

La personnalité morale et son rattachement en droit international privé

Alain Prujiner

Volume 31, Number 4, 1990

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043054ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043054ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Prujiner, A. (1990). La personnalité morale et son rattachement en droit international privé. *Les Cahiers de droit*, 31(4), 1049–1073. <https://doi.org/10.7202/043054ar>

Article abstract

The legal framework of transnational organizations raises many theoretical and practical difficulties. In order to cope with them, it is necessary to cast fresh light on the concept of juridical personality since this concept is the one determining the type of relationship existing between such organizations and state legal systems.

Despite a widely accepted opinion to the contrary, the author considers that the basic source of theoretical differences resides in the opposition between the theses of the fiction and the reality of juridical personality, an opposition that is believed to be outdated yet that still underlies present debates. The fictional approach dominates in common law and the reality school of thought, in civil law regimes.

The principles of the legal relationship of juridical persons with state systems are directly linked to the conception of the juridical personality adopted by such systems : the rule of incorporation in common law and the rule of the real juridical seat in civil law, a divergence that causes conflicts in attempts to secure the concept to a common basis. There also exists a second type of relationship linked to the concept of control, herein called the political relationship. Its impact is important regarding certain questions such as going behind the corporate veil.

In conclusion we must distinguish between two very distinct theoretical lines of thinking : the first is based on the idea of the fiction of the personality and its voluntary attachment to an enabling act, while the second is built around the concept of recognizing a reality the location of which depends on its seat. Some difficulties in present debates issue from this divergence of conception which is not always evident.

La personnalité morale et son rattachement en droit international privé

Alain PRUJINER*

L'encadrement juridique des organisations transnationales suscite de grandes difficultés théoriques et pratiques. Pour les affronter, il est nécessaire de clarifier la notion de personnalité morale, car c'est ce concept qui détermine les paramètres du rattachement de ces entités aux ordres juridiques étatiques.

Malgré une opinion contraire répandue, l'auteur considère que la source fondamentale des divergences théoriques reste l'opposition entre les thèses de la fiction et de la réalité de la personnalité morale, opposition que l'on veut croire dépassée mais qui sous-tend encore les débats actuels. L'approche de la fiction domine en common law et l'école de la réalité dans les régimes civilistes.

Les principes du rattachement juridique des personnes morales aux systèmes étatiques sont directement reliés à la conception de la personnalité morale adoptée par ces systèmes : loi de la constitution en common law, loi du siège social réel en droit civil, divergence qui provoque des conflits de rattachement. Il existe aussi un deuxième type de rattachement relié à la notion de contrôle, baptisé ici rattachement politique. Son impact est important à l'égard de certaines questions telle la levée du voile corporatif.

En conclusion il faut distinguer entre deux lignes théoriques bien distinctes : la première se fonde sur l'idée de la fiction de la personnalité et son rattachement volontaire à une loi constitutive, la seconde s'articule autour de la notion de reconnaissance d'une réalité localisée par son siège. Une partie des difficultés des débats actuels provient de cette divergence de conception qui n'est pas toujours explicite.

* Professeur, Faculté de droit, Université Laval ; Conseiller en loi, Barreau du Québec.

The legal framework of transnational organizations raises many theoretical and practical difficulties. In order to cope with them, it is necessary to cast fresh light on the concept of juridical personality since this concept is the one determining the type of relationship existing between such organizations and state legal systems.

Despite a widely accepted opinion to the contrary, the author considers that the basic source of theoretical differences resides in the opposition between the theses of the fiction and the reality of juridical personality, an opposition that is believed to be outdated yet that still underlies present debates. The fictional approach dominates in common law and the reality school of thought, in civil law regimes.

The principles of the legal relationship of juridical persons with state systems are directly linked to the conception of the juridical personality adopted by such systems: the rule of incorporation in common law and the rule of the real juridical seat in civil law, a divergence that causes conflicts in attempts to secure the concept to a common basis. There also exists a second type of relationship linked to the concept of control, herein called the political relationship. Its impact is important regarding certain questions such as going behind the corporate veil.

In conclusion we must distinguish between two very distinct theoretical lines of thinking: the first is based on the idea of the fiction of the personality and its voluntary attachment to an enabling act, while the second is built around the concept of recognizing a reality the location of which depends on its seat. Some difficulties in present debates issue from this divergence of conception which is not always evident.

1. La notion de personnalité morale	1052
1.1. La personnalité comme fiction auxiliaire.....	1052
1.2. La personnalité comme réalité institutionnelle.....	1054
1.3. Les tendances actuelles.....	1056
2. Le rattachement des personnes morales	1059
2.1. La notion de rattachement	1059
2.2. Le rattachement juridique.....	1062
2.3. Le rattachement politique.....	1068
Conclusion	1072

À l'occasion d'un cours sur les personnes morales publié en 1988, Robert Demers incitait, en exergue, « le lecteur », l'étudiant, l'homme de loi » à « commencer par mettre une base à leur étude et cette base c'est dans la connaissance des principes qu'ils la trouveront »¹. Cette démarche est le fondement de l'approche raisonnée du droit dont l'œuvre de Robert Demers témoigne et nous suivrons de bon gré son invitation dans un domaine où elle semble particulièrement appropriée : le rattachement des personnes morales en droit international privé.

La personnalité juridique des organisations qui agissent dans plusieurs pays simultanément est l'objet de débats intenses dont les résultats ne sont pas très satisfaisants. Les divers systèmes juridiques ont de grandes difficultés théoriques et pratiques à rendre compte du développement des sociétés dites « multinationales » ou « transnationales », ce dernier terme désignant mieux la nature de leur relation avec les divers États², ainsi que du statut des organismes internationaux qui jouent un rôle important dans certains secteurs : pensons simplement au Comité international olympique ou aux divers types d'organisations non gouvernementales reliées aux politiques de développement³.

Ces difficultés ont entraîné des jugements sévères sur la capacité d'adaptation du droit aux nouvelles réalités économiques et sociales. Certains ironisent sur les « antiquités » du droit corporatif⁴ et d'autres parlent d'impasse juridique⁵ ou d'obsolescence des solutions⁶.

L'objet de cet article est d'essayer de dégager les raisons de ces difficultés. Afin d'élaborer des hypothèses à ce sujet, il peut être intéressant d'analyser la manière de poser les questions et de vérifier leur outillage conceptuel. C'est pourquoi il convient d'abord de préciser la notion de personnalité morale — comment est-elle conçue ? — avant d'en étudier les modes de rattachement aux ordres étatiques.

1. R. DEMERS, « Des personnes morales », (1988) 1 *C. P. du N.* 205. Citation en épigraphe de P. COUSINEAU, *Des corporations*, Montréal, Théoret, 1901.
2. Cette terminologie est maintenant bien établie. Les Nations Unies ont institué la *Commission des sociétés transnationales* et le *Centre sur les sociétés transnationales*. Nous reviendrons sur l'usage des termes « sociétés » et « entreprises » ultérieurement.
3. Sur ce sujet, voir F. RIGAUX, « Cours général de droit international privé », (1989) I-213- *Recueil des cours, Académie de droit international de La Haye*, en particulier son analyse des ordres juridiques transnationaux (p. 61), dont les ordres sportifs (p. 64).
4. K.W. WEDDERBURN, « Multinationals and the Antiquities of Company Law », (1984) 47 *Mod. L. Rev.*, 87, p. 92 : « To touch upon these questions is to expose the antiquity of the principles of company law and procedure with which our courts are currently asked to work. How can poor old *Salomon* be expected to cope with *Multinational Gas* ? ».
5. M. LIZÉE, « Le droit des multinationales : une impasse juridique ? », (1985) 2 *R.Q.D.I.* 271.
6. F. RIGAUX, *supra*, note 3, p. 373.

1. La notion de personnalité morale

La notion de « personnalité » est d'usage permanent en droit. Elle fait cependant l'objet d'analyses très divergentes en théorie du droit, sa position même dans l'univers juridique étant appréciée de manière opposée selon les conceptions utilisées. Si le droit est essentiellement un ensemble de normes, la « personnalité » joue un rôle secondaire, simple fiction d'utilité pratique, alors qu'elle devient centrale dans les perspectives qui intègrent les institutions dans l'ordre juridique. Ces tendances globales portent autant sur la personnalité des personnes physiques que morales, mais leurs conséquences sont accentuées lorsqu'il s'agit des personnes morales.

1.1. La personnalité comme fiction auxiliaire

Une conception traditionnelle des personnes morales les considère comme de simples artifices créés pour des raisons d'efficacité. La théorisation la plus connue en a été proposée par Savigny qui a inspiré l'école dite de la fiction⁷. Son influence a marqué autant la common law que le droit civil au XIX^e siècle. Ainsi le *Code civil du Bas Canada* énonce que « Toute corporation légalement constituée forme une personne fictive ou morale... »⁸. Cette idée était apparue dès le droit romain⁹. Comment une entité abstraite pourrait-elle être autonome, exprimer une volonté, s'engager ? Le droit n'existe que par et pour les êtres humains. Ils sont donc les seules « personnes juridiques » réelles et les personnes « morales » ne sont qu'un expédient construit sur un principe analogique.

Cette perspective a été poussée à ses conséquences ultimes par le courant doctrinal qui considère que le droit n'est qu'un ensemble de normes. La notion de personne, qu'elle soit physique ou morale, devient marginale, sinon inutile : « les notions personnelles de « sujet de droit » ou organe de droit ne sont nullement des concepts indispensables pour la description du droit » affirme Kelsen¹⁰. Selon cet auteur :

la « personne physique » n'est pas un homme, mais l'unité personnifiée des normes juridiques qui obligent et des normes juridiques qui investissent de droits un seul et même individu. Ce n'est pas une réalité naturelle, mais une construction juridique créée par la science du droit, un concept auxiliaire dans la description et formulation de données de droit.¹¹

7. F. Von SAVIGNY, *System des Heutigen römischen Rechts*, ou *Traité de droit romain actuel*, dans lequel cette question est étudiée dans le tome 4, publié en 1845.

8. C.C.B.C., art. 352.

9. Extrait du *Digeste* cité par J. CARBONNIER, *Droit civil*, Tome 1, Paris, PUF, 1967, p. 265.

10. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, p. 225.

11. *Id.*, p. 231.

La personnalité juridique est donc une fiction, ce qui réunifie le concept en l'expulsant du droit pur. La « personne morale » n'est qu'une « métaphore anthropomorphe » :

Lorsque l'on interprète cette métaphore anthropomorphique comme un être réel, comme une sorte de surhomme ou d'organisme, on hypostasie de façon illégitime un procédé auxiliaire de pensée, une notion auxiliaire que la science juridique a construite en vue de simplifier ou de rendre plus concrète l'analyse et la description de données juridiques compliquées.¹²

La théorie pure « dissout le concept de personne »¹³ de la manière suivante :

L'analyse précédente de la personne juridique aboutit à ce résultat qu'aussi bien que la personne dite physique, elle est une construction de la science du droit. En tant que telle, elle est aussi peu une réalité sociale que, — comme le voudrait une autre conception que certains soutiennent —, une création du droit. Lorsque l'on dit que l'ordre juridique confère à un individu la personnalité juridique, cela signifie simplement que la conduite de cet individu y apparaît comme contenu d'obligations et de droits. Mais ce n'est pas le droit, c'est la science du droit, qui exprime l'unité de ces obligations et de ces droits au moyen de la notion de personne physique, qui est distincte de la notion d'homme. C'est un moyen dont on peut se servir dans la description du droit à titre de concept auxiliaire, mais dont il n'est pas nécessaire de se servir : l'état de chose créé par l'ordre juridique peut être pareillement décrit sans faire appel à ce concept. Lorsque l'on dit que l'ordre juridique confère la personnalité juridique à une corporation, cela signifie que l'ordre juridique institue des obligations et des droits qui ont pour contenu la conduite d'hommes qui sont organes ou membres de la corporation fondée par des statuts, et que cette donnée compliquée peut être décrite avantageusement, parce que d'une façon relativement simple, en recourant à une personnification des statuts qui fondent la corporation. Mais, répétons-le, cette personnification et son résultat, le concept auxiliaire de personne juridique, ne sont pas les produits du droit lui-même, mais les produits de la science du droit attachée à décrire le droit.¹⁴

La conception de la fiction conduit ainsi à son autodestruction en théorie pure¹⁵. Mais, comme Kelsen lui-même le précise, le droit peut continuer à utiliser le concept de personne morale à des fins pratiques. Le juriste doit cependant le considérer dans la perspective restrictive de sa fonction limitée. C'est à une attitude diamétralement inverse qu'invite la théorie de la réalité.

12. *Id.*, p. 213.

13. *Id.*, p. 253.

14. *Id.*, p. 251-252.

15. D'autres théories négatives se sont développées en mettant de l'avant le caractère patrimonial de la personnalité morale, mais elles semblent moins pertinentes pour l'étude du problème traité dans cet article. Voir M. PLANIOL sur les doctrines du *Zweckvermögen* ou patrimoine d'affectation. J. CARBONNIER, *supra*, note 9, p. 283 et G. GOUBEAUX, « Personnalité morale, droit des personnes et droit de biens », *Aspects actuels du droit commercial français, Études dédiées à René ROBLLOT*, Paris, Librairie générale, 1984, p. 199.

1.2. La personnalité comme réalité institutionnelle

L'idée d'une réalité de la personne morale que le droit constaterait plus qu'il ne le créerait apparaît dès la fin du XIX^e siècle dans l'œuvre de Gierke¹⁶. Elle est liée à une contestation fondamentale de la conception du droit comme un produit exclusif de l'État, une caractéristique essentielle de la pensée positiviste.

Le débat sur la nature réelle ou fictive des personnes morales s'est développé dans plusieurs pays, avec une grande vivacité car il mettait en cause des conceptions idéologiques profondément opposées. Nous n'en reprendrons pas l'argumentation ici, sinon pour signaler la synthèse réalisée par Santi Romano des idées de Gierke avec la notion d'institution développée par Maurice Hauriou¹⁷.

Suivant Santi Romano l'institution est un être qui a « une existence objective et concrète », c'est une « organisation sociale »¹⁸, Au contraire de la théorie pure, la démarche de Romano recherche et valorise un ancrage du droit dans la réalité sociale, une caractéristique qui explique probablement l'intérêt des sociologues pour son œuvre¹⁹.

Mais cette « organisation sociale », immatérielle et concrète à la fois, est un concept sociologique et non juridique. Il faut donc « la remplacer par une autre possédant en même temps la forme et la substance nécessaire pour définir ce concept dans l'ordre des choses de juriste »²⁰ et c'est la notion d'ordre juridique :

Cela signifie que l'institution, dans le sens que nous avons décrit, est la manifestation première, originaire et essentielle du droit. Celui-ci ne peut se révéler qu'en une institution, et l'institution existe comme telle en tant que le droit la crée et la maintient en vie²¹.

Or une personne juridique (morale) est une institution à elle seule²², donc un ordre juridique :

16. Otto Von GIERKE est un célèbre théoricien allemand qui publia en 1887, *Das Deutsche Genossenschaftrecht*.

17. M. HAURIOU *Principes de droit public à l'usage des étudiants*, (1^{re} édition 1910). Hauriou a développé ce thème dans d'autres ouvrages ensuite.

18. S. ROMANO, « *Ordinamento giuridico* » paru dans les *Annali delle Università toscane* en 1917 et 1918, volume publié à Pise en 1918 avec une seconde édition (augmentée) en 1946 à Florence. Traduit en français par Lucien FRANÇOIS et Pierre GOTHOT à Paris, chez Dalloz en 1975. Les références sont faites à cette édition intitulée *L'ordre juridique*.

19. Par exemple, G. ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29 *C. de D.* 91.

20. S. ROMANO, *supra*, note 18, p. 29.

21. *Id.*, p. 31.

22. *Id.*, p. 56.

Lorsque nous parlons d'ordre juridique comme fondement de la personne juridique, nous nous référons à ce qu'on peut appeler l'ordre interne, non à celui qui peut la tenir pour une partie d'une institution supérieure et plus large, qui la comprend tel l'État. Assurément cet ordre juridique plus vaste peut attribuer la personnalité, mais il ne fera jamais qu'en prenant pour base un autre ordre, support indispensable que cette attribution présuppose nécessairement. Bref, une institution revêt le caractère d'une personne quand, soit en vertu de son ordre interne, soit en vertu d'un autre ordre mais toujours sur la base du premier, elle se tient pour un être doué d'une volonté propre : quand, en d'autres termes, on considère comme volonté de l'institution elle-même la volonté que certains individus, éléments au sens large, de l'institution (membres, organes, administrateurs), manifestent matériellement dans les formes et pour les fins que commande la structure de celle-ci²³.

Il est difficile de concevoir une vision plus opposée à celle de Kelsen citée précédemment²⁴.

Pourtant les deux démarches n'aboutissent pas à des résultats concrets totalement inconciliables. En effet, l'autonomie des institutions, dont l'État, dans la construction de Romano leur confère la possibilité de déterminer librement les conditions de reconnaissance et l'étendue juridique de la personnalité qu'elles veulent bien accorder aux autres institutions. Que l'État crée ou reconnaisse les autres personnes morales a des conséquences limitées sur le plan pratique, du moins pour l'interprétation du droit positif.

Une divergence mise parfois de l'avant porte sur la possibilité d'une reconnaissance judiciaire de la personnalité morale à des entités qui n'en bénéficient pas explicitement en vertu de la loi. La théorie de la réalité permet en effet de concevoir aisément que les tribunaux peuvent combler des lacunes législatives en prenant l'initiative de reconnaître les personnalités « oubliées » lorsque cela s'avère approprié. Cette démarche est plus difficile à justifier dans l'approche de la fiction, mais elle n'est pas inconcevable si l'on considère que le législateur peut donner spécifiquement ce pouvoir aux tribunaux.

Il n'en demeure pas moins une différence de conception susceptible d'influencer à la fois l'approche législative et la démarche judiciaire de manière sensible selon que l'on pense devoir encadrer des agents économiques et sociaux autonomes ou seulement les activités des individus qui agissent dans un contexte normatif particulier.

23. *Id.*, p. 57.

24. *Supra*, note 14.

1.3. Les tendances actuelles

— *Fin du débat, ou victoire de la fiction en common law*

La doctrine actuelle semble presque unanimement considérer que le débat théorique sur la nature de la personnalité morale est totalement dépassé. H.L.A. Hart affirmait en 1953 que « the juristic controversy over the nature of corporate personality is dead »²⁵ et cette affirmation est généralement approuvée²⁶. La controverse est même l'objet de jugements globaux très négatifs :

The original reality/fiction debate is now an anachronism and has been criticised on many levels. It has been said that the debate was confused and contaminated by the introduction of extraneous non-legal conceptions of personality from, for example, metaphysics and psychology ; that those involved in the debate were asking the wrong questions ; that the theories came to be merged with other analytically distinct theories, such as the identification of the « fiction » theory with the « concession theory » of incorporation ; that « holistic » theories which « personify » the corporation and « atomistic » theories which view them merely as an aggregation of individuals, err equally in creating an inappropriate human analogy for such organisations²⁷.

Pourtant la question suscite encore trop d'intérêt pour être enterrée aussi facilement. Le fait que le dernier Congrès international de droit comparé ait consacré un atelier à la personne morale témoigne de la persistance d'une réflexion sur ce thème, et les débats qui ont eu lieu à cette occasion ont fait apparaître des clivages qui correspondent encore à ceux qui opposaient les auteurs antérieurs sur ce sujet, même si la terminologie a évolué. Comme quoi ce choix théorique comporte peut-être plus de conséquences pratiques que certains ne veulent le reconnaître.

En évacuant le problème, une partie de la doctrine se réfugie dans un « agnosticisme » confortable. Comme le dit Goubeaux, « Le débat sur la nature des personnes morales serait, dit-on, aujourd'hui dépassé. La formule ressemble fort à un slogan traduisant un aveu d'impuissance »²⁸.

25. H.L.A. HART *Definition and theory in jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press 1953, p. 17, cité par B. BOUCKAERT, « Corporate personality: myth, fiction or reality? », Rapport belge au XIII^e Congrès international du droit comparé, Montréal, 1990, p. 1.

26. B. BOUCKAERT, *supra*, note 25, aussi J. HILL, « The Juridical Person (la personne morale) in Law and Comparative Law », Rapport australien au XIII^e Congrès international de droit comparé, Montréal, 1990, p. 1.

27. J. HILL, *supra*, note 27. Les critiques réfèrent aux travaux de H.L.A. HART, *supra*, note 23 ; J. DEWEY, « The Historic Background of Corporate Legal Personality », (1926) 35 *Yale L. J.*, 655 et M. DAN-COHEN, *Rights, Persons and Organizations*, Bekerley: U. of Cal. Press, 1986. Voir aussi G. TEUBNER, « Entreprise Corporatism: New Industrial Policy and the « Essence » of the Legal Person », (1988) 36 *Am J. Comp. L.* 130.

28. G. GOUBEAUX, *supra*, note 15, p. 199.

En fait cette prudence doctrinale reflète souvent l'influence positiviste dominante pour laquelle il n'y a pas de question puisqu'il n'y a pas de contenu dans la notion de personnalité. Il s'agit en fait d'une victoire de la thèse de la fiction. Elle est particulièrement visible dans sa dernière expression, celle développée par l'école de l'analyse économique du droit.

Pour Posner, la notion de personnalité « corporative » n'est qu'une technique juridique utilisée pour réduire les coûts d'investissement (*transaction costs*) lors du lancement d'opérations commerciales ou industrielles²⁹. Il faut dire que la personnalité est alors réduite à l'un de ses aspects en droit corporatif : la responsabilité limitée de ses membres. De ce point de vue, la personne morale n'est qu'un mécanisme de répartition des risques économiques, mécanisme dont l'usage est lié à l'efficacité des résultats, qui sont appréciés par les seuls véritables acteurs, les êtres humains³⁰. Cet instrument n'est donc, finalement, rien d'autre qu'un contrat type entre associés et entre associés et tiers³¹. Il n'y a donc plus aucune base pour un débat qui paraît sans substance :

... the philosophical and methodological debate about the nature of collective realities loses its polemic character once we are ready to stop speaking in anthropomorphic language about such realities and recognize such realities merely express coordinating patterns of the action of individuals.³²

La convergence de ce discours avec celui de Kelsen³³ est évidente. La notion de fiction imprègne donc toujours une partie de la doctrine actuelle, surtout celle qui est reliée à la *common law*.

La *common law* semble en effet largement dominée par l'idée de fiction, même si elle accepte dans l'ensemble la réalité sociale des organisations. Les tribunaux refusent de reconnaître une personnalité juridique à des organisations dont ils ne contestent pas la réalité par

29. R.A. POSNER *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown & Co, 1986, p. 367-372.

30. U. PROCACCIA « Legal Persons in Israël : A Theoretical Perspective », Rapport israélien au XIII^e Congrès de droit comparé, Montréal, 1990, p. 22 : « So we are back to regular human beings, the only true protagonists in the corporate game. If the theory advanced in this essay is correct, corporateness exists to diminish transaction costs among individual actors. Thus, corporateness is used as a device to enhance the interest of real (physical) persons. Legal subjectivity of non-human « things » is a mechanism that effects efficient allocations of rights and obligations among human actors. »

31. B. BOUCKAERT, *supra*, note 25, « limited liability is introduced as an implicit and constantly repeated standard clause in the dealings of the partners with thirds. » (p. 28) ; aussi U. PROCACCIA, *supra*, note 30, p. 20 : « corporations exist as a standard form contract which achieves efficient allocations of default risks among the relevant constituencies. »

32. B. BOUCKAERT, *id.*, p. 30.

33. *Supra*, note 10.

ailleurs. La jurisprudence à l'égard des syndicats est éloquente sur ce point. Ainsi Lord Denning affirme : « I take it to be clear that a trade union is an entity in fact. The question is whether it is also an entity in law. »³⁴

La personnalité demeure étroitement confinée à la notion de corporation, au point que le terme *corporate personality* y est le plus naturel pour le concept de personnalité morale³⁵. Par conséquent, il n'est pas question d'attribuer une personnalité juridique aux organisations non « incorporées », quelle que soit leur importance concrète. Les seules circonstances qui pourront amener un tribunal à considérer qu'il existe une personnalité sans incorporation valide antérieure seront celles où il est nécessaire de protéger des tiers à la suite d'échanges fondés sur une apparence d'incorporation. Cette *corporation de facto* fondée sur la doctrine d'*estoppel*³⁶ ne remet pas en cause le fondement fictif de la notion en common law.

L'influence de la common law explique que ces solutions se soient implantées en droit québécois, dont la jurisprudence reste très restrictive sur l'octroi de la personnalité morale³⁷. Ce n'est cependant pas le cas dans les autres pays de droit civil qui, dans l'ensemble, ont été plus influencés par les thèses de la réalité.

— *Une réalité prudente en droit civil*

En France, la doctrine la plus répandue est celle de la « réalité technique », fondée sur l'intérêt collectif, distinct des intérêts individuels³⁸. Cette orientation « réaliste » a été suivie par la jurisprudence, la Cour de cassation décidant, sur cette base, de reconnaître la personnalité morale à des entités qui n'en bénéficiaient pas législativement : les comités d'établissements³⁹ et la masse des créanciers dans la faillite⁴⁰.

34. *Bonsor c. Musicians' Union*, (1954) Ch. 479, 507, cité par M. LIZÉE, « Deux fictions de droit corporatif », (1983) 43 *R. du B.* 649.

35. B. BOUCKAERT, *supra*, note 25, p. 1.

36. M. LIZÉE, *supra*, note 34, p. 659.

37. Pour une analyse du droit québécois dans ce domaine, voir l'article de Madeleine CANTIN CUMYN dans ce volume.

38. Sur cette notion : J. CARBONNIER, *supra*, note 9, p. 285. L'école française de la réalité est surtout représentée par L. MICHOUX *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 1^{re} éd. 1906, 2^e éd. 1910, 3^e éd. par TROTABAS, 1932 ; R. SALEILLES, *De la personnalité juridique, histoire et théorie*, 1^{re} éd. 1910, 2^e éd. 1922 et R. CLEMENS, *Personnalité morale et personnalité juridique*, Paris, Sirey, 1935.

39. Cass. civ. 2^e, 28 janv. 1954, *D.* 1954, 217, note G. LEVASSEUR ; *J.C.P.* 1954, II, 7978, note LEMOINE ; *Dr. social* 1954, 161, note D. DURAND. La Cour adopte très explicitement la théorie de la réalité en affirmant : « La personnalité civile n'est pas une création de la loi ; elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés. »

40. Cass. com. 17 janv. 1956, *D.* 1956, note R. HOUIN 265 ; *JCP* 1956, II, 9601, note GRANGER.

Les autres régimes civilistes semblent sensibles à ce type de démarche⁴¹, mais sans grands efforts de théorisation. On a l'impression que tout a été dit par Saleilles et Michoud⁴². En Allemagne, on constate même que l'influence des idées de Gierke⁴³ a sensiblement diminué au profit d'une notion de « technicalité juridique » qui est, au fond, plus proche de la fiction que de la réalité⁴⁴. Un cheminement un peu identique est observable aux Pays-Bas⁴⁵. Ce désintérêt relatif s'explique par l'impression répandue que les solutions aux vrais problèmes ne dépendent pas de ces qualifications théoriques et qu'une clarification sur ce plan ne produira pas de résultats pratiques⁴⁶.

Cette conclusion ne semble cependant pas s'imposer, malgré l'autorité indéniable de ceux qui la prônent, surtout si l'on s'éloigne d'une problématique purement locale pour envisager les difficultés actuelles au plan international.

2. Le rattachement des personnes morales

2.1. La notion de rattachement

La réflexion précédente sur la personnalité se situe dans le cadre classique des rapports juridiques au sein d'un système unique, d'un État. Mais la multiplicité des États provoque un autre type de questions pour traiter des « personnes morales » qui ne sont pas entièrement locales. Qu'elles relèvent de la fiction ou de la réalité, qu'il s'agisse de réseaux contractuels ou d'entités sociales, certaines « personnes morales » sont en contact avec plus d'un État, que ce soit dans leur structure ou dans leur

41. Par exemple, voir le rapport coréen au XIII^e Congrès international de droit comparé, Montréal, 1990 : J.H. SHIN et C. CHOI « The Asian Conception of the Juridical person — A Korean Perspective ». La théorie de Michoud semble avoir été répandue en Asie par un auteur japonais : Wakashima.

42. *Supra*, note 38. Il faut cependant signaler les apports plus récents et intéressants, par exemple ceux de G. GOUBEAUX, *supra*, note 15, ou de R. MARTIN, « Personne et sujet de droit », (1980) 80 *Rev. trim. dr. civi.* 785.

43. *Supra*, note 16.

44. U. DROBNIG, « Legal Entities in German Law », Rapport allemand au XIII^e Congrès international de droit comparé, Montréal, 1990.

45. P. VLAS, « Some Observations on Legal Personality in Dutch Law », Rapport néerlandais au XIII^e Congrès international de droit comparé, Montréal, 1990.

46. C'était le point de vue de E.M. MEIJERS, cité par P. VLAS, *supra*, note 45 et celui de H.L.A. HART, cité par B. BOUCKAERT, *supra*, note 25 qui réfère aussi à TELDERS, qui réclamait une interdiction de publication des textes traitant de la nature de la personnalité tant que leur utilité ne serait pas démontrée. Voir aussi J. HILL, *supra*, note 26. Cependant on constate aussi un nouvel intérêt pour cette dimension théorique : par exemple, voir l'article très intéressant de G. TEUBNER, *supra*, note 27.

activité. Chaque État doit alors déterminer s'il accepte de reconnaître cette « personnalité », comment cela peut se faire et quelles en seront les conséquences, une opération désignée globalement par la notion de rattachement.

Le rattachement est la technique fondamentale du droit international privé pour établir un lien entre une situation donnée et un ou des États afin d'en tirer certaines conséquences juridiques. C'est d'ailleurs encore Savigny qui en précisa les éléments théoriques de la manière la plus marquante au XIX^e siècle⁴⁷, en partant du rapport à localiser juridiquement plutôt que de la détermination de l'application territoriale des lois qui dominait auparavant les « conflits de lois ». Il faut donc localiser, c'est-à-dire trouver le « siège » du rapport juridique suivant l'expression de Savigny, son « centre de gravité » suivant la terminologie de Gierke⁴⁸. Les positions de ces auteurs sont ici beaucoup plus proches que sur la notion de personnalité.

Cette logique du rattachement des rapports juridiques est certainement applicable aux personnes morales, mais elle pose un problème préalable. En effet, il faut considérer s'il s'agit de rattacher un simple rapport juridique entre personnes physiques dans lequel la « personnalité morale » n'est qu'une fiction pratique, suivant l'approche de Savigny, ou s'il est en fait question du rattachement direct d'une personne, comme celui d'une personne physique qui se fait à l'aide de notions comme la nationalité et le domicile, ce qui serait plus compatible avec la démarche de Gierke.

L'analogie avec les personnes physiques reste en effet possible. Chaque État est obligé de reconnaître un statut à tout être humain, pour en déterminer la situation à l'égard de cet État. Ainsi, la plupart des États distinguent d'abord entre les personnes qu'ils reconnaissent comme leurs ressortissants et les autres avec la notion de nationalité ou citoyenneté,

47. Le tome VIII du traité de droit romain, paru en 1849, est consacré aux problèmes d'application des lois dans l'espace et dans le temps. Son influence a été considérable en droit international privé où l'on considère qu'elle a provoqué une révolution « copernicienne ». P. MAYER, par exemple, affirme que : « SAVIGNY a fait jaillir la lumière de la vérité au sein d'une quasi-obscureté. Et bien que les ténèbres ne se soient pas immédiatement dissipées, bien aussi qu'aujourd'hui des critiques véhémentes, venues notamment d'Outre-Atlantique, cherchent à la voiler, c'est cette lumière qui éclaire tout le droit international privé contemporain. » *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, (3^e éd.) 1987, p. 44.

48. P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », (1977) II -155- *Recueil des Cours, Académie de droit international de La Haye* 1, p. 107.

qu'elle soit conférée à la naissance ou acquise postérieurement. Habituellement, seuls les nationaux d'un pays ont le droit d'y pénétrer, les autres personnes pouvant être refoulées⁴⁹. Le domicile a aussi un impact juridique important : les nationaux domiciliés à l'étranger ne sont plus dans la même situation que les autres. À l'inverse, les étrangers domiciliés dans le pays ont aussi, normalement, un statut distinct.

La situation d'une personne physique au sein d'un ordre juridique donné dépend donc de certains facteurs, de points de contacts précis entre cette personne et cet ordre. Le rattachement de la personne morale obéit à la même logique. C'est pourquoi l'on utilise certaines expressions qui peuvent paraître curieuses si l'on tient la personnalité comme une simple technique contractuelle, telle la nationalité des sociétés. Cette nationalité ne peut avoir le même sens que pour une personne physique, mais elle désigne une relation analogue, c'est-à-dire une allégeance, une intégration à l'ordre étatique. Bien sûr, la notion paraît plus incongrue dans l'optique de la fiction que de la réalité, mais même si l'on considère la personnalité comme un simple réseau contractuel, il reste logique de vouloir en déterminer la loi applicable.

La différence de perspective entraîne cependant un changement important au plan des techniques de rattachement : dans un cas il s'agit de personnes, donc de règles de statut personnel dont les facteurs n'accordent qu'une place restreinte à la volonté individuelle, alors que dans l'autre les règles applicables en matière contractuelle sont dominées par l'autonomie de la volonté.

Par ailleurs, les personnes morales ont des caractéristiques bien différentes des personnes physiques qui influent fortement sur les conditions de leur rattachement aux droits étatiques. En particulier la personne morale peut se démultiplier ou fusionner, exister simultanément en plusieurs lieux puisqu'il s'agit d'une entité sociale qui n'est pas soumise aux contraintes physiques des humains. L'analogie peut alors devenir déficiente et susciter des difficultés d'application. Celles-ci ont produit un ensemble de règles des plus complexes. Pour essayer d'en donner un aperçu un peu structuré, nous proposons de distinguer entre deux types de rattachement : le premier, le « rattachement juridique », met l'accent sur l'encadrement législatif et réglementaire, tandis que le second, le « rattachement politique » est plus marqué par les liens socio-économiques avec l'État.

49. Par exemple, la *Loi sur l'immigration* du Canada, L.R.C., 1985, c.1-2, a.4 ou *R. v. the Governor of the Pentonville Prison, ex parte Azam*, [1973] 1 All E.R. 741.

2.2. Le rattachement juridique des personnes morales

Du point de vue de l'État qui y procède, le rattachement permet d'abord de distinguer les personnes morales qui relèvent de son propre système juridique de celles qui lui sont étrangères.

Pour reprendre le discours analogique, il faut décider quelles sociétés ou associations sont « nationales » juridiquement. Tous les États ont besoin de procéder à cette classification, mais ils n'utilisent pas tous la même méthode. Sur ce plan, le monde juridique se partage en deux grandes tendances : la première réfère à la loi de constitution (*incorporation*) tandis que la seconde utilise la loi du lieu du siège de la société ou association, et ce clivage sépare globalement les systèmes civilistes de ceux de common law.

— *En common law*

En common law, les *corporations* relèvent de la loi qui les a créées, celle qui leur a octroyé la personnalité morale⁵⁰. Le lieu de l'incorporation peut être celui du siège social et des activités de l'entreprise, mais cela n'est pas obligatoire dans des États comme l'Angleterre et les États-Unis. Dans ce pays, par exemple, l'une des premières décisions à prendre lorsque l'on veut créer une compagnie est de choisir l'État où elle sera incorporée, à partir d'une analyse complexe des avantages comparés des diverses législations étatiques⁵¹. La localisation du siège n'est qu'une des données de cette analyse. Il est donc relativement fréquent qu'une compagnie installée à Détroit ou à Chicago soit incorporée au Delaware, l'État qui a le plus fait des incorporations une spécialité locale. De la même manière, le droit anglais n'exige qu'un *registered office* dans le pays et laisse les corporations libres de fixer leur siège où elles le veulent.

Au plan international, il est donc possible de créer une société « anglaise » ou « nord-américaine » pour mener des activités n'ayant que peu de liens avec l'un ou l'autre de ces pays. D'un certain point de vue, la logique suivie se rapproche de celle qui est appliquée en matière contractuelle : il n'est pas nécessaire que la loi applicable soit celle qui a les liens les plus étroits avec le contrat, les parties sont libres d'en choisir une autre qui leur convient mieux. Il est donc légitime de pratiquer une sorte de *corporation law shopping* entre les divers états pour trouver le régime juridique le plus approprié aux activités de l'entreprise.

50. Y. HADARI, « The Choice of National Law Applicable to the Multinational Enterprise and the Nationality of such Enterprises », (1974) *Duke L. J.* 1, p. 7 s.

51. Pour un exposé synthétique de cette démarche : A. TUNC, *Le droit américain des sociétés anonymes*, Paris, Economica, 1985, p. 40 s.

Cette attitude se comprend bien dans un système qui considère la personnalité comme une simple technicalité. Pourquoi ne pas permettre aux créateurs de la personne morale d'utiliser la loi qui leur paraît la plus adaptée à leur projet ? Au plan international, il est alors justifié d'essayer de profiter des avantages que procurent certaines législations de pays qui offrent des avantages particuliers, comme le Liechtenstein, Panama ou les Antilles néerlandaises pour s'en tenir à quelques exemples d'États qui ont décidé de pousser plus loin la logique suivie au Delaware.

On constate donc qu'il existe un lien entre la notion que l'on a de la personnalité morale et le mode de rattachement qui lui est appliqué. C'est aussi ce qui explique, probablement, que les pays civilistes aient, dans l'ensemble, choisi le critère de la localisation du siège social, un facteur plus concret.

— *En droit civil*

Pour les civilistes, la nationalité d'une société, ou d'une association, est celle du lieu de son siège social. Celui-ci étant normalement déterminé par les associés, on pourrait croire que ce critère relève en fait autant du choix des personnes intéressées qu'en common law et qu'il suffit de placer un siège social « officiel » dans le pays dont on veut rendre la loi applicable pour obtenir un résultat identique à celui du choix de la loi d'incorporation. Tout le monde connaît la pratique de ces sièges sociaux — boîtes à lettres accumulés dans les bureaux d'avocats de certains pays, habituellement ceux qui offrent des avantages recherchés sur le plan de la fiscalité ou de la discrétion. La contrainte du maintien d'un siège fictif dans un endroit exotique au lieu d'un simple bureau n'aurait guère d'impact concret.

Mais le choix du siège social comme facteur de rattachement répond à un principe de réalité qui ne peut accepter ce genre de manipulations. C'est ainsi que la jurisprudence civiliste a privilégié le siège « réel », ce qui signifie que les juges rechercheront où se trouvent, en fait, l'administration de la société pour en déterminer la nationalité, et la loi applicable⁵².

La détermination de la localisation du siège social effectif n'est pas toujours une opération facile et les juges ont dû recourir à divers types d'indices pour y parvenir. Ce qui est recherché c'est l'endroit où se trouvent la direction supérieure et le contrôle de la société. Selon Batiffol et Lagarde : « C'est la force du système du siège social qu'il y a normalement un lieu unique où doivent se prendre les décisions finales et

52. H. BATIFFOL et P. LAGARDE *Droit international privé* (7^e édition, Tome 1), Paris, L.G.D.J., 1981, p. 231 s. ; P. MAYER *Droit international privé* (3^e édition), Paris, Montchrestien, 1987, p. 610 s.

ce sont précisément ces décisions qui intéressent le droit international privé pour caractériser l'activité sociale quant au pays auquel elle se rattache »⁵³.

Le principal problème est alors de rassembler les éléments qui permettent de déterminer ce lieu unique lorsque les activités concrètes sont disséminées dans plusieurs pays et varient dans le temps et dans l'espace. Il faut bien reconnaître que cette « force » n'est pas toujours évidente, ce qui introduit une marge d'insécurité qui peut devenir gênante. Les critères d'appréciation pouvant, de plus, varier d'une juridiction à l'autre, les risques de conflits de rattachements en sont aggravés⁵⁴. Pour en réduire les occasions, les régimes civilistes combinent les facteurs de rattachement du siège et de la loi de création en obligeant, le plus souvent, toutes les sociétés ayant leur siège réel sur leur territoire à être constituées suivant leur loi. Ainsi, la compagnie du Delaware ou des Bahamas ayant son siège social à Paris ne se verrait pas reconnaître une personnalité juridique par les autorités françaises, elle devrait se constituer selon la loi française pour pouvoir en bénéficier.

Avec cette combinaison des facteurs de localisation du siège et de loi constitutive, on réduit effectivement la marge d'insécurité. Dans la plupart des pays civilistes, les initiateurs d'une personne morale sauront qu'il leur faut obtenir une personnalité selon le droit local pour qu'elle soit effectivement protégée. Mais cela n'empêche pas la possibilité de conflits de rattachements.

— Les conflits de rattachements

La diversité des méthodes de rattachement peut provoquer des conflits, tout comme en matière de nationalité des personnes physiques. Le droit international considère qu'il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux⁵⁵, un principe tout aussi valable à l'égard des personnes morales. Mais le fait qu'un État attribue sa nationalité à une personne, physique ou morale, ne s'impose pas aux autres États. C'est la question de l'opposabilité de la nationalité, qui apparaît habituellement lors de l'évaluation de la recevabilité d'une protection diplomatique⁵⁶.

53. *Id.*, p. 232-233.

54. Sur cette question, voir Y. HADARI, *supra*, note 50.

55. *Convention de La Haye du 12 avril 1930 concernant certaines questions aux conflits de lois sur la nationalité*, art. 1 ; F. RIGAUX, *supra*, note 3, p. 71.

56. Pour les personnes physiques, voir *Nottebohm*, Cour Internationale de Justice, *Recueil 1955*, p. 4 ; pour les personnes morales, voir *Barcelona Traction*, C.I.J., *Rec. 1970*, p. 3.

Les personnes physiques peuvent cumuler les nationalités dans certains circonstances et créer ainsi des conflits de nationalités⁵⁷. Une phénomène identique est très difficile à concevoir pour les personnes morales. En effet, la binationalité d'une personne physique peut provenir de l'attribution simultanée, lors de la naissance, de nationalités différentes en fonction des critères opposés utilisés par divers pays (essentiellement le *jus sanguinis* et le *jus soli*) ou de l'acquisition ultérieure d'une seconde nationalité sans perte de la première. Or ces hypothèses ne peuvent pas se présenter de la même façon pour les personnes morales.

Lors de leur création, les personnes morales sont nécessairement — du moins en principe — reliées à un ordre juridique et un seul, celui de leur loi constitutive. Le fait que leur siège soit situé ou non sur le même territoire n'a pas vraiment d'importance pour cet aspect de la question. Par contre, il intervient pour l'opposabilité de la nationalité. Entre deux pays de common law, la loi d'incorporation devrait être acceptée sans difficulté ; s'il s'agit d'une société constituée, par exemple, en Angleterre et ayant son siège aux États-Unis, elle sera considérée anglaise en Angleterre et aux États-Unis. Par contre, si une société américaine installe son siège en France, elle sera américaine aux États-Unis, mais les effets juridiques de cette personnalité seront ignorés en France, du moins en principe⁵⁸.

Le problème se complique si la nationalité de la personne morale doit être précisée dans un pays tiers. Si celui-ci utilise le critère du siège, et que ce siège se trouve dans un pays de common law autre que celui de l'incorporation, la compagnie pourrait se voir attribuer une nationalité différente de celle dont elle croit pouvoir bénéficier. Ce résultat est d'autant plus important qu'il semble correspondre à la jurisprudence de la Cour internationale de justice. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour a bien rappelé l'importance du siège effectif, même si elle n'en fait pas un critère absolu⁵⁹.

57. P. LAGARDE « Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités », (1988) 77 *Rev. crit. dr. internat. privé* 29.

58. Sur l'attitude prudente et plus « impressionniste » de la jurisprudence française, P. MAYER, *supra*, note 47, p. 610 s. De plus, il faut tenir compte du Traité de Rome dont l'article 58 assimile aux personnes physiques « les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté » quant au droit d'établissement. Un « ou » très important dont la portée a été atténuée par la Convention du 29 février 1968.

59. *Barcelona Traction*, *supra*, note 56, p. 42.

La deuxième cause de binationalité des personnes physiques, l'acquisition d'une seconde nationalité, se présente aussi très difficilement pour les personnes morales. Une nouvelle loi constitutive signifie une nouvelle personnalité et il est exceptionnel qu'une société puisse acquérir une nouvelle nationalité sans rupture de son individualité juridique⁶⁰. C'est techniquement possible suivant le mécanisme prévu par la *Convention du premier juin 1956 concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères*⁶¹. Bien qu'elle ne soit pas en vigueur internationalement⁶², elle a inspiré des législations nationales comme celle du Canada⁶³. Ce mécanisme ne permet cependant pas d'accumuler les nationalités, mais seulement de maintenir la continuité de la personnalité en cas de transfert entre deux pays qui l'acceptent.

Pour une dernière vérification en comparaison avec les personnes physiques, existe-t-il des personnes morales apatrides ? La chose semble théoriquement impossible puisque toute personne morale se rattache à un ordre juridique⁶⁴. Comme l'énonce la Cour de justice des Communautés européennes :

Il convient de rappeler que contrairement aux personnes physiques, les sociétés sont des entités créées en vertu d'un ordre juridique et, en l'état actuel du droit communautaire, d'un ordre juridique national. Elles n'ont d'existence qu'à travers les différentes législations nationales qui en déterminent la constitution et le fonctionnement.⁶⁵

Cet énoncé de principe convient bien à une approche qui fait dépendre la personnalité entièrement de l'incorporation, mais il peut être contesté dans une perspective de « réalité ». Pourquoi une « reconnaissance » ne serait-elle possible que dans un cadre national, à l'égard d'entités locales ? Pratiquement, il est bien certain que la personnalité conférée par un État prédomine lorsqu'elle existe, mais que faire si une

60. Voir l'exemple belge donné par F. RIGAUX, *supra*, note 3, p. 102. Nous ne traiterons pas ici des problèmes sensiblement de même nature posés lors des fusions.

61. *Recueil des conventions*, (1951-1988), Conférence de La Haye de droit international privé, p. 28.

62. Elle n'a été signée que par cinq pays (Belgique, Espagne, France, Luxembourg et Pays-Bas) et ratifiée par trois d'entre eux (Belgique, France et Pays-Bas). Elle est en vigueur aux Pays-Bas : P. VLAS, *supra*, note 45, p. 22. Une autre convention au même effet a été adoptée au sein des Communautés européennes le 29 février 1968, mais elle n'est pas en vigueur.

63. *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C., 1985 c. C-44, art. 187 et 188.

64. Pour F. RIGAUX, *supra*, note 3, p. 99 : « une société apatride est une contradiction dans les termes ».

65. Arrêt du 27 septembre 1988, affaire 81/87, *The Queen, v. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue*, cité par F. RIGAUX, *supra*, note 3.

organisation internationale n'a aucune reconnaissance étatique ? Le problème s'est posé à Amsterdam à l'égard de la Fédération internationale des échecs (FIDE) lorsque Victor Korchnoi a voulu la poursuivre lors de ses démêlés avec Anatoly Karpov à l'occasion du championnat mondial de Baguio. La Fédération était constituée sans référence à une loi étatique, et son siège social était à l'adresse du président en fonction, un Hollandais au moment du déclenchement de l'action. Les tribunaux néerlandais ont quand même décidé de reconnaître la personnalité et la capacité de plaider de la Fédération, pour des raisons essentiellement pratiques⁶⁶. Cet exemple démontre, à mon avis, qu'une conception fondée sur la réalité de la personne morale peut se passer de formalités étatiques pour reconnaître un organisme apatride, ou plus exactement « transnational ». Il est d'autant plus remarquable qu'il provient de l'un des rares pays civilistes qui utilisent la loi de l'incorporation à l'égard des sociétés⁶⁷.

Après avoir précisé le rattachement des personnes morales, il reste à déterminer le sort réservé à celles qui ne sont pas nationales.

— *Les personnes morales étrangères*

L'attitude de l'État à l'égard des personnes morales qui ne relèvent pas de son autorité est, normalement, de s'en remettre à la loi du rattachement national pour admettre l'existence de cette personnalité et l'étendue de sa capacité juridique. Sur ce plan, il s'agit normalement de la loi constitutive, à moins que la localisation du siège sur le territoire national n'entraîne des difficultés dans un pays de droit civil, une réaction devenue prudente de nos jours⁶⁸. De plus, cette question est souvent abordée dans les traités bilatéraux⁶⁹ qui assurent une reconnaissance réciproque des sociétés des deux pays en leur accordant le bénéfice du traitement national lorsqu'elles agissent dans l'autre pays.

En effet, rien n'oblige un pays à admettre l'activité sur son sol de personnes morales étrangères. Il peut leur interdire l'accès à son territoire, tout comme aux personnes physiques. Celles qui seront autorisées à y pénétrer peuvent se voir imposer des conditions particulières, et c'est fréquemment le cas. Au Québec, pour s'en tenir à cet exemple, il existe une *Loi sur les compagnies étrangères*⁷⁰ qui précise :

66. P. VLAS, *supra*, note 45, p. 9 et 10.

67. Y. HADARI, *supra*, note 50, p. 8, P. VLAS, *supra*, note 45.

68. *Supra*, note 58 et Y. HADARI, *supra*, note 50, p. 14.

69. *Id.*, voir aussi H. BATIFFOL et P. LAGARDE *supra*, note 52, qui citent p. 236 un traité franco-canadien du 12 mars 1933.

70. *Loi sur les compagnies étrangères*, L.R.Q., c. C-46. Voir aussi J.A. TALPIS « La représentation volontaire et organique en droit international privé québécois », (1989) 20 *R.D.U.S.* 89.

Aucune corporation étrangère ne peut faire affaires au Québec, à moins qu'elle n'ait obtenu un permis en vertu de la présente loi, et que ce permis ne soit en vigueur⁷¹

et qui détermine ensuite les conditions à remplir et la procédure à suivre pour obtenir ce permis.

On constate alors que la présence d'une société étrangère dans un État met nécessairement en jeu deux lois simultanément : la loi de l'État d'origine de la compagnie, qui détermine sa personnalité, sa capacité et sa gestion interne, et la loi du pays d'accueil, qui régit son activité. La délimitation des domaines d'application de chaque législation n'est d'ailleurs pas toujours facile⁷².

Pour éviter les inconvénients divers d'un statut étranger, une entreprise à un moyen propre aux personnes morales : se transformer en compagnie locale par la création d'une filiale, une autre personnalité juridiquement, mais qu'elle peut contrôler, qui sera son émanation dans ce pays. La filiale, société nationale, n'est plus soumise qu'au droit du pays d'accueil. Celui-ci contrôle les possibilités de création de sociétés dominées de l'étranger, et il peut les interdire ou les soumettre à des conditions particulières, mais à partir du moment où elles existent, il en est la seule autorité juridique.

Cet exemple montre les limites du rattachement purement juridique, car parmi les sociétés juridiquement « nationales », certaines le sont plus que d'autres, et parmi les sociétés étrangères, certaines le sont moins que d'autres, du point de vue de chaque État. C'est alors qu'entre en jeu un autre type de rattachement, plus politique, qui utilise la notion de contrôle.

2.3. Le rattachement politique des personnes morales

— *Le contrôle*

Dans certaines circonstances, le lien juridique établi entre un État et une personne morale ne suffit plus pour établir une allégeance réelle. Il n'est pas possible d'en faire un relevé exhaustif, mais pour s'en tenir aux exemples les plus connus, on peut citer le statut d'ennemi en temps de guerre, le statut fiscal ou l'application de politiques économiques⁷³.

71. *Id.*, art. 3.

72. Y. HADARI, *supra*, note 50, p. 15 s. sur la distinction entre *internal* et *external affairs* d'une corporation.

73. En droit français, voir H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *supra*, note 52, p. 236 ou P. MAYER, *supra*, note 47, p. 613. En common law, voir C. MONDANGE, « La transparence de la personnalité morale dans le droit anglais des sociétés anonymes », (1980) 32 *Revue internationale de droit comparé* 573, p. 581 s.

En état de guerre, la nationalité de ses directeurs et dirigeants sociaux peut donner un statut d'ennemi à une société juridiquement nationale. En cas de crise grave, l'État tient ainsi à s'assurer que les personnes morales « nationales » le sont vraiment et ne sont pas susceptibles de se transformer en chevaux de Troie. Cette mesure exceptionnelle est justifiée par le contexte.

Le régime fiscal n'agit pas dans un cadre aussi dramatique, mais il témoigne de l'impact que l'intérêt de l'État peut avoir sur le contrôle des activités réelles des compagnies pour ne pas laisser échapper des éléments imposables. Pour les systèmes civilistes, le critère du siège social effectif assure en partie ce résultat. En common law, la loi d'incorporation peut n'avoir qu'un lien minime avec l'activité de la compagnie, et avoir justement été choisie en fonctions d'avantages fiscaux par rapport à la loi du lieu du siège réel. Dans ces circonstances, les juges anglais ont écarté depuis longtemps le critère du lieu d'enregistrement pour rechercher la localisation du contrôle, ce qui les entraîne souvent, en fait, à la recherche du siège réel⁷⁴.

Il serait possible de multiplier les exemples, surtout en droit économique, mais à partir des deux cas retenus, nous avons des cas de personnes morales « nationales » qui sont considérées comme étrangères, et mêmes ennemies, et des personnes morales étrangères qui redeviennent nationales, pour l'impôt. Cela prouve que le rattachement juridique peut être ignoré⁷⁵ dans un sens comme dans l'autre par le rattachement politique. L'existence de groupes internationaux de sociétés provoque des phénomènes équivalents.

— *Les entreprises transnationales*

La notion de « groupe » de sociétés provient de l'acceptation du fait que des personnes morales puissent être créées non seulement par des personnes physiques, mais aussi par d'autres personnes morales. Cela permet une ramification des structures juridiques d'une entreprise par la création de filiales, de holdings ou de *joint ventures*, que ce soit dans un cadre national ou international. Les réseaux internationaux, qui se sont très fortement développés ces dernières décennies, posent alors des problèmes particuliers de rattachement. Pour les illustrer, nous nous en tiendrons aux filiales.

Dans son pays d'accueil, la filiale n'est pas aussi nationale que les autres sociétés. En cas de guerre avec son pays d'origine, son sort ne fait

74. C. MONDANGE, *supra*, note 73, p. 580 s.

75. Il est ignoré mais non écarté, car le lien juridique établi par le premier niveau de rattachement demeure.

pas de doute. Les autorités du pays d'accueil ne peuvent pas ignorer qu'une filiale est gérée en fonction des intérêts du groupe, et non de ses intérêts propres. En matière fiscale, il leur faut donc vérifier s'il ne se produit pas des transferts de bénéfices (par des manipulations des prix intra-groupes par exemple). Sur le plan politique, une filiale ne peut pas être considérée comme un agent économique comme un autre, et son accès à certains programmes de développement national pourra être restreint.

Du point de vue du pays d'origine, une filiale n'est pas totalement étrangère. La maison-mère peut être soupçonnée de transfert de bénéfices tout autant que ses filiales. Le pays d'origine demandera donc aussi des informations sur les activités des filiales. Il aura aussi tendance à interdire à ses sociétés nationales de faire dans leurs filiales ce qu'il leur interdit de faire elles-mêmes. Cela a provoqué des conflits majeurs entre pays d'origine et pays hôtes qui acceptent difficilement que les activités d'entreprises situées sur leur territoire soient soumises aux directives d'un autre État, surtout quand le résultat est manifestement contraire à leur intérêt national.

Ces questions, et quelques autres, sont au cœur des difficultés que pose l'encadrement juridique des entreprises transnationales, un domaine qui est l'objet de critiques sérieuses⁷⁶, les rattachements juridiques et politiques des divers éléments de l'entreprise aboutissant à des résultats globalement insatisfaisants, malgré les efforts de coordination internationale faits à l'O.C.D.E. et à l'O.N.U. surtout⁷⁷. Un autre sujet d'inquiétude, qui lui est d'ailleurs partiellement relié, est le caractère changeant du voile corporatif, normalement bien opaque, mais parfois transparent.

— *Le voile corporatif*

La personnalité morale a, normalement, un effet de rupture patrimoniale entre elle-même et les autres personnes qui l'ont créée ou qui participent à ses activités, sinon elle n'aurait pas d'autonomie. C'est

76. La littérature est très abondante sur ce sujet. Pour se limiter à quelques références, voir M. LIZÉE, *supra*, note 5; B. TROTTIER, « Le contrôle juridique des multinationales », (1986) 27 C. de D. 419; K. ACQUAIAH *International Regulation of Transnational Corporation* New York, Praeger, 1986; C. LAZARUS *et al.* *L'entreprise multinationale face au droit*, Paris, Librairies techniques, 1977.

77. Sur les débats entourant les Codes de conduite des sociétés transnationales, voir P. SLAYTON « The OECD « soft law » for transnational business corporation », (1985) 14 *Can. Council Int. L.* 219; E.H. ROACH « The OECD and other international organizations « soft law » for transnational business », *id.* p. 201; T.J.M. ZUIDWIJK, « Some observations concerning codes of conduct for international business », *id.* p. 212.

pour désigner cet effet que les juristes de common law utilisent l'image du « voile corporatif », dont la protection a été solidement implantée par la Chambre des Lords dans le célèbre arrêt *Salomon*⁷⁸. Ce voile est normalement opaque, mais il peut devenir transparent, ou être levé, ou même percé (suivant les métaphores adoptées dans divers pays).

Pour s'en tenir au plan international, le rattachement politique peut être analysé comme une levée du voile corporatif puisqu'il s'agit habituellement d'écarter le résultat du rattachement juridique à l'aide d'une recherche du contrôle réel, ce qui implique bien une négation ou une atténuation du principe d'autonomie de la personnalité morale.

Un bon exemple de cette problématique dans le cadre des groupes de sociétés est celui de la responsabilité des sociétés mères à l'égard de leurs filiales. En effet, lorsque ses intérêts directs sont en jeu, l'État écarte facilement ce voile corporatif, comme nous l'avons vu en matière fiscale. Mais la même solution n'est pas aussi facilement accordée aux personnes privées victimes de la faillite d'une filiale abandonnée par une entreprise par ailleurs en excellente santé financière⁷⁹. Voilà un problème très pratique et important qui soulève des questions théoriques non négligeables.

— *Nature de la personnalité et du rattachement politique*

Les diverses hypothèses de rattachement politique tournent autour de la même notion : celle de contrôle. La personnalité n'y apparaît donc plus comme totalement autonome, mais comme un instrument dirigé par d'autres.

À première vue, cette pratique est beaucoup plus compatible avec la théorie de la fiction qu'avec celle de la réalité. Si la personnalité n'est qu'un instrument, il est naturel de rechercher qui le manipule. La levée du voile corporatif ferait la démonstration de la nature fictive de la personnalité. Mais la réalité est plus complexe.

Dans le domaine international, la levée du voile corporatif et les autres cas de rattachements politiques se présentent le plus souvent dans des contextes de groupes de sociétés, c'est-à-dire d'entreprises douées

78. *Salomon v. Salomon & Co*, [1897] A.C. 22.

79. *Multinational Gas and Petrochemical v. Multinational Gas and Petrochemical Services*, [1983] 3 W.L.R.492 (C.A.) et son commentaire par K.W. WEDDERBURN, *supra*, note 4. Sur cette question, voir aussi C. MONDANGE, *supra*, note 73, p. 584 s. ; C. SCHMITTHOFF, « Group Liability of Multinationals », *Legal problems of Multinationals Corporations*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1977, p. 74 (surtout p. 78 s.) ; R.E. CROTTY and R.G. BOGIN « Parent corporation liability for the acts of its subsidiaries », (1989) 3 *R.I.B.L.* 205.

d'une direction unifiée qui s'exerce à travers une pluralité de personnes juridiques. La transparence des voiles à l'intérieur du groupe peut alors être considérée comme une recherche de la réalité de l'entité malgré une diversité juridique issue de mécanismes mal conçus.

Ainsi, les problèmes de levée du voile corporatif ou du statut des groupes transnationaux d'entreprises ne permettent pas de trancher entre les diverses conceptions de la personnalité. Mais celles-ci ne sont pas sans effets sur les démarches intellectuelles possibles pour faire face à ces questions.

Conclusion

Ce rapide survol des règles de rattachement de la personnalité morale et de leurs liens avec les conceptions théoriques de la personnalité fait apparaître deux logiques différentes, pas nécessairement toujours antagonistes, mais opposées dans leur manière d'appréhender le sujet. La revue de la littérature disponible fait alors prendre conscience des difficultés du dialogue entre elles, car elles ne sont pas toujours explicites et utilisent les mêmes termes en leur accordant des significations très différentes.

La première ligne logique réunit l'idée de fiction de la personnalité, ou son expression adoucie de technicalité, avec un rattachement à la loi d'incorporation qui peut être choisie librement, en fonction des intérêts de l'opération visée. Cette démarche est parfaitement intégrée dans la conception normativiste du droit, avec son rôle juridique dominant de l'État et son respect de l'autonomie de la volonté des individus. Le système est cohérent et explique bien l'attitude des juristes de common law dans le domaine corporatif, ainsi que leur tendance à y limiter la notion de personnalité. Les résultats atteints sont d'ailleurs intéressants : flexibilité et sécurité juridique immédiate, deux qualités appréciées dans l'univers économique.

Les qualités à court terme de cette approche ne doivent cependant pas en faire oublier quelques inconvénients sérieux. Tout d'abord le caractère subalterne de la notion a probablement favorisé sa dénatura-tion. Aujourd'hui, la personne morale n'apparaît plus, dans bien des cas, que comme un sous-produit de l'impôt, un véhicule d'évasion fiscale. La manipulation des rattachements à des fins douteuses a bénéficié du laxisme de ce système. À l'inverse, cette conception demeure d'une rigidité marquée à l'égard des organisations qui n'ont pas respecté les formalités de l'incorporation en les privant, souvent au détriment de tiers, de toute personnalité. Enfin, elle est confrontée à des difficultés majeures face aux groupes de sociétés transnationaux.

La seconde ligne logique s'articule autour de la notion de reconnaissance d'une réalité que l'on rattache par son siège, le lieu où elle agit. Le droit doit alors être conçu en termes institutionnels et non seulement normatifs. Dans cet univers conceptuel, la personne morale joue un rôle important, essentiel même. Elle y répond à une volonté de prise en compte de la réalité sociale dans sa complexité. Cela explique, peut-être, les difficultés plus grandes de mise en œuvre qu'elle rencontre. Déterminer le siège social réel d'une entreprise est moins facile que de trouver sa loi constitutive, surtout si l'on tente cette opération dans un groupe de sociétés. Son succès est plus limité du fait de cette complexité et de l'inadéquation de certaines de ses techniques aux besoins immédiats du monde des affaires.

Pourtant elle fournit peut-être une meilleure base de départ pour affronter la crise actuelle du droit de la personnalité. La logique de la reconnaissance pourrait permettre de concevoir une différenciation des régimes applicables suivant la nature de la personnalité reconnue. Dans cette perspective, il serait possible de distinguer non seulement entre sociétés et associations, mais au sein de chacune de ces catégories, entre les organisations locales, purement nationales, les organisations étrangères, bénéficiant ou non d'un statut national, et les organisations transnationales, pour lesquelles il serait possible d'élaborer un modèle international d'encadrement national. Cette approche des entreprises transnationales (et des organisations associatives transnationales) semble plus riche de possibilités que les affrontements actuels, mais elle implique aussi une vision différente des liens entre entreprise et personnalité.

Il reste donc du travail à faire, car il apparaît que pour surmonter la crise actuelle du rattachement des personnes morales, il va falloir clarifier la nature de ces personnes en droit, et donc reprendre un débat théorique que beaucoup auraient souhaité éviter.