²⁹⁹ Cf. JT 1941 III, p. 124.

³⁰⁰ Exégèse de l'article 761, cf. E. Steiner, « Aktiengesellschaft und Gerichtszuständigkeit, S.A.G. 12 (1939-40), p. 195 ss. »

³⁰¹ ATF 50 II, p. 507.

le maître. « Le droit qu'il concède, il peut le retirer sans qu'aucun recours soit possible contre son décret qui supprime le sujet de droit, comme précédemment il lui a donné vie. »

L'ordre juridique suisse peut refuser de reconnaître une société étrangère. Ce faisant, sa décision ne porte aucunement atteinte à l'existence du sujet de droit étranger. La portée de la non reconnaissance est limitée à l'ordre juridique qui la décide. Par contre, la décision de suppression du sujet de droit étranger prise dans le cadre de l'ordre juridique qui régit la société étend ses effets partout puisqu'aucun ordre juridique ne peut reconnaître une société inexistante selon son statut personnel. Cela signifie que l'ordre juridique qui régit la société a en ces matières une double compétence, matérielle d'une part, juridictionnelle d'autre part ³⁰².

Il découle de ces principes que c'est le statut personnel de la société qui détermine les causes de dissolution et leurs conséquences. Ainsi, l'ordre juridique qui régit la société est compétent pour déterminer si la faillite provoque l'entrée en liquidation, pour dire si la société en liquidation conserve pour un temps la personnalité, etc. ³⁰³.

Les modalités de la liquidation d'une société étrangère ne peuvent de même être dirigées que par les autorités investies par l'ordre juridique qui régit la société. Ces principes ne portent évidemment pas atteinte au droit de poursuite de l'Etat reconnaissant. Les autorités suisses de poursuite pourront toujours procéder dans la mesure où la société étrangère a une succursale en Suisse ou si un séquestre a été pratiqué. Mais ces poursuites, dirigées contre une société étrangère, ne peuvent jamais conduire à la suppression du sujet de droit étranger. D'ailleurs, l'article 52 L.P. prévoit qu'après le séquestre, la commination et la réquisition de faillite ne peuvent être notifiées qu'au for ordinaire. Ces principes sont constants ³⁰⁴ et le T.F. les avait déjà mis en évidence dans l'arrêt de « L'Union Laitière de l'Est » ³⁰⁵.

La faculté de poursuivre en Suisse le débiteur domicilié à l'étranger, s'il y possède un établissement, est réservée.

³⁰² Cf. les considérants du jugement du Tribunal de Horgen, cité *supra* p. 126.

³⁰³ Arrêt de la Cour de Paris ; Séverin c/ Robin et Trouron ès-qualités, du 23 janvier 1889 ; Journal Clunet 1889, p. 477.

³⁰⁴ Qu'il y ait en Suisse des biens sociaux ou non ; cf. SJ 1961, p. 44.

³⁰⁵ ATF 15, p. 570.

CHAPITRE III

LA CAPACITÉ CIVILE DES SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES

§ 1. INTRODUCTION.

Le T.F. a admis que la jouissance et l'exercice des droits civils sont, en ce qui concerne les personnes morales, soumis au même droit³⁰⁶. On peut donc parler simplement de droit applicable à la « capacité civile » des sociétés étrangères.

Il faut d'emblée préciser que le problème posé ne se confond pas avec celui du droit applicable à la représentation sociale. Lorsque l'on traite de la capacité civile, on admet que les organes habilités à représenter la société ont le pouvoir d'accomplir au nom et pour compte de celle-ci tous les actes juridiques qu'elle a la capacité de faire.

Les questions qui ont trait à la capacité civile de la société étrangère revêtent une importance fondamentale. C'est la validité de tout acte juridique fait par la société qui est susceptible d'être mise en question. En effet, en vertu d'une jurisprudence constante du T.F., les effets de la capacité civile ou de l'incapacité sur la validité des actes juridiques sont régis par la même loi que la capacité elle-même³⁰⁷. La détermination du droit applicable à la capacité civile des sociétés revêt donc une importance particulière pour la sécurité du droit et des transactions internationales.

L'application du droit qui régit la société à la capacité civile de celle-ci n'est pas une évidence qui s'impose à l'esprit, sans démonstration. On pourrait soutenir que la loi du lieu où l'acte juridique est fait, ou la loi qui régit cet acte, ont autant de titres pour régir la capacité civile d'une partie que la loi nationale de celle-ci. La capacité d'une partie contractante influe directement sur la validité de l'acte auquel

³⁰⁶ ATF 31 I, p. 474.

³⁰⁷ ATF 34 II, p. 741 ; 38 II, p. 4 ; JT 1935, p. 484 ; SJ 1957, p. 469.

elle souscrit. Il n'est donc pas absurde d'imaginer que la loi applicable à la capacité des parties soit non pas la loi nationale de celles-ci, mais la loi qui régit l'acte ou la loi du lieu de sa conclusion.

§ 2. LE DROIT APPLICABLE A LA CAPACITÉ CIVILE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ SUISSE.

A) *Le droit applicable à la capacité des personnes physiques.*

Il existe souvent une analogie entre la règle de conflit de lois qui concerne la capacité civile des personnes physiques et celle qui concerne la capacité des personnes morales. Aussi est-il utile de poser la règle de rattachement que retient le droit international privé suisse pour la capacité civile des personnes physiques.

La loi fédérale sur la capacité civile du 22 juin 1881³⁰⁸ prévoyait en son article 10, alinéa 2, la règle suivante :

La capacité civile des étrangers est régie par le droit du pays auquel ils appartiennent.

Il est vrai que l'article 60 du titre final du C.C.S. a abrogé complètement la loi sur la capacité civile. Cependant, à la suite de péripéties parlementaires sur lesquelles il y aura lieu de revenir plus bas, on a, en introduisant l'article 59 du titre final, complété la L.R.D.C. par un article 7 b, qui, dans son alinéa premier, correspond à l'ancien article 10, alinéa 3 de la loi sur la capacité civile. Il est cependant évident que l'article 7 b, L.R.D.C. (comme l'article 10, alinéa 3 de la loi sur la capacité civile dont il est issu) implique une règle cardinale, qui n'est autre que celle de l'article 10, alinéa 2 cité ci-dessus. Par conséquent, cette règle n'a pas été touchée par l'abrogation de la loi sur la capacité civile. Elle appartient donc actuellement au droit positif. Ce raisonnement a été admis par le T.F. et répété constamment³⁰⁹. Le T.F. a donc toujours déclaré que l'entrée en vigueur du Code Civil n'a rien changé au droit applicable à la capacité civile des étrangers, qui est, comme précédemment, régie par le droit de leur pays d'origine.

³⁰⁸ RO 1880-1881, p. 506.

³⁰⁹ Cf. les arrêts cités sous note n° 307.

B) *Le droit applicable à la capacité des personnes morales.*

La règle dégagée plus haut s'applique-t-elle également aux personnes morales ? Le T.F. a eu l'occasion, avant l'entrée en vigueur du C.C.S., donc avant l'abrogation de la loi sur la capacité civile, de dire expressément que celle-ci n'est pas applicable aux personnes juridiques³¹⁰. Il ne faudrait cependant pas en conclure que, en cas de lacune de la loi, les principes consacrés par cette règle ne puissent ou ne doivent pas être transposés analogiquement. En effet, la doctrine et la jurisprudence avaient admis, avant l'entrée en vigueur du C.C.S., que la capacité civile des personnes morales était une question soumise à leur statut personnel. Ce principe prévalait en matière de conflits de lois intercantonaux³¹¹. De même, dans l'arrêt « Kaisers Kaffee »³¹², le Conseil Fédéral, en invoquant des motifs de droit comparé, se déclarait également favorable à l'application de la règle pour les personnes morales³¹³.

L'adoption du Code Civil Suisse a-t-elle modifié la situation ? Le sort des projets de dispositions qui concernent la matière que nous traitons fut mouvementé. Il mérite une étude que nous entreprendrons plus bas (cf. infra p. 175). Nous pourrions constater que ni le Code lui-même, ni son titre final, ne contiennent de règle de conflit de lois applicable à la capacité civile des sociétés étrangères. Le T.F. a déclaré dans une jurisprudence qui concerne les personnes physiques, que « l'entrée en vigueur du Code Civil n'a rien changé à la capacité civile des étrangers, qui est, comme précédemment, régie par le droit de leur pays d'origine... »³¹⁴. Il en va certainement de même pour les personnes morales et nous pourrions affirmer, avec la doctrine suisse unanime, que la capacité civile des sociétés étrangères est régie par le droit qui régit la société³¹⁵.

Nous avons exprimé la règle générale en matière de conflits de capacité : cela ne signifie cependant pas qu'elle ne puisse souffrir

³¹⁰ Cf. ATF 31 I, p. 464 ; SJ 1889, p. 164 ; F.F. 1879 III, p. 827 ; A. Affolter, *Zur Lehre von den juristischen Personen*, dans : ZSR vol. 9, p. 9.

³¹¹ 31 I, p. 418 ; Bl.f.Z.H.R., vol. 3 (année 1904) n° 73, p. 122.

³¹² *Op. cit.*, note n° 101, p. 43.

³¹³ Cf. aussi F. Meili, *Das internationale Civil- und Handelsrecht*, Zürich 1902. Band I, p. 250.

³¹⁴ ATF 38 II, p. 4 ; 61 II, p. 12 = JT 1935, p. 489 ; arrêt du 7 février 1935, Dame de Vagnes van Brakel Bays c/ V.v.B.B.

³¹⁵ Cf. Mamelok, *op. cit.*, note n° 64, p. 285 ; Sauser-Hall, *op. cit.*, note n° 23, p. 249 ; Wieland, *op. cit.*, note n° 189, p. 254 ; Schnitzer, F.J.S. n° 969, p. 7 ; Niederer, *op. cit.*, note n° 55, p. 131.

d'exceptions. Il est fréquent, et c'est notamment le cas en droit suisse pour les personnes physiques, que des exceptions à cette règle générale soient prévues afin d'assurer la sécurité des transactions et la protection des nationaux qui font des actes juridiques avec les étrangers.

§ 3. LE CHAMP D'APPLICATION DU STATUT PERSONNEL EN MATIÈRE DE CAPACITÉ CIVILE DES SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES.

Les différents ordres juridiques traitent de manière fort variée la capacité civile des sujets de droit qu'ils régissent. Nous avons vu que ce domaine revêt une importance particulière et touche de près à la sécurité des transactions internationales. L'application du statut personnel à la capacité est-elle tolérable en toute circonstance ? La société étrangère peut-elle exciper en Suisse du fait que, selon son statut personnel, elle est incapable d'avoir conclu telle transaction, alors qu'aux termes de la loi suisse, elle se serait valablement engagée ?

A) *Les mesures de droit public, administratif ou de police.*

Les mesures de droit public, administratif ou de police, qui touchent à l'activité des sociétés, ne doivent pas être considérées comme affectant leur capacité civile. Ces mesures n'ont en principe pas de portée internationale, mais sont d'application locale, tant lorsqu'elles sont prises par l'ordre juridique qui régit la société étrangère que lorsqu'elles sont prises par l'Etat reconnaissant.

La question de savoir si telle mesure prise dans l'ordre juridique qui régit la société n'est que de stricte application locale ou grève au contraire le statut personnel de la société peut, dans certaines circonstances, être délicate à trancher.

Inversément, peut également se poser la question de savoir si telle mesure prise dans l'ordre juridique « reconnaissant » est une mesure de droit public qui s'applique à toutes les sociétés, nationales ou étrangères, ou au contraire, constitue une règle de droit civil applicable aux seules sociétés régies par le droit de l'Etat reconnaissant.

Un exemple est donné par un jugement du Tribunal civil de la Seine du 14 novembre 1936³¹⁶. Une association de droit autrichien est

³¹⁶ Journal Clunet 1938, p. 307.

légataire de biens meubles sis en France. Le tribunal français soumet judicieusement la question de l'aptitude de cette association à succéder au droit autrichien, qui la résoud par l'affirmative. Il refuse cependant la délivrance de ces biens meubles à l'association, car, en vertu de l'article 910 du Code Civil³¹⁷, les dispositions faites au profit des institutions de ce genre n'ont effet que pour autant qu'elles sont autorisées par décret du Président de la République. Le tribunal constate le défaut d'un tel décret. Dans une espèce de ce genre, une disposition légale de l'Etat reconnaissant, édictée dans l'intérêt des familles et de l'ordre public (selon les considérants de la décision), fait obstacle au jeu de la règle du statut personnel de l'association étrangère qui prévoit une pleine et entière capacité d'acquérir. Avec le commentateur du *Journal Clunet*, on peut se poser la question de savoir si, en l'espèce, l'Etat français a bien qualité pour protéger une famille autrichienne et pour prohiber la reconstitution d'une main-morte au profit d'une personne juridique autrichienne.

La décision du tribunal de la Seine paraît mal fondée car :

- soit cette disposition du Code Civil français est d'application locale et elle ne peut dès lors pas faire obstacle à la délivrance d'un legs en Autriche, à une société autrichienne ;
- soit l'article 910 C.C.F. appartient au statut personnel des institutions françaises visées et à ce titre, elle ne peut s'appliquer à une société de droit autrichien.

Il serait cependant difficile de savoir lequel de ces deux motifs est en l'espèce déterminant.

Les problèmes sont en pratique difficiles à surmonter, mais le principe s'énonce simplement :

- Les mesures de droit public, administratif ou de police, prises par le pays qui régit la société étrangère, ne grèvent pas le statut personnel de ces sociétés et n'ont, en principe, pas d'effet dans l'Etat reconnaissant.
- Les mesures de droit public, administratif ou de police, prises dans l'Etat « reconnaissant » à l'encontre des sociétés s'appliquent tant aux sociétés étrangères qu'aux sociétés nationales mais seulement dans la sphère de compétence de cet Etat.

³¹⁷ Art. 910 : « Les dispositions entre vifs ou par testament, au profit des hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique, n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par décret du président de la République. »

B) *La règle posant la compétence du statut personnel pour la capacité civile des sociétés étrangères doit-elle souffrir des exceptions ?*

Deux situations sont éventuellement susceptibles de justifier des exceptions :

1. Une société étrangère peut avoir, en vertu de son statut personnel, une capacité plus restreinte que celle qu'octroie l'ordre juridique « reconnaissant » aux sociétés locales du même type. Telle société étrangère, incapable selon son statut personnel, excipe de cette incapacité alors qu'aux termes de la loi suisse, elle eût été capable de s'engager valablement. En vertu de la règle de l'application du statut personnel à la capacité civile, l'acte accompli en Suisse est susceptible d'être invalidé. Une telle situation est-elle tolérable ? Un correctif doit-il intervenir pour cette circonstance ? Le problème est d'une grande importance pratique, car bon nombre de pays étrangers, notamment les pays anglo-saxons, connaissent encore d'importantes limitations à la capacité civile des sociétés, qui souvent ne peuvent agir valablement en dehors du cadre restreint tracé par leur but social. C'est le cas lorsque la théorie dite de « l'ultra vires » est prise en considération (cf. infra p. 184).

2. La situation inverse peut se présenter aussi. Il est possible que la société étrangère soit, selon son statut personnel, en mesure d'exercer plus de droits que les sociétés nationales du type correspondant. Cette hypothèse ne paraît cependant pas devoir être d'un bien grand intérêt en droit international privé suisse, puisque le législateur d'une part, et la jurisprudence du T.F., d'autre part, ont toujours voulu reconnaître en principe à la personne morale la pleine capacité juridique³¹⁸. Seuls les droits et obligations qui sont inséparables des conditions naturelles de l'homme, tels que le sexe, l'âge ou la parenté, ne peuvent être acquis et assumés par les personnes morales (article 53 C.C.S.). Il est donc difficile de concevoir qu'une personne morale de droit étranger ait une capacité civile plus large qu'une personne morale de droit suisse. L'hypothèse ne doit cependant pas être tout à fait exclue, car même en droit suisse, la capacité civile de ces sujets de droit comporte des limites qui sont inhérentes à leur qualité d'êtres moraux. L'acquisition d'un droit, possible selon le droit étranger,

³¹⁸ ATF 58 I, p. 378.

pourrait se révéler incompatible avec la nature juridique de la personnalité morale.

C) *La genèse de l'article 7 b (article 59, titre final C.C.S.) L.R.D.C.*

L'article 7 b de la L.R.D.C. (article 59, titre final C.C.S.) introduit une exception au principe de l'application du statut personnel à la capacité civile des étrangers, du moins en ce qui concerne l'hypothèse que nous avons décrite sous chiffre 1 ci-dessus. Sa teneur est la suivante :

Les étrangers qui ne possèdent pas l'exercice des droits civils et qui font des actes juridiques en Suisse ne peuvent y exciper de leur incapacité si, aux termes de la loi suisse, ils étaient capables à l'époque où ils se sont obligés.

Le terme « étranger » concerne-t-il aussi les sociétés étrangères ? Pour répondre à cette question, il faut se référer au projet de loi destiné à compléter le projet de Code Civil Suisse, du 3 mars 1905, qui contient le projet de titre final. Le chapitre premier est intitulé : « De l'application du droit national et du droit étranger ». Les auteurs du projet partaient de l'idée qu'il était opportun de grouper toutes les règles de droit international privé dans ce chapitre, contrairement à ce qui avait été fait par les auteurs du projet de 1900, qui avaient préféré insérer chaque règle de droit international privé dans le chapitre qu'elle concernait.

Le chapitre I du projet de 1905 contient donc une section II, intitulée : « Jouissance et exercice des droits civils. » Deux dispositions concernent l'objet présentement traité :

a) « Exercice des droits civils », soit un article 1746, dont la teneur est la suivante :

Les étrangers qui ne possèdent pas l'exercice des droits civils et contractent des engagements en Suisse ne peuvent y exciper de leur incapacité si, aux termes de la loi suisse, ils étaient capables à l'époque où ils se sont obligés.

b) « Personnalité civile des personnes morales étrangères en Suisse », soit un article 1748, dont la teneur est la suivante :

Les personnes morales qui ont leur siège à l'étranger peuvent prétendre en Suisse à la personnalité civile dans la mesure où elle leur est conférée par la loi étrangère, mais elles n'y ont droit en aucun cas au delà de ce qui est prévu par la loi suisse.

Ces deux dispositions appellent les remarques suivantes :

1. Coiffés du titre de section « Jouissance et exercice des droits civils », ces deux articles traitent, l'un des étrangers (article 1746), l'autre des personnes morales (article 1748). On conclut dès lors que les auteurs ne visent sous l'expression « étrangers », à l'article 1746, que les personnes physiques. Cela est d'autant plus évident que cette disposition est tirée (quoique dans une formulation quelque peu différente) de l'article 10, alinéa 3 de la loi sur la capacité civile. L'exposé des motifs confirme ce point en ces termes : « Pour l'exercice des droits civils par des étrangers, nous avons conservé l'exception que connaît déjà la loi fédérale sur la capacité civile. »³¹⁹ Or, nous l'avons déjà montré, la loi sur la capacité civile n'était pas applicable aux personnes morales (cf. supra p. 171). On peut donc affirmer que l'article 1746 ne devait pas être applicable aux personnes morales, ce qui est de toute importance, puisque l'actuel article 7 b est issu de cette disposition.

2. L'article 1748 est d'une rédaction fort curieuse. Le législateur n'a vraisemblablement pas saisi la portée exacte de cette disposition peu claire, et cela a sans doute contribué à son échec. On ne comprend en réalité pas immédiatement ce dont il est question. Qu'est-ce que ces personnes morales qui « peuvent prétendre à la personnalité civile... mais n'y ont droit, en aucun cas, au-delà de ce qui est prévu par la loi suisse » ? Il faut se référer au titre de la section « Jouissance et exercice des droits civils » pour saisir qu'il ne s'agit pas de la « personnalité civile » de ces sociétés, laquelle ne peut qu'exister ou être inexistante, mais bien de leur capacité civile qui, elle, peut subir des limitations³²⁰. Il faut supprimer le terme « personnalité » et le remplacer par le terme « capacité ». Ainsi « traduit », l'article 1748 veut donc tout d'abord exprimer, pour les personnes morales, la règle de l'application du statut personnel à la capacité. La règle est ici expressément posée. Mais une exception est prévue ; les personnes morales étrangères ne peuvent exercer en Suisse plus de droits que les personnes morales suisses du type correspondant. On prévoit que telle personne morale étrangère, capable d'accomplir un acte quelconque en

³¹⁹ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse, du 3 mars 1905 F.F. 1905 vol. II, p. 52.

³²⁰ Sauser-Hall, *op. cit.*, note n° 23, p. 246, dit à ce sujet : « ... Il faut relever que le projet de formule du législateur est amphibologique et qu'il ne distingue pas suffisamment entre la capacité et la personnalité. »

vertu de son statut personnel, ne pourrait cependant le faire valablement en Suisse si les sociétés suisses du type correspondant en étaient incapables. Cette exception coïncide avec la seconde hypothèse que nous avons examinée sous lettre B) ci-dessus. On a donc voulu, par cette disposition, prévoir la deuxième exception, précisément celle qui n'a pas été retenue pour les personnes physiques.

Ainsi, si les articles 1746 et 1748 avaient été adoptés, le principe de l'application du statut personnel à la capacité civile souffrirait deux exceptions, l'une ne concernerait que les personnes physiques (article 1746), qui ne pourraient pas en Suisse « exciper » de l'incapacité dans laquelle elles sont d'accomplir un acte déterminé en vertu de leur statut personnel ; l'autre ne concernerait que les personnes morales (article 1748), qui devraient être considérées comme incapables d'accomplir un acte juridique déterminé, autorisé par leur statut personnel, mais non par le droit suisse. Ce système eût été d'une grande confusion, et l'on peut se féliciter de son échec.

L'article 1746 est effectivement parvenu à chef. Du moins son contenu se retrouve dans l'actuel article 7 b. Par contre, l'article 1748 ne se trouve pas dans la loi actuelle. Nous avons montré que l'article 1746 ne devait concerner que les personnes physiques. Nous arrivons donc à la conclusion qu'aucune disposition légale n'est actuellement en vigueur, qui impose une exception au principe de l'application du statut personnel à la capacité civile des sociétés étrangères.

Les travaux parlementaires concernant l'article 1748 sont difficiles à suivre et marqués d'une certaine confusion. On peut se demander si la disparition finale du contenu de cette disposition n'est pas le fruit d'un hasard, voire d'une inadvertance. Une analyse serrée de ces péripéties nous permettra cependant de conclure que tel n'est pas le cas. Le chapitre I du projet du titre final (article 1741 à 1773) a subi de profondes modifications. Il trouva tout d'abord intégralement grâce aux yeux du Conseil National³²¹. Par contre, le Conseil des Etats³²² voulut la suppression pure et simple des articles 1741 à 1773, et la proposition fut faite de remplacer toutes ces dispositions par un article unique (article 1826 bis) qui, se référant à la L.R.D.C., était destiné à apporter à cette loi certains compléments et certaines adjonctions minimales, jugées vraiment indispensables et choisies parmi le contenu des articles 1741 et 1773 du projet. Un

³²¹ Bull. stén. CN 1906, p. 1089.

³²² Bull. stén. CE 1907, p. 126.

choix fut donc fait et certaines dispositions furent fidèlement retranscrites, d'autres, au contraire, disparurent. Ainsi, l'article 1746 fut repris et devint l'article 1826, ch. 2, alors que l'article 1748 disparut définitivement à cette phase. Le Conseil National se rangea ensuite à l'avis du Conseil des Etats³²³ et ce sont finalement les dispositions de l'article 1826 bis qui, compte tenu d'un nouveau changement de numérotation³²⁴ devinrent l'actuel article 59/7 a. à h. du titre final du C.C.S.

Ces événements doivent être interprétés avec prudence, car il serait erroné de voir dans les suppressions qui sont intervenues une marque ouverte et expresse de désapprobation dirigée contre les principes contenus dans les dispositions disparues. Il semble plutôt qu'il faut considérer que le Conseil des Etats, conscient de la complexité du sujet et certainement aussi de l'état d'imperfection des projets qui lui furent soumis, dut voir la nécessité de pallier les carences les plus urgentes. Pour le surplus, il adressa une invite formelle au Conseil Fédéral, qui fut prié de préparer et de soumettre un projet de loi « concernant l'application du droit suisse et du droit étranger », dans un délai suffisamment bref pour que ces dispositions puissent entrer en vigueur en même temps que le C.C.S.

En conclusion, on peut donc affirmer que le Conseil des Etats, vraisemblablement conscient de l'insuffisance des projets qui lui furent soumis, décida de n'admettre provisoirement que les dispositions vraiment indispensables et rejeta le surplus en espérant qu'une étude plus poussée serait accomplie, débouchant sur un véritable projet de Code de droit international privé bien élaboré, qui pourrait entrer en vigueur en même temps que le C.C.S. On sait, hélas, quel sort fut fait à cette invite !

Pour le problème qui nous occupe, il nous paraît cependant possible de conclure que le rejet de l'article 1748 n'est pas une inadvertance du législateur. Cette disposition n'a pas été considérée comme absolument nécessaire et urgente. Sa rédaction n'a, de plus, certainement pas provoqué l'enthousiasme. Il nous paraît donc possible d'affirmer maintenant que son contenu n'appartient en tout état pas à notre droit positif. Nous parvenons donc ainsi à une conclusion démontrée. Aucune disposition légale suisse n'introduit d'exception au principe de l'application du statut personnel à la capacité civile des sociétés étrangères, car

³²³ Bull. stén. CN 1907, p. 366.

³²⁴ Bull. stén. CN 1907, p. 355.

- l'article 59/7 b du titre final du C.C.S., qui contient une telle exception (*favor negotii*), n'est applicable qu'aux personnes physiques ;
- l'article 1748 du projet de 1905, qui contenait une telle exception pour les personnes morales, a été écarté par le législateur dont la décision n'est ni le fruit d'un hasard, ni d'une inadvertance.

D) Les exceptions doivent-elles être retenues par le truchement de l'interprétation analogique ?

L'étude des travaux préparatoires de la loi a montré que le terme « étrangers » utilisé à l'article 7 b ne vise que les personnes physiques. Il est donc impossible de conclure à l'application directe de cette disposition aux personnes morales. Mais doit-on alors considérer qu'il y a une lacune de la loi et admettre, en vertu de l'article premier C.C.S., l'application analogique du principe retenu, à la capacité civile des personnes morales de droit étranger ?

Il n'est certes pas douteux que l'article 1748 du projet de 1905 a été rejeté par le législateur. Ce dernier a-t-il de ce fait laissé une lacune dans son œuvre et le juge a-t-il le devoir d'y suppléer ?

Il est possible de lier ces deux questions, qui peuvent se ramener à une seule. Existe-t-il des situations qui justifient une exception au principe de l'application de la loi nationale de la société à sa capacité civile ? La loi de l'Etat reconnaissant peut-elle ou doit-elle se réserver dans le domaine de la capacité civile des sociétés étrangères un certain champ d'action ? Ce problème a été traité de manière très variée par les divers ordres juridiques nationaux. Le Code civil du Liechtenstein du 19 février 1926 a prévu expressément les deux exceptions pour les sociétés étrangères ³²⁵.

³²⁵ P.G.R., art. 235 :

« Die Rechts- und Handlungsfähigkeit, einschliesslich der Deliktsfähigkeit, richtet sich bei Verbandspersonen jeder Art nach dem Rechte ihres Hauptsitzes (Sitzes).

...

« Sie kann jedoch im Inlande nicht im weiteren Umfange Rechte erwerben und den Anspruch auf Rechtsschutz geltend machen, als dies den inländischen Verbandspersonen möglich ist, und sie ist mindestens im gleichen Umfange deliktsfähig wie jene.

...

« Ist ein Verbandsperson nach dem Rechte des Sitzes nicht rechts-handlungs- oder deliktsfähig, wohl aber nach dem inländischen Rechte, so gilt letzteres für ihren inländischen Tätigkeitsbereich. »

Le titre préliminaire du Code civil allemand (E.G.B.G.B.) contient une disposition qui correspond à notre article 7 b. Il s'agit de l'article 7, alinéa 3 ³²⁶. Cette disposition n'emploie également que le terme de « Ausländer », sans préciser s'il concerne aussi les personnes morales. La doctrine allemande est très divisée à ce sujet. Martin Wolf ³²⁷ était nettement partisan de l'application analogique de l'article 7, alinéa 3 E.G.B.G.B. aux sociétés étrangères. Cet auteur utilise la formule suivante :

Die fremde juristische Person kann höchstens soviel Rechte haben, wie sie nach dem Recht ihres Sitzes hat, und höchstens soviel wie eine deutsche juristische Person dieser Art in Deutschland hat.

En France, cette opinion est partagée par Léon Michoud ³²⁸, qui affirme que les restrictions de capacité qui s'appliquent dans un pays à toutes les personnes morales ou à certaines catégories d'entre elles, touchent les personnes morales étrangères comme les personnes morales nationales. « Ce principe » dit Michoud, « qui est généralement accepté, est basé sur cette idée que les personnes morales étrangères ne doivent pas jouir d'un traitement plus favorable que les personnes morales françaises ».

Un nombre important d'Etats des Etats-Unis possèdent dans leur codification de droit civil des dispositions qui expriment, sous une forme ou sous une autre, ces exceptions ³²⁹.

D'une manière générale, la doctrine est très divisée. Rabel n'est pas favorable à ces exceptions et pose, à juste titre, la question de savoir si leur admission n'affecte finalement pas le principe même de la reconnaissance des personnes morales de droit étranger.

Le droit interne, affirme-t-il ³³⁰ ne doit être autorisé à porter atteinte à la nature originale d'une société étrangère que pour des

³²⁶ Art. 7 al. 3 E.G.B.G.B. :

« Nimmt ein Ausländer im Inland ein Rechtsgeschäft vor, für das er geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, so gibt er für dieses Rechtsgeschäft insoweit als geschäftsfähig, als er nach den deutschen Gesetzen geschäftsfähig sein würde... »

³²⁷ M. Wolf, *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, Berlin 1954, p. 118, avec un renvoi à la doctrine allemande sur la question.

³²⁸ Cf. L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, Paris 1932, p. 367 ; pour l'Angleterre, cf. Young, *op. cit.*, note n° 105, p. 178.

³²⁹ Rabel, *op. cit.*, note n° 31, vol. II, p. 151. Pour le droit comparé sur cette question, cf. dès p. 149.

³³⁰ Rabel, *op. cit.*, note n° 31, p. 156.

motifs vitaux qui ont trait à l'ordre public. Nous sommes également d'avis que la capacité civile d'une société est l'un de ses éléments les plus caractéristiques. Admettre, ne serait-ce qu'à titre d'exception, l'application de la loi locale à la capacité civile d'une société étrangère, c'est porter une atteinte à un effet essentiel de la règle de la reconnaissance. Certes, l'exception ne conduit pas, comme en matière de rattachement, (titre II), au refus de la reconnaissance. Mais la société reconnue aura, au moins pour partie, sa capacité civile régie par le droit de l'Etat reconnaissant et non pas par le droit de son statut personnel. Il s'agit bien d'un refus partiel de prise en considération du droit étranger donc, en fait, d'un refus partiel de la reconnaissance. Le danger justifie-t-il des mesures aussi draconiennes ? La question mérite d'être examinée de près en droit international privé suisse.

L'ouvrage fondamental de Mamelok³³¹ se contredit lui-même en exposant dans deux chapitres différents deux théories, l'une favorable aux exceptions, l'autre défavorable. Les auteurs ont dès lors pu puiser dans cet ouvrage les citations qui étayaient leurs doctrines divergentes. En premier lieu, à la page 90 de son ouvrage, Mamelok affirme que les personnes morales étrangères ne peuvent se prévaloir d'une capacité civile restreinte selon leur statut personnel, si la restriction n'existe pas selon la « *lex loci actus* », car, affirme-t-il, il n'y a aucune raison de traiter différemment les individus et les personnes morales. Mamelok tente, de plus, une discrimination entre les limitations de capacité qui sont instituées pour la protection de la personne morale elle-même, et celles qui sont destinées à protéger le public. Mais en vertu de quel critère une telle discrimination interviendrait-elle ? Ces limitations appartiennent toutes au droit civil. Une telle distinction serait la source de difficultés pratiques et de complications sans fin. Revenant sur le sujet à la page 285, Mamelok semble alors renoncer à la doctrine préalablement exposée, au bénéfice d'une conception beaucoup moins restrictive, et admet sans autre qu'une société étrangère puisse, en vertu de son statut personnel, se prévaloir d'une capacité civile plus large que celle que possèdent les sociétés nationales du même type.

Sauser-Hall³³² est d'avis que si l'article 1748 du projet de 1905 « signifie que l'être juridique étranger ne peut exercer en Suisse plus

³³¹ Mamelok, *op. cit.*, note n° 64.

³³² Sauser-Hall, *op. cit.*, note n° 23, p. 249.

de droits que la personne morale suisse, on peut l'admettre incontinent ». De même, Sauser-Hall semble accepter implicitement l'application de l'article 7 b aux personnes morales étrangères. Cet auteur est donc favorable aux exceptions. Wieland partage cette conception et s'exprime en ces termes :

Insbesondere findet der für natürliche Personen aufgestellte Satz auch auf juristische Personen entsprechend Anwendung, wonach für den rechtsgeschäftlichen Verkehr nach ihrem heimatlichen Rechte Handlungsunfähige Ausländer als Handlungsfähig gelten, sofern sie es nach inländischen Rechte wären.³³³

Il paraît cependant que ces conceptions sont toujours plus combattues et ne rencontrent pas la faveur des auteurs modernes. Von Steiger se prononce résolument contre l'application analogique de l'article 7 b aux personnes morales³³⁴. Il affirme que cette disposition n'est manifestement conçue que pour régir la capacité civile des personnes physiques qui, au demeurant, posent des problèmes fort différents de ceux qui ont trait à celle des personnes morales. Beck³³⁵ exprime lui aussi une doctrine contraire aux exceptions. Il rejette l'application analogique de l'article 7 b aux personnes morales et s'oppose également à ce que le droit étranger qui régit la société soit écarté lorsqu'il prévoit une capacité civile plus étendue que le droit national. Les auteurs suisses récents concluent également dans ce sens³³⁶.

Nous avons montré que, admettre une exception au principe de l'application du statut personnel à la capacité civile d'une société étrangère, c'est en fait porter une atteinte limitée, mais une atteinte tout de même, à la règle générale de la reconnaissance. Nous n'avons jusqu'ici pu admettre une telle atteinte que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, en présence d'une fraude à la loi ou d'une atteinte à l'ordre public. En l'état actuel du droit comparé, il ne nous est pas possible d'imaginer un exemple dans lequel la capacité civile d'une société étrangère aurait un contenu tel, que l'exercice de celle-ci en Suisse serait de nature à causer un trouble suffisamment grave

³³³ Wieland, *op. cit.*, note n° 189, p. 254.

³³⁴ Von Steiger, *op. cit.*, note n° 5, p. 253.

³³⁵ Beck, Kommentar zum Schw. Z.G.B. Schlusstitel V, tome 2°, Berne 1932, p. 138 ss.

³³⁶ Niederer, *op. cit.*, note n° 55, p. 131 ; Schnitzer FJS. n° 969, p. 7 et Handbuch des IPR, 4° éd., Bâle 1957, p. 282 et 327.

pour justifier une entorse, même limitée, au principe de la reconnaissance.

Il nous paraît de plus que, dans leur principe même, ces exceptions sont illogiques. Nous avons montré que le droit positif suisse connaît le principe de l'application du statut personnel à la capacité civile des sujets de droit étranger, personnes physiques ou personnes morales. Ce principe étant acquis, c'est aller directement à son encontre que d'affirmer qu'en aucun cas cette capacité ne saurait être ni plus, ni moins étendue que celle des sociétés nationales du même type. Si l'on admet que la capacité civile d'une société est soumise au droit étranger qui la régit, on enlève tout effet pratique à la règle retenue si l'on pose ensuite que cette capacité ne saurait être différente de celle des sujets de droit régis par l'Etat reconnaissant.

Nous avons montré qu'aucune disposition légale de droit suisse n'impose une telle conception. La jurisprudence n'a, à notre connaissance, jamais tranché la question. On peut en déduire qu'elle n'a jamais ressenti le besoin d'admettre des exceptions à l'application du statut personnel à la capacité civile des sociétés étrangères. On ne peut justifier le recours à ces exceptions par des motifs de sécurité suffisamment sérieux. Le domaine de la capacité civile est essentiel pour la sécurité des affaires mais, à notre avis, cette sécurité est mieux sauvegardée par l'admission des effets de la règle générale de la reconnaissance que par l'intervention d'exceptions qui entraînent une altération importante de la nature juridique du sujet de droit reconnu. Il ne faut d'ailleurs pas exclure a priori la possibilité de l'intervention de la notion d'ordre public qui serait susceptible d'apporter le correctif nécessaire si l'application du droit étranger conduisait en pratique à une solution inadmissible en Suisse.

Il nous paraît donc que la société étrangère possède la capacité civile qui lui est conférée par son statut personnel. Celle-ci peut être différente, soit plus ou moins étendue, que celle qui est conférée par le législateur aux sociétés suisses. Le juge suisse ne doit prendre en considération que la capacité conférée par le droit étranger qui régit la société. Si le résultat obtenu est incompatible avec les principes fondamentaux de notre ordre juridique, la notion d'ordre public peut alors intervenir. Mais il est exclu d'affirmer a priori et in abstracto qu'en aucun cas une société étrangère ne peut avoir une capacité civile plus ou moins étendue que les sociétés suisses.

§ 4. LA CAPACITÉ CIVILE DES SOCIÉTÉS RÉGIES PAR LE DROIT DES PAYS QUI CONNAISSENT LA DOCTRINE DITE LE L' « ULTRA VIRES ».

On sait que les pays anglo-saxons ont parfois adopté, en matière de capacité civile des personnes morales, une conception fondamentalement différente de celle qui prévaut en Europe. Ces pays ont, à certains stades de l'évolution de leur droit, considéré qu'il n'était pas opportun de conférer aux sociétés une pleine et entière capacité civile, mais qu'il fallait au contraire prévoir une énumération limitative et exhaustive des opérations et actes juridiques que la société est capable de faire. Tout acte accompli en dehors du cadre tracé, « ultra vires », c'est-à-dire qui sort du nombre des actes autorisés, est, selon le cas ou selon les conceptions adoptées, soit radicalement inexistant, soit annulable. La définition suivante de cette doctrine est tirée d'un arrêt de la Cour suprême de l'Etat de New-York³³⁷ :

A contract of a corporation which is ultra vires in the proper sense, that is to say, outside the object of its creation as defined in the law of its organization, and therefore beyond the powers conferred upon it by the legislature, is not voidable only, but wholly void, and of no legal effect.

Cette doctrine est actuellement battue en brèche³³⁸. En 1923 déjà, Carpenter dénonçait ses effets et posait la question de savoir s'il ne serait pas opportun de l'abandonner totalement.

Certes, cette doctrine perd du terrain dans le monde anglo-saxon, mais ses effets n'ont pas disparu. Un problème de droit international privé se pose en conséquence à un pays qui, comme la Suisse, est partisan de l'octroi d'une capacité civile générale aux personnes morales.

Au vu des conclusions déjà dégagées, la solution du droit international privé suisse est particulièrement simple. Nous nous trouvons dans la situation déjà décrite d'avoir à reconnaître une société étrangère, dont la capacité civile est moins étendue que celle des personnes morales nationales du type correspondant. Le problème posé par les actes juridiques accomplis par les sociétés ressortissantes de pays qui connaissent la doctrine de l'« ultra vires » trouve aisément

³³⁷ Arrêt cité par C.E. Carpenter, Should the doctrine of ultra vires be discarded ?, dans : Yale Law Journal vol. XXXIII (1923-1924), p. 49 ss.

³³⁸ Cf. R.S. Stevens, Handbook on the law of private Corporations, 2^e éd., St-Paul, Minn. 1949, p. 292 ss.

sa solution en vertu des principes que nous avons exposés. Nous avons vu que l'article 7 b (article 59 du titre final du C.C.S.) n'est pas applicable aux personnes morales. En conséquence, les sociétés étrangères qui ne possèdent pas l'exercice complet des droits civils et qui font des actes juridiques en Suisse peuvent y « exciper » de leur incapacité, si celle-ci découle de leur statut personnel. Peu importe qu'aux termes de la loi suisse elles aient été capables ou non à l'époque où elles se sont engagées. L'ordre public suisse demeure réservé.

Il est bien évident que tous les auteurs favorables aux exceptions à l'application du statut personnel se prononcent pour la validité en Suisse d'un acte accompli « ultra-vires »³³⁹. Par contre, les auteurs hostiles à ces exceptions concluent à l'invalidité d'un tel acte, si celle-ci est voulue par le statut personnel de la société³⁴⁰.

Nous avons vu le sort qu'il convient de faire à ces exceptions et nous concluons sans hésitation au respect international de la nature juridique de la capacité des sociétés étrangères reconnues. Tout acte « ultra-vires » conclu en Suisse doit être frappé de la sanction voulue par le statut personnel de la société. Un tribunal belge a rendu une décision concernant une société de droit anglais qui avait conclu un contrat « ultra vires » en Belgique. Le raisonnement du tribunal peut se décomposer comme suit³⁴¹ :

- a) La capacité civile est soumise à la loi qui régit la société, soit, en l'espèce, à la loi anglaise.
- b) Il résulte du « Companies Act » de 1862 que ce genre de sociétés ne peuvent conclure aucun contrat en dehors du type d'affaires énoncées par leurs memorandums.
- c) Si la société conclut cependant un tel acte à l'étranger, celui-ci ne peut être validé par une décision ou un acte quelconque des directeurs ou des actionnaires.
- d) En conséquence, le contrat conclu est dépourvu de toute existence légale et ne peut donner lieu à d'autres effets juridiques qu'à obliger chaque partie à restituer ce dont elle s'est enrichie sans cause au profit de l'autre.

³³⁹ Cf. Wieland, *op. cit.*, note n° 189, p. 225. Pour l'Allemagne, cf. M. Wolf, *op. cit.*, note n° 327, p. 118 et *Private international law*, 2^e éd., Oxford 1950, p. 304.

³⁴⁰ Rabel, *op. cit.*, note n° 114, p. 157 et von Steiger, *op. cit.*, note n° 5, p. 315.

³⁴¹ Jugement du Tribunal civil de Bruxelles du 6 décembre 1893. *Journal Clunet* 1894, p. 916.

§ 5. LE DROIT APPLICABLE A LA CAPACITÉ CIVILE
DANS LES DIVERSES CONVENTIONS.

Au terme de ce chapitre, il nous est possible d'affirmer que l'ordre juridique suisse suit sans exception, en ce qui concerne la capacité civile, le principe de la reconnaissance jusque dans ses effets. Cette constatation n'est pas sans importance, car le problème du droit applicable à la capacité civile des sociétés étrangères joue un rôle spécial. Les conventions sur la reconnaissance des sociétés étrangères mentionnent la question du droit applicable à la capacité civile, alors que l'énumération des autres effets est le plus souvent omise. Ainsi, l'article 5 de la Convention de La Haye du 1^{er} juin 1956, dispose que : « La reconnaissance de la personnalité juridique implique la capacité qui lui est attachée par la loi, en vertu de laquelle elle a été acquise. »

L'alinéa 2 prévoit cependant une exception en ces termes : « Toutefois, les droits que la loi de l'Etat de reconnaissance n'accorde pas aux sociétés, aux associations et aux fondations du type correspondant, pourront être refusés. »

La Convention de La Haye exprime donc cette restriction. Nous avons montré que l'ordre juridique suisse admet sans exception le principe de l'application de la loi qui régit la société à la capacité civile. Si la Suisse adhérerait à la Convention, l'exception prévue à l'alinéa 2 lui laisserait une faculté qu'elle n'aurait, en vertu de ses propres règles, pas à exercer.

L'article 6 de la Convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales de la C.C.E. prévoit également que les personnes morales reconnues en vertu de la Convention ont la capacité qui leur est accordée par la loi, en conformité de laquelle elles ont été constituées. L'article 7 prévoit cependant également une exception : « L'Etat dans lequel la reconnaissance est invoquée peut refuser à ces sociétés ou personnes morales les droits et facultés déterminés qu'il n'accorde pas aux sociétés ou personnes morales de type correspondant, régies par sa propre loi. » Cette restriction est toutefois d'une portée extrêmement limitée, car, en vertu de l'article 7 in fine, l'« exercice de cette faculté ne peut avoir pour effet de retirer à ces sociétés ou personnes morales leur capacité d'être titulaires de droits et d'obligations, de passer des contrats ou d'accomplir d'autres actes juridiques, et d'ester en justice ».

Il semble donc que les conventions les plus récentes n'osent pas envisager la suppression totale des exceptions au principe de l'application du statut personnel à la capacité des sociétés étrangères.

Il nous paraît que le caractère véritablement dangereux que pourrait receler l'usage illimité de la règle de base reste totalement à démontrer. L'utilité de ces exceptions paraît d'autant moins évidente que ces conventions réservent toujours l'ordre public de l'Etat reconnaissant (article 8 de la Convention de La Haye et articles 9 et ss. de la Convention C.E.E.).

CHAPITRE IV

CONCLUSION

Nous ne prétendons pas avoir, dans le présent titre, traité de manière exhaustive tous les problèmes qui sont liés à la détermination du champ d'application du statut personnel de la société reconnue. Lorsque l'on parle de « droit applicable à la société étrangère », on ne vise pas un nombre déterminé de points soumis à ce droit, on a au contraire à l'esprit l'idée d'une application générale des règles juridiques d'un Etat déterminé. Nous avons traité les problèmes essentiels, par exemple ceux de l'existence, de la naissance, du fonctionnement, de la dissolution ou de la capacité civile de ces sociétés. *Il faut garder à l'esprit la vocation générale du statut personnel de la société à régir tout ce qui concerne ses rapports de droit civil.*

En admettant qu'une société régie par un ordre juridique étranger est reconnue, l'ordre juridique « reconnaissant » accepte aussi, — et c'est ce que nous voulions mettre en évidence, — l'application du droit étranger désigné par la règle de rattachement pour tous les aspects fondamentaux de la vie de la société.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Au terme de notre étude, il est nécessaire de dresser un état résumé des points que nous avons été amené à considérer comme acquis. Reprenons les conclusions des trois titres.

I. Nous avons tout d'abord admis l'utilité de la notion de reconnaissance à titre de concept autonome. Faire abstraction de la règle de la reconnaissance, c'est faire abstraction de l'existence des divers ordres juridiques qui existent et cohabitent côte à côte.

Nous avons également constaté que chaque ordre juridique contient dans son droit positif une règle dont la source peut être légale, jurisprudentielle ou coutumière, qui statue sur le sort des sociétés qui sont régies par le droit étranger. Ces règles sont diverses (reconnaissance générale, refus total de la reconnaissance, etc.).

Nous avons également cherché à mettre en évidence la règle qui prévaut dans l'ordre juridique suisse. Il nous a été donné de constater que cette règle dont la source est jurisprudentielle, emporte la reconnaissance générale des sociétés régies par le droit étranger.

Enfin le domaine de la reconnaissance est en Suisse le plus large qu'il se puisse concevoir. Il s'étend à tout type de sociétés étrangères, connu ou inconnu de notre droit.

II. En ce qui concerne le rattachement, nous avons tout d'abord cherché à déterminer quelles sont les tendances générales de la doctrine moderne. Les constatations principales sont certainement celles qui ont trait aux nombreux efforts faits en vue de lancer un pont entre les deux doctrines qui s'affrontent, celle de l'incorporation et celle du siège réel. Nous avons relevé qu'en vertu des projets de convention les plus récents sur la question il faut, pour que le rattachement n'aboutisse pas et que partant, les exceptions soient admises, que la société n'ait avec le pays désigné par la règle de rattachement aucun « lien effectif » ou « lien sérieux ».

Ces exigences dérivent de la notion de fraude à la loi tout en cherchant à la suppléer.

En ce qui concerne la règle de rattachement du droit international privé suisse des sociétés, nous avons admis qu'il faut la rechercher tout d'abord pour le cas normal qui est celui de la coïncidence entre le siège réel et le siège statutaire. Il ne faut pas définir une règle de rattachement en fonction du cas anormal et pathologique. La règle doit être fonction de l'hypothèse ordinaire. Il est faux de vouloir poser une règle générale en fonction de l'exception.

Nous avons démontré que le siège social est le critère de rattachement retenu par le droit international privé suisse. Il faut entendre par là, — et cette définition est l'apport principal de la jurisprudence —, l'indication statutaire du siège de la société qui est présumée véridique. Cette présomption n'est pas irréfragable, elle ne peut cependant être détruite que par des preuves tout à fait décisives, sur lesquelles nous avons porté notre attention en analysant séparément les trois hypothèses logiques de dissociation entre le siège réel et le siège statutaire.

A. Siège statutaire à l'étranger, siège réel en Suisse :

Pour cette hypothèse, il a été possible de mettre en évidence que le simple fait de la dissociation n'est pas en soi suffisant pour entraîner un refus de reconnaissance. L'ordre juridique suisse ne peut ignorer l'existence d'une société étrangère que si le siège de celle-ci est fictivement localisé à l'étranger. Un siège est fictif lorsque les deux conditions suivantes sont réalisées :

- dissociation de fait entre le siège réel et le siège statutaire,
- fraude à la loi au sens du droit international privé suisse, ce qui implique la création intentionnelle d'un artifice à l'étranger, en l'espèce un siège statutaire, plus la présence en Suisse de la circonstance de rattachement originale, soit du centre effectif de l'administration sociale.

B. Siège statutaire en Suisse, siège réel à l'étranger :

Nous avons admis que dans cette hypothèse, les conditions du refus de l'allégeance juridique suisse se trouvent être les suivantes :

- dissociation entre le siège réel et le siège statutaire,
- fraude à la loi (étrangère), ce qui implique que :
 - le siège statutaire suisse est un artifice réalisé dans l'intention d'éluder la loi normalement compétente, et que

- la société a le siège effectif de son administration sociale dans un pays partisan de la théorie du siège réel.

C. *Ni le siège réel ni le siège statutaire ne se trouvent en Suisse :*

Dans cette hypothèse il convient de mettre en œuvre la règle de rattachement du droit international privé suisse des sociétés, c'est-à-dire le critère du siège social. Nous avons vu que la jurisprudence définit ce siège comme étant, jusqu'à preuve du contraire, le siège statutaire. Il faut donc consulter l'ordre juridique désigné par cette règle de rattachement. Si ce droit « accepte » sa compétence, le problème est résolu. Si par contre l'ordre juridique étranger désigné par la règle de rattachement renvoie à un ordre juridique tiers, il y a lieu d'accepter ce mécanisme désormais classique en droit international privé.

III. Nous avons, tout au cours du titre troisième, traité du champ d'application du droit étranger désigné par la règle de rattachement et montré les possibilités de conflit entre le statut personnel de la société et le droit local. Nous avons mis en évidence la vocation générale du statut personnel de la société à régir tout ce qui concerne ses rapports de droit civil et traité notamment du droit applicable à la capacité en refusant les exceptions et les entorses au principe de l'application du statut personnel.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	IX
------------------------	----

Titre premier :

LA RECONNAISSANCE DES SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES.

Chapitre I : <i>Justification théorique et définition du concept de reconnaissance</i>	3
§ 1. Fondement théorique	3
A) La reconnaissance en général	4
B) La reconnaissance des sociétés étrangères est-elle fonction de la théorie de la personnalité morale ?	4
C) La reconnaissance des sociétés étrangères est-elle fonction de la théorie des droits acquis ?	6
D) Les différents types de normes dont découle la reconnaissance internationale des sociétés	8
§ 2. Contenu et définition de la notion de reconnaissance	9
§ 3. Liaison logique entre le concept de reconnaissance et la règle de rattachement	10
§ 4. Liaison entre les concepts de reconnaissance et d'existence	12
Chapitre II : <i>Relations de la notion de reconnaissance avec les diverses disciplines juridiques</i>	13
§ 1. La démarche conduisant à la reconnaissance d'une société étrangère	13
§ 2. La reconnaissance, le droit à l'établissement et l'exercice de l'activité sociale	14
§ 3. La « nationalité » des sociétés	14
Chapitre III : <i>Le reconnaissance en droit comparé</i>	17
§ 1. Les diverses solutions nationales	17
A) La solution des pays anglo-saxons	17

B) En France	17
C) En République fédérale d'Allemagne	19
D) En Belgique et au Luxembourg	19
E) En Italie	21
F) Aux Pays-Bas	21
G) Les solutions restrictives	21
§ 2. Les traités internationaux multilatéraux garantissant la reconnaissance internationale des sociétés	22
A) Le Codice Bustamante	22
B) Le Traité de Montevideo concernant le droit commercial international	23
Chapitre IV : <i>La reconnaissance des sociétés étrangères en Suisse</i>	24
§ 1. Existence et contenu d'une règle de reconnaissance en droit suisse	24
A) La reconnaissance des sociétés à la lueur d'un conflit de droit intercantonal privé	25
B) La reconnaissance des sociétés étrangères	27
C) Les traités conclus par la Suisse, qui impliquent la reconnaissance des sociétés régies par le droit des Etats contractants	29
Chapitre V : <i>Le domaine de la reconnaissance</i>	34
§ 1. Liaison entre le principe de la reconnaissance et son domaine	34
§ 2. La reconnaissance des sociétés étrangères possédant la personnalité morale, mais dont le type suisse correspondant est dépourvu de cette qualité (et hypothèse inverse)	35
§ 3. La reconnaissance des sociétés étrangères d'un type inconnu du droit suisse	36
§ 4. Le domaine de la reconnaissance en droit suisse	40

Titre deuxième :

LE RATTACHEMENT DES SOCIÉTÉS.

Chapitre I : <i>La règle de rattachement en droit comparé</i>	45
§ 1. Les termes du choix	45
A) Le critère dit « du lieu (ou centre) d'exploitation »	46

TABLE DES MATIÈRES

195

B) Le « contrôle »	47
C) Le « siège social »	48
D) Le critère dit de l'« incorporation »	51
§ 2. L'enjeu du conflit de doctrines concernant le rattachement des sociétés	53
§ 3. Les solutions proposées par les organismes internationaux et les sociétés savantes	56
A) Convention concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères du 1 ^{er} juin 1956, élaboré par la 7 ^e session de la Conférence de La Haye de Droit international privé	57
B) « Draft convention on conflicts of law relating to companies » (1960), émis par the International Law Association	59
C) Résolution de l'Institut de Droit International du 10 septembre 1965, concernant « les sociétés anonymes en droit international privé »	62
D) Convention de la CEE sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales, du 29 février 1968	64
E) Conclusion : les tendances générales de la doctrine moderne	67
Chapitre II : <i>La règle de rattachement des sociétés en droit international privé suisse</i>	69
§ 1. La loi	69
A) La lacune de la L.R.D.C. et le système de la loi	69
B) L'article 56 du Code Civil Suisse	71
C) L'article 14 des dispositions finales et transitoires du Code des Obligations	72
D) Les articles 935 du Code des Obligations et 75 de l'Ordonnance sur le Registre du Commerce	75
E) L'article 711 C.O.	76
F) Les traités internationaux	78
G) Conclusion	80
§ 2. La jurisprudence	80
A) La définition du siège social à la lueur de l'arrêt « Société laitière de l'Est, en faillite, c/ GENOUD & PEYRAUD et consorts », du 22 juillet 1889	80

B) L'arrêt Banque Internationale de Commerce de Petrograd c/ HAUSER, du 10 décembre 1927, implique-t-il un renversement de la jurisprudence antérieure du T.F.	82
C) L'arrêt ANNE S.A. du 9 mai 1950 ; de la définition du siège social en cas de dissociation entre le siège statutaire et le siège réel	83
D) L'arrêt AMMON c/ ROYAL DUTCH Co. du 2 février 1954 ; le T.F. prend acte de la divergence doctrinale concernant le rattachement des sociétés	84
E) Conclusion	85
§ 3. La doctrine	85
A) Introduction	85
B) La doctrine de MAMELOK	86
C) La doctrine de A. MARTIN-ACHARD	87
D) La doctrine de M. SAUSER-HALL	87
E) Les thèses	88
F) La rupture de l'unité de doctrines : W. von STEIGER . .	89
G) La doctrine de l'incorporation appartient-elle au droit positif suisse ? L'essai de W. NIEDERER	91
Chapitre III : <i>Le critère de rattachement en cas de dissociation du siège réel et du siège statutaire, en droit international privé suisse</i>	95
§ 1. L'ordre juridique suisse tolère-t-il les conséquences de la théorie du siège réel ?	95
A) Les enseignements qu'il faut tirer de la jurisprudence en matière de « Strohmann-Gesellschaft »	96
B) Sur quelle doctrine débouche l'exclusion des conséquences de la théorie du siège réel	99
§ 2. La première hypothèse de dissociation : siège statutaire à l'étranger, siège réel en Suisse	101
A) Le cas-type : L'arrêt « Compania de Navigacion ANNE S.A. »	101
B) Les conditions de la fictivité du siège social	102
C) L'effet de la fictivité du siège social	106
D) Le sort de l'entité juridique non-reconnue	109
E) Aspects procéduraux du refus de la reconnaissance . .	113
F) Un cas particulier de refus de reconnaissance ; les sociétés créées à l'étranger en vue d'atteindre un but prohibé par la loi suisse	123
G) Conclusions	130

§ 3. La deuxième hypothèse de dissociation : siège statutaire en Suisse ; siège réel à l'étranger	131
A) La jurisprudence	132
B) La doctrine	135
C) Les conditions de refus de l'allégeance juridique suisse	140
D) Les modalités de la procédure	142
§ 4. La troisième hypothèse : le siège statutaire et le siège réel sont situés hors de Suisse dans des pays étrangers différents	145
A) La mise en œuvre de la règle de rattachement	145
B) L'utilisation du « renvoi »	146
C) La fictivité du siège statutaire étranger	147
§ 5. Conclusions générales	148

Titre troisième :

LE CHAMP D'APPLICATION DU DROIT ÉTRANGER (effets de la reconnaissance).

Chapitre I : <i>L'existence de la société étrangère</i>	153
§ 1. Introduction générale	153
§ 2. Le « statut personnel » de la société	154
§ 3. Le droit applicable à l'« existence » de la société étrangère	156
A) La capacité procédurale des sociétés étrangères	157
B) La capacité des sociétés étrangères dans le cadre de la poursuite pour dettes et de la faillite	158
C) Poursuites dirigées contre la succursale d'une société étrangère	159
Chapitre II : <i>Naissance, organisation, fonctionnement, liquidation de la société étrangère</i>	161
§ 1. La fondation de la société	161
§ 2. L'organisation sociale	162
A) La représentation sociale	162
B) Droits et obligations des actionnaires ; rapports des actionnaires avec la société ; relations du siège social avec les succursales étrangères	164

C) Nature et étendue de la garantie des créanciers sociaux, responsabilité des associés pour les dettes sociales	165
D) La responsabilité des organes sociaux	166
§ 3. Dissolution et liquidation	167
Chapitre III : <i>La capacité civile des sociétés étrangères</i>	169
§ 1. Introduction	169
§ 2. Le droit applicable à la capacité civile en droit international privé suisse	170
A) Le droit applicable à la capacité des personnes physiques	170
B) Le droit applicable à la capacité des personnes morales	171
§ 3. Le champ d'application du statut personnel en matière de capacité civile des sociétés étrangères	172
A) Les mesures de droit public administratif ou de police	172
B) La règle posant la compétence du statut personnel pour la capacité civile des sociétés étrangères doit-elle souffrir des exceptions ?	174
C) La genèse de l'article 7 b (article 59, titre final C.C.S.) L.R.D.C.	175
D) Les exceptions doivent-elles être retenues par le truchement de l'interprétation analogique ?	179
§ 4. La capacité civile des sociétés régies par le droit des pays qui connaissent la doctrine dite de l'« ultra vires »	184
§ 5. Le droit applicable à la capacité civile dans les diverses conventions	186
Chapitre IV : <i>Conclusion</i>	188
CONCLUSION GÉNÉRALE	189

ACHEVÉ D'IMPRIMER
AUX « PRESSES DE SAVOIE », AMBILLY-ANNEMASSE (H.-S.),
EN OCTOBRE 1969.

MÉMOIRES PUBLIÉS PAR LA FACULTÉ DE DROIT DE GENÈVE

- N° 1 WERNER, Georges : Le débat sur la compétence de la Cour administrative fédérale. 1927, 30 pages. Fr. 2,—.
- N° 3 CARRY, Paul : La responsabilité limitée du commerçant individuel. 1928, 44 pages. Fr. 5,—.
- N° 4 BATTELLI, Maurice : Le Premier ministre au Canada et en Irlande. 1943, 182 pages. Fr. 7,50.
- N° 5 *Droit et Vérité* : Le droit oblige-t-il à parler et à dire la vérité ?
YUNG, W. : La vérité et le mensonge dans le droit privé.
CAPITAINE, G. : Le secret professionnel du banquier.
NAVILLE, F. : Le secret médical.
GRAVEN, J. : L'obligation de parler en justice.
1946, 160 pages. Fr. 5,—.
- N° 6 *Grandes Figures et Grandes Œuvres juridiques*.
MARTIN, V. : Solon et l'esprit du droit grec.
KADEN, E.H. : Justinien législateur.
LIEBESKIND, W.A. : Marsile de Padoue et son « Defensor pacis ».
BOURQUIN, M. : Grotius est-il le père du droit des gens ?
GRAVEN, J. : Beccaria et l'avènement du droit pénal moderne.
YUNG, W. : Eugène Huber et l'esprit du Code civil suisse.
1948, 212 pages. Fr. 8,—.
- N° 7 GRAVEN, Jean : Pellegrino Rossi, grand Européen.
1949, 92 pages. Fr. 6,25.
- N° 8 DU PASQUIER, Claude : Valeur et nature de l'enseignement juridique.
1950, 30 pages. Fr. 3,—.
- N° 10 GUGGENHEIM, Paul : Emer de Vattel et l'étude des relations internationales en Suisse. 1956, 24 pages. Fr. 2,50.
- N° 11 GAGNEBIN, Bernard : Portalis. 1956, 24 pages. Fr. 2,—.
- N° 12 LALIVE, Pierre-A. : Le romancier et la protection des intérêts personnels.
1956, 24 pages. Fr. 2,50.
- N° 14 JUNOD, Ch.-A. : Force majeure et cas fortuit dans le système suisse de la responsabilité civile. 1956, 200 pages. Fr. 14,50.
- N° 15 *Première Journée juridique* (1961).
YUNG, W. : La responsabilité civile d'après la loi sur la circulation routière.
BERENSTEIN, A. : Législation récente en matière d'assurance accidents.
FOLLIET, P. : De l'imposition du produit d'activité à but lucratif à celle des bénéfices involontaires.
LACHENAL, J.-A. : De quelques jurisprudences récentes en droit international privé. 1962, 116 pages. Fr. 12,—.
- N° 16 *Deuxième Journée juridique* (1962).
GRAVEN, J. : Les principes de la révision pénale genevoise à la lumière de la jurisprudence.
BROSSET, G. : La vente par acomptes et la vente avec paiements pré-alables.
LALIVE, P. : Le régime matrimonial des étrangers en Suisse.
JUNOD, Ch.-A. : L'acquisition d'immeubles en Suisse par des personnes domiciliées à l'étranger. 1963, 140 pages. Fr. 15,—.

MÉMOIRES PUBLIÉS PAR LA FACULTÉ DE DROIT DE GENÈVE

N° 17 *L'intégration européenne.*

GUGGENHEIM, P. : Organisations économiques supranationales et indépendance de la Suisse.

LONG, O. : La Suisse et l'intégration européenne.

LALIVE, P. : Harmonisation et rapprochement des législations européennes.

GOORMAGHTIGH, J. : Les aspects politiques des communautés européennes. 1964, 88 pages. Fr. 10,—.

N° 18 *Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carry.*

BÜRGI, F.W. : Bedeutung und Grenzen der Interessenabwägung bei der Beurteilung gesellschaftrechtlicher Probleme.

PATRY, R. : La société anonyme de type européen.

ROTONDI, M. : Per la limitazione della responsabilità mediante fondazione di un ente autonomo.

JÄGGI, P. : Zur Schaffung von privilegierten Aktien und von Genussscheinen.

STEIGER, F. v. : Genussscheine als Finanzierungsmittel.

SECRÉTAN, R. : La notion de « valeur réelle » des actions non cotées au sens de l'article 686, alinéa 4 du C.O.

ROSSET, P.R. : L'« action populaire ».

SCHÖNLE, H. : La décharge en droit allemand des sociétés.

YUNG, W. : Les éléments objectifs dans les contrats civils et commerciaux.

DESCHENAUX, H. : L'esprit de la loi fédérale sur les cartels et organisations analogues.

GRAVEN, J. : Le principe de la chose jugée et son application en procédure civile suisse. 1964, 308 pages. Fr. 30,—.

N° 19 *Troisième Journée juridique (1963).*

PATRY, R. : L'action en annulation des décisions de l'assemblée générale.

MARTIN-ACHARD, Ed. : Le procès en matière de propriété intellectuelle.

FOËX, G. : La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de procédure pénale genevoise.

DOMINICÉ, Ch. : La détermination du domicile des fonctionnaires internationaux. 1964, 136 pages. Fr. 15,—.

N° 20 *Quatrième Journée juridique (1964).*

SCHÖNLE, H. : Remarques sur les nouvelles Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires.

HIRSCH, A. : La loi fédérale sur les cartels et organisations analogues.

VIRALLY, M. : L'accès des particuliers à une instance internationale : La protection des droits de l'homme dans le cadre européen.

BERNHEIM, J. : L'appréciation médico-légale de l'ivresse dans la circulation routière. 1965, 124 pages. Fr. 15,—.

N° 21 *Cinquième Journée juridique (1965).*

PATRY, R. : La qualité d'associé dans la société coopérative.

L'HUILLIER, L. : Quelques aspects du contrat de transport maritime en droit suisse.

DUPERREX, E. : De quelques problèmes soulevés par le séquestre en banque. 1966, 96 pages. Fr. 15,—.

MÉMOIRES PUBLIÉS PAR LA FACULTÉ DE DROIT DE GENÈVE

- N° 22 *Sixième Journée juridique* (1966).
FLATTET, G. : La propriété par étage.
CORNIOLEY, P. : Questions posées par la réforme de la juridiction administrative à Genève.
GRAVEN, J. : Similitude et divergence des procédures pénales genevoise et française. 1967, 146 pages. Fr. 15,—.
- N° 23 *Septième Journée juridique* (1967).
BERENSTEIN, A. : La loi sur le travail : ses caractéristiques essentielles.
GROSSEN, J.-M. : L'évolution du régime juridique des pensions et des indemnités consécutives au divorce.
OBERSON, R. : De quelques particularités de la loi sur l'impôt anticipé et de son ordonnance d'exécution.
HIRSCH, A. : Le champ d'application de la loi fédérale sur les fonds de placement. 1968, 80 pages. Fr. 15,—.
- N° 24 *Huitième Journée juridique* (1968).
ENGEL, P. : Quelques problèmes relatifs au contrat de dépôt bancaire.
THORENS, J. : L'objet du litige dans le procès civil.
GRAVEN, P. : Les mesures de « sûreté » dans le droit et la jurisprudence suisse.
DESCHENAUX, H. : La notion d'effets nuisibles des cartels et organisations analogues. 1969, 104 pages. Fr. 15,—.
- N° 25 *Etudes en l'honneur de Jean Graven*.
ANCEL, M. : La protection des droits de l'homme selon les doctrines de la défense sociale moderne.
BETTIOL, G. : Diritto penale e tipi di stato di diritto.
CONSTANT, J. : La répression de l'insolvabilité frauduleuse en droit belge.
CORNIL, P. : Droit pénal et monde moderne.
GERMANN, O.-A. : Zum bedingten Strafvollzug nach schweizerischem Recht.
JESCHECK, H.-H. : Gedanken zur Reform des deutschen Auslieferungsgesetzes.
LERNELL, L. : Réflexions sur l'essence de la peine privative de liberté. De certains aspects psychologiques et philosophiques de la peine de prison.
MUELLER, G.-O.-W. : Two enforcement models for international criminal justice.
NENOV, I. : Le droit pénal bulgare et l'humanisme socialiste.
SCHULTZ, H. : Les droits de l'homme et le droit extraditionnel suisse.
SCHWANDER, V. : Rechtsstaatliche Grundsätze im Auslieferungsrecht. 1969, 198 pages. Fr. 25,—.
- N° 26 DROIN, Jacques : Les effets de l'inobservation de la forme en matière de transfert de la propriété immobilière. 1969, 80 pages. Fr. 15,—
- N° 27 Recueil de travaux publié à l'occasion de l'Assemblée de la Société Suisse des Juristes, à Genève, du 3 au 5 octobre 1969. 1969, 244 pages. Fr. 25,—.
- Hors série.*
Recueil de travaux publié à l'occasion de l'Assemblée de la Société Suisse des Juristes à Genève du 4 au 6 septembre 1938. 1938, 364 pages. Fr. 20,—
Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim. 1968, relié toile, 928 pages. Fr. 100,—.

Les volumes non indiqués sont épuisés.