

DOCUMENTS - DOKUMENTEN - DOCUMENTS

LA CINQUANTE-DEUXIEME SESSION DE L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL

(Varsovie, 2-11 septembre 1965)

La cinquante-deuxième session de l'Institut de droit international s'est tenue du 2 au 11 septembre dans la capitale polonaise, Varsovie, ville si cruellement éprouvée par la seconde guerre mondiale, témoin des plus ignobles violations du droit international mais aussi du courage d'un peuple qui sut reconstruire ses palais, son histoire et sa culture.

Cinquante-cinq membres et associés appartenant à 23 nationalités participaient à la session. Pour les besoins de celle-ci, le bureau était composé de la manière suivante : Président : M. Winiarski; Vice-Présidents : MM. Andrassy et Offerhaus; Secrétaire général : M^{me} S. Bastid; Trésorier : M. P. Guggenheim.

Treize commissions organisèrent des réunions de travail et trois rapports furent discutés en séance plénière se concluant par le vote des trois résolutions qui sont examinées ci-dessous.

Au cours des élections statutaires, a été élu membre honoraire, M. Simón Planas-Suárez; ont été promus, au rang de membres titulaires : Sir Kenneth Bailey; MM. Colombos, Feinberg, Gros, Kunz, Liang, Maridakis, Quadri, Ulloa et Yokota; ont été élus associés MM. Jorge Castañeda (Mexique), Florentino P. Feliciano (Philippines), Stanislaw Hubert (Pologne), Vladimir M. Koretsky (U.R.S.S.), Pierre Lalive (Suisse), Pierre Pescatore (Grand-Duché de Luxembourg), José Maria Ruda (Argentine), Oscar Schachter (Etats-Unis d'Amérique), Etienne Szászy (Hongrie) et Sir Francis Aimé Vallat (Grande-Bretagne).

Avant de clore sa session, l'Institut décida d'appeler M. Jean Spiropoulos à sa Présidence et M. Haraldo Valladao à sa Vice-Présidence.

La prochaine session de l'Institut se tiendra en Grèce.

I. LE CARACTERE NATIONAL D'UNE RECLAMATION INTERNATIONALE
 PRESENTEE PAR UN ETAT EN RAISON D'UN DOMMAGE SUBI PAR UN INDIVIDU
 (Première Commission)

1. La première commission¹, constituée en 1962, a été chargée d'étudier « la protection diplomatique des individus en droit international » avec pour rapporteur le savant auteur américain Herbert W. Briggs². Ce dernier présenta, en novembre 1963, un exposé préliminaire et, en mars 1965, un rapport et un projet de résolution centrés sur le problème de la nationalité des réclamations présentées par un Etat en raison d'un dommage subi par un individu. En dépit de l'insistance de certains membres (M. Paul de la Pradelle notamment) de ne pas réduire ainsi la portée de la résolution aux seules personnes physiques, l'Institut n'a pas voulu préjuger des travaux de la 8^e commission chargée de l'étude de la protection diplomatique des entreprises.

2. La nationalité des réclamations joue un rôle central tant en matière de protection diplomatique que dans la théorie générale de la responsabilité de l'Etat du chef des dommages subis par des individus. Elle possède ainsi un double caractère à la fois limite substantielle à l'existence de la responsabilité et condition de recevabilité de l'action diplomatique ou juridictionnelle. C'est cependant sous ce dernier aspect que la commission et l'Institut ont entendu se placer, évitant ainsi les problèmes théoriques³.

Il fut aussi précisé au cours des délibérations que la résolution n'avait pas pour effet de remettre en question le principe selon lequel lorsque l'Etat présente une réclamation internationale, il fait valoir son droit propre. La protection diplomatique n'est pas exercée *en faveur* de l'individu ou en son nom.

3. Le traditionnel débat sur le caractère *de lege lata* ou *de lege ferenda* de la résolution ne fut pas évité. L'intention de l'Institut fut clairement de constater l'état du droit international positif tel qu'il ressort des accords internationaux, des compromis et des décisions arbitrales, judiciaires ou nationales.

C'est la raison pour laquelle l'Institut élimina du projet les éléments qui ne lui paraissaient pas répondre à l'état actuel du droit, notamment les extensions proposées à la règle du rattachement prépondérant en matière de double nationalité.

La résolution formule dès lors « les règles relatives au caractère national des réclamations telles qu'elles se dégagent de la pratique des Etats et de la jurisprudence internationale », règles « qui sont applicables en l'absence de dispositions contraires acceptées par les Parties ». (*Préambule, alinéas 1 et 4*). Ce dernier membre de phrase laisse aux Etats la possibilité d'adopter par voie d'accords internationaux ou de compromis des conditions différentes pour l'exercice de la protection diplomatique.

4. La portée de la résolution fut d'ailleurs précisée en vue d'en exclure certains aspects de la protection diplomatique dont l'étude est réservée soit : « les propositions susceptibles de favoriser l'amélioration de la protection des individus tant par la procédure diplomatique que

¹ La première commission était composée de : M. Herbert W. Briggs, *rapporteur* et de M. Roberto Ago, du Baron F.M. van Asbeck, de MM. Rudolf L. Bindschedler, Constantin Th. Eustathiades, Nathan Feinberg, Sir Gerald Fitzmaurice, MM. André Gros, Paul Guggenheim, Eduardo Jiménez de Aréchaga, Herman Mosler, Paul de Visscher, Ben Atkinson Wortley, Quincy Wright, *membres*.

² L'étude de la protection diplomatique des *entreprises* est, en revanche, confiée à la huitième commission dont le rapporteur est l'éminent juriste romain, M. Roberto Ago.

³ *Exposé préliminaire*, pp. 9-10.

par d'autres méthodes et notamment par toute procédure spéciale établie par une organisation internationale » (*Préambule, alinéa 3*).

Ceci réserve les développements actuels que présente la matière de la protection internationale des droits de l'homme, des apatrides ou des réfugiés et les procédures spéciales établies au sein d'organisations internationales, ainsi, dans le cadre de l'O.I.T., celui du Conseil économique et social de l'O.N.U. ou celui du Conseil de l'Europe.

Il n'est pas non plus porté atteinte à l'évolution actuelle selon laquelle la réclamation internationale peut, dans certains cas, être présentée par une organisation internationale et non pas par un Etat (*cf. Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*). L'attention de l'Institut fut aussi attirée par l'action du Saint-Siège dans de nombreux cas individuels.

La Commission et l'Institut ont ainsi clairement reconnu que s'ils s'attachaient à déclarer les règles de la protection diplomatique classique, ils n'entendaient nullement mésestimer des institutions en gestation dont l'étude serait prématurée.

5. La règle de base définie par la résolution est qu'une réclamation internationale doit avoir le caractère national de l'Etat requérant à la date de sa présentation comme à la date du dommage. Cette exigence du caractère national à ces deux dates critiques ne va pas sans causer de multiples situations inévitables.

Certains membres, ainsi MM. Quincy Wright et Spiropoulos, ont indiqué qu'ils considéraient qu'une règle prévoyant l'exercice de la protection diplomatique par l'Etat national quelle qu'elle ait été la nationalité de la réclamation à l'origine, serait mieux adaptée aux exigences de la vie internationale que la règle traditionnelle énoncée au projet. Une telle proposition qui avait déjà été défendue en 1934 par N. Politis, aurait cependant modifié radicalement l'esprit du projet qui, conformément à la conception classique, repose sur le principe que c'est l'Etat qui subit le dommage et non l'individu, que l'Etat fait valoir son droit propre, pas celui de l'individu. L'Institut, à la suite de la Commission, fidèle au cadre du droit existant qu'elle s'était tracé, préféra reconnaître la règle coutumière fermement établie de l'exigence du caractère national aux deux dates critiques : celle du dommage et celle de la présentation de la réclamation.

La seconde de ces dates fut jugée insuffisante par certains membres qui soutenaient que la nationalité devait être exigée jusqu'à la décision finale, aboutissement d'une négociation ou décision arbitrale ou judiciaire. Cette façon de voir, jugée plus sévère que ne le requiert le droit positif, fut repoussée par l'Institut.

Il en fut de même de la proposition tendant à exiger la continuité du caractère national entre les deux dates. L'amendement en ce sens de M. Castrén fut repoussé par 25 voix contre 6 et 4 abstentions.

L'article 3 b) donne une définition, au demeurant fort brève, de la date du dommage. Il est entendu que c'est celle du dommage subi par l'individu qui entre en ligne de compte, pas celle du dommage subi par l'Etat requérant.

Par date de la présentation, on entend, en cas de réclamation par voie diplomatique, la date de la présentation formelle de la réclamation par un Etat⁴ et, en cas de recours à une juridiction internationale, la date du dépôt de la demande auprès de celle-ci (article 3 c). Si une réclamation judiciaire succède à une réclamation diplomatique, c'est la date de la saisine du tribunal qui seule comptera.

6. La sanction du caractère non national de la réclamation a donné lieu à plus de controverses. On se mit aisément d'accord sur le fait que le défaut de caractère national de la

⁴ Il fut précisé au cours des débats que l'exercice de la protection consulaire ne devait pas être assimilé à celui de la protection diplomatique. La première n'intervient qu'à l'échelon local et elle ne fait valoir que le droit de l'individu, pas celui de l'Etat dont il est le national.

réclamation diplomatique donne à l'Etat auquel elle est présentée la *faculté* de la rejeter. En effet, un Etat est libre de rejeter ou non dans ce cas la réclamation en fonction de considérations d'opportunité dont il est seul juge. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une réclamation portée devant une juridiction, selon les uns, le juge *doit* (il est lié par le droit), selon les autres, il *peut* déclarer la requête irrecevable (si l'Etat défendeur soulève l'exception).

La difficulté fut habilement tournée en disant simplement « Devant la juridiction saisie d'une telle réclamation, le défaut de caractère national est une cause d'irrecevabilité » (*article 1^{er} a) in fine*).

7. La pratique diplomatique et judiciaire a été le témoin d'un certain nombre d'événements venant interrompre ou supprimer le caractère national de la réclamation par suite d'un changement de nationalité de l'individu qui a subi le dommage. Ces changements peuvent se produire du fait de modifications territoriales de l'Etat auquel il ressortissait, de l'accession à l'indépendance de l'Etat dont il est le national, de modifications de son statut de droit privé (volontaire ou *ex lege* par mariage, divorce, décès, etc...) ou lorsque le bénéficiaire de la réclamation internationale est une autre personne que l'individu lésé originellement (subrogation des assureurs).

Toutes ces situations sont également dignes d'intérêt et sources de conséquences inévitables qu'a relevées fréquemment la doctrine. Seule la dernière avait été étudiée par la Commission.

Le cas des successions d'Etats fut brillamment plaidé par plusieurs membres : M. Wengler, Sir Kenneth Bailey, MM. Andrassy, de Luna et Jessup notamment. On fit valoir que le texte du projet permettait de rejeter les réclamations toutes les fois qu'elles ne possèdent pas le caractère national aux deux dates critiques. S'appliquant aux cas de cession, fusion ou démembrements de territoires, il aboutissait à de véritables dénis de justice.

Mais c'est surtout le cas des Etats nouveaux, paralysés pour tout dommage subi par leurs nationaux avant l'accession à l'indépendance, qui devait faire l'objet de vibrantes interventions des orateurs précités et de MM. Forster et Zourek.

L'Institut considéra qu'il fallait reconnaître une exception immédiate en ce qui concerne l'accession à l'indépendance des nouveaux Etats, même si l'expression « nouveaux Etats » n'est pas toujours des plus claires. Pour les questions de modifications territoriales, impliquant de délicats problèmes de succession d'Etats, il a été jugé préférable de les réserver en vue d'un examen ultérieur par la Commission. L'article premier, alinéa b) consacrant l'exception en faveur des Etats nouveaux fut adopté par 32 voix, aucune voix contre et 4 abstentions. Les modifications de statut de droit privé furent également réservées pour un examen ultérieur (*Préambule, alinéa 3*).

En revanche, l'article 2 traite du cas où le bénéficiaire d'une réclamation est une autre personne que l'individu lésé originellement. La réclamation ne sera recevable que si le bénéficiaire et l'individu lésé originellement ont la même nationalité. Dans l'hypothèse d'une cession de créance à un étranger, par exemple, cession survenue entre les deux dates critiques, la réclamation ne sera pas recevable qu'elle soit présentée par l'Etat dont le cédant avait la nationalité au moment du dommage mais a cédé ses droits avant la présentation de la réclamation à un national d'un autre Etat ou qu'elle soit présentée par l'Etat dont le cessionnaire est national alors que le cédant est national d'un autre Etat.

8. Quant à l'article 4, il se réfère aux problèmes de double nationalité et de naturalisation.

Pour ce qui est de la double nationalité, la Commission, suivant en cela les enseignements de la sentence *Mergé*, rendue par la Commission de conciliation Italie - Etats Unis en 1955, proposait la règle suivante : « une réclamation internationale en faveur d'un individu qui possède, en même temps les nationalités de l'Etat requérant et de l'Etat requis, est irrecevable à moins que l'intéressé possède un lien de rattachement prépondérant avec l'Etat requérant ».

Ce point de vue fit l'objet de vives critiques comme allant à l'encontre d'un principe bien établi du droit international public et de l'article 4 de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, selon lequel :

« Un Etat ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un Etat dont celui-ci est aussi le national ».

Il n'y a, en outre, aucun cas connu dans la pratique internationale où cette règle aurait été acceptée. L'amendement de MM. Bindschedler et von der Heydte tendant à supprimer les termes : « à moins que l'intéressé possède un lien de rattachement prépondérant avec l'Etat requérant » fut adopté par 14 voix contre 11 et 9 abstentions.

Dans l'hypothèse où la double nationalité ne met pas en cause celle de l'Etat requis, le critère du lien de rattachement prépondérant fut entièrement admis comme conforme à la pratique diplomatique et à la Convention de La Haye de 1930. L'alinéa b) de l'article 4 fut adopté par 21 voix contre 1 et 5 abstentions.

Le projet de la Commission contenait également une définition de ce qu'il fallait entendre par un rattachement prépondérant :

« Les critères permettant de déterminer le caractère prépondérant du rattachement d'un individu comprennent : sa résidence habituelle, l'Etat dans lequel il exerce d'ordinaire ses droits civils et politiques et d'autres liens de rattachement d'où l'on peut dégager une solidarité effective d'existence, d'intérêts et de sentiments avec un Etat ».

Toutefois, l'Institut considéra préférable de ne pas approuver de formules trop précises en risquant d'être incomplet dans une matière où il convient de laisser se développer la pratique des Etats et la jurisprudence des tribunaux.

Concernant la naturalisation, l'alinéa c) de l'article 4 codifie la jurisprudence de l'arrêt *Nottebohm*. Malgré certaines oppositions, cet alinéa fut adopté par 21 voix contre 7 et 7 abstentions.

L'ensemble de la résolution fut adopté par 31 voix, aucune voix contre et 7 abstentions dans le texte figurant ci-dessous.

Jean J.A. Salmon

Le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un Etat en raison d'un dommage subi par un individu

(Première Commission)

L'Institut de Droit international,

Considérant qu'il est opportun de formuler avec précision les règles relatives au caractère national des réclamations telles qu'elles se dégagent de la pratique des Etats et de la jurisprudence internationale,

Réservant l'étude des propositions susceptibles de favoriser l'amélioration de la protection des individus tant par la protection diplomatique que par d'autres méthodes et notamment par toute procédure spéciale établie par une organisation internationale,

Réservant plus spécialement pour un examen ultérieur les cas où l'individu qui a subi

le dommage a changé de nationalité soit par suite de modifications territoriales de l'Etat auquel il ressortissait, soit par suite de modifications de son statut de droit privé,

Adopte les règles suivantes qui sont applicables en l'absence de dispositions contraires acceptées par les Parties :

Article premier

a) *Une réclamation internationale présentée par un Etat en raison d'un dommage subi par un individu peut être rejetée par l'Etat auquel elle est présentée si elle ne possède pas le caractère national de l'Etat requérant à la date de sa présentation comme à la date du dommage. Devant la juridiction saisie d'une telle réclamation, le défaut de caractère national est une cause d'irrecevabilité.*

b) *Une réclamation internationale présentée par un Etat nouveau, en raison d'un dommage subi par un de ses nationaux avant l'accession à l'indépendance de cet Etat, ne peut être rejetée ou déclarée irrecevable en application de l'alinéa précédent pour la seule raison que ce national était auparavant ressortissant de l'ancien Etat.*

Article 2

Lorsque le bénéficiaire d'une réclamation internationale est une autre personne que l'individu lésé originairement, la réclamation peut être rejetée par l'Etat auquel elle est présentée et est irrecevable devant la juridiction saisie, à moins d'avoir possédé le caractère national de l'Etat requérant aussi bien à la date du dommage qu'à celle de sa présentation.

Article 3

a) *Une réclamation internationale présentée en raison d'un dommage subi par un individu possède le caractère national d'un Etat lorsque cet individu est un national de cet Etat ou une personne que cet Etat est autorisé, en vertu du droit international, à assimiler à ses propres nationaux aux fins de la protection diplomatique.*

b) *Par date du dommage, il y lieu d'entendre la date de la perte ou du préjudice subi par l'individu.*

c) *Par date de la présentation, il y a lieu d'entendre, en cas de réclamation par voie diplomatique, la date de la présentation formelle de la réclamation par un Etat et, en cas de recours à une juridiction internationale, la date du dépôt de la demande auprès de celle-ci.*

Article 4

a) *Une réclamation internationale présentée par un Etat, en raison d'un dommage subi par un individu qui possède en même temps les nationalités de l'Etat requérant et de l'Etat requis, peut être rejetée par celui-ci et est irrecevable devant la juridiction saisie.*

b) *Une réclamation internationale présentée par un Etat en raison d'un dommage subi par un individu qui possède, en plus de la nationalité de l'Etat requérant, celle d'un autre Etat que l'Etat requis, peut être rejetée par celui-ci et est irrecevable devant la juridiction saisie, à moins qu'il puisse être établi que l'intéressé possède un lien de rattachement prépondérant avec l'Etat requérant.*

c) *Une réclamation internationale présentée par un Etat en raison d'un dommage subi par un individu peut être rejetée par l'Etat requis ou déclarée irrecevable lorsque, compte tenu des circonstances propres à la cause, il apparaît que la naturalisation a été octroyée à cet individu en l'absence de tout lien de rattachement.*

(10 septembre 1965)

II. LES SOCIÉTÉS ANONYMES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

(Vingt-huitième Commission)

Le titre de la Résolution votée par l'Institut le 10 septembre 1965 ne laisse pas d'être assez vague quant à l'étendue du sujet traité et aux limites que la 28^e Commission⁵ et son éminent rapporteur, M. Van Hecke, se sont imposées. Les deux rapports et le texte du projet de préambule précisaient les buts poursuivis; ce ne fut pas cependant un des moindres problèmes que de s'accorder sur le champ d'application de la Résolution.

Un délicat problème de définition constituait une seconde difficulté rendue plus ardue encore par l'introduction de termes de nature plus économique — voire géographique — que juridique.

Les débats que ces problèmes suscitèrent ont permis d'éclairer la matière fondamentale de droit international privé de la Résolution : l'application relative de la *lex societatis* et de la loi du siège réel, dont les principes de répartition n'ont fait l'objet que de peu de remarques.

1. Objet de la Résolution

Proposé dans les deux rapports, présentés dans le projet de préambule, confirmés par le Rapporteur lors de la première séance plénière, les buts poursuivis devaient encore être précisés au cours des débats.

La Résolution doit « aider à surmonter l'opposition qui existe actuellement en matière de facteur de rattachement » des sociétés anonymes déployant leur activité dans un ou plusieurs Etats, autres que celui de leur constitution.

Le principe essentiel est l'application générale à ces sociétés du régime de la loi de la société : le principe est affirmé avec vigueur afin que les Etats, dont aucune règle de droit international ne pourrait cependant limiter les pouvoirs en cette matière, usent de la plus grande prudence « dans l'exercice de leur faculté d'appliquer aux sociétés étrangères les dispositions de leur propre législation ».

L'affirmation de la prédominance de la *lex societatis* a pu paraître à certains un hommage rendu à la théorie de l'autonomie de la volonté : le but poursuivi serait alors « de dire que la loi du pays choisi par les fondateurs d'une société pour constituer celle-ci est applicable pour régir la vie interne de la société, avec toutefois des exceptions visant à éviter délibérément la loi qui serait normalement applicable ». Il convient de reconnaître que le texte de la Résolution ne dément pas cette optique; l'article premier du Projet était rédigé de telle sorte que le principe de la liberté du choix de la loi applicable semblait essentiel. Mais d'une part, il s'agissait du choix, non de la loi, mais du pays dont la loi serait appliquée, d'autre part, ce choix était exempt de gratuité parce que la société était obligée d'y fonder son siège statutaire.

En fait, et la rédaction définitive de l'article premier en témoigne, il s'agissait de trancher entre deux lois également susceptibles de régir la société, soit la loi de « l'incorporation » ou de la constitution, soit celle du siège de ses activités réelles. Toute la Résolution n'est qu'un compromis entre ces deux lois; la première cependant reçoit une place nettement prédominante pour régir la vie interne de la société.

La cause profonde de ce compromis réside dans un besoin d'uniformité et de stabilité juridique : faut-il, comme cela a été dit en séance, en chercher le fondement sous-jacent dans le souci d'éviter que des sociétés à buts frauduleux ne puissent abusivement profiter

⁵ La 28^e Commission se composait de MM. George-A. Van Hecke, rapporteur, Batifol, Cheatham, Egawa, Maury, Miaja de la Muela, Offerhaus, Sereni, Wengler, Wortley et de Yanguas Messia, membres.

de la législation du siège qu'elles ont choisi et fassent ainsi concurrence aux sociétés loyales de cet Etat ?

L'équilibre réalisé par la Résolution tend principalement à circonscrire et à résoudre les principaux conflits de lois relatifs aux sociétés par actions agissant dans un Etat autre que celui de leur constitution. Dès lors, on comprend aisément le soin que prit la Commission d'éviter d'autres problèmes relatifs aux sociétés étrangères et notamment les règles de reconnaissance qui n'auraient pas d'incidence directe sur l'activité des sociétés, telles celles relatives à la protection diplomatique.

2. Domaine d'application de la Résolution

1. Conflits de lois interrégionaux.

La question de l'extension de la portée de la Résolution aux conflits interrégionaux a été posée à l'occasion d'un débat sur la nécessité de remplacer, dans les articles du projet, le mot « pays » par celui d' « Etat ».

Introduit par une remarque d'ordre rédactionnel lors de la discussion de l'article 2, le problème prit rapidement de l'ampleur : en effet, si l'on s'accorda aisément sur la substitution d'un terme par l'autre dans le texte de cet article, le Rapporteur insista pour que cette concession ne préjugât pas la terminologie utilisée dans les articles suivants. Le terme « pays », plus neutre que celui d' « Etat », permettait d'appliquer la Résolution aux conflits interrégionaux.

Les publicistes notamment s'opposèrent à pareille extension du domaine d'application du texte : la Résolution ne doit viser que les Etats souverains dont l'ordre juridique étatique est seul susceptible de constituer le facteur de rattachement en matière de conflit de lois. On invoqua le fait que l'obligation créée possédait un caractère juridique international et qu'il ne convenait pas de remettre en question une attitude qui a triomphé à l'Assemblée générale des Nations Unies et à la Commission du Droit International concernant la clause fédérale.

Si certains Membres se sont accordés pour reconnaître la confusion générale de la terminologie et l'imprécision des notions d' « Etat » et de « Pays », la majorité des intervenants a constaté que le droit international public ne connaît que la notion juridique d'Etat.

Ce terme se justifiait pleinement dans l'article 2; or il semblait nécessaire d'éliminer toute contradiction terminologique non seulement entre cet article et le reste de la Résolution, mais encore entre le corps de celle-ci et le Préambule.

Mais une distinction s'imposait : l'article 2, ainsi que le Préambule, s'adressent aux Etats à qui ils imposent une obligation; de même les articles 6, 9, 10 et 12 proposent des règles de conflit que les Etats doivent mettre en œuvre; leur application aux conflits interrégionaux a été également repoussée.

Par contre, les articles 3 et 4 analysent une situation objective où le mot « pays » possède une signification géographique et économique réelle.

Aussi a-t-il semblé que ce terme était particulièrement indiqué pour traduire la situation visée. L'article 3 devait cependant susciter de nouveaux débats sur ce même problème du domaine d'application de la Résolution.

Quelques Membres défendirent l'opinion que le texte ne devait viser que les Etats unitaires et ne pas se référer aux Etats plurilégislatifs. Mais la majorité de l'Assemblée reconnut l'importance des systèmes juridiques fédéraux; il ne convenait en aucune façon de les écarter du champ d'application de la Résolution.

Plusieurs propositions furent formulées qui tenaient compte de ces diverses opinions : M. De Nova suggéra d'utiliser l'expression « partout » à l'article 2 et de réserver le mot « pays » aux seuls articles 3 et 4. MM. De Visscher et Quadri proposèrent que l'article 3 se réfère à « l'ordre juridique » du pays du siège réel. M. Offerhaus estimait possible de

résoudre la difficulté en utilisant le mot « Etat » dans toute la Résolution mais d'ajouter à la fin du Préambule un paragraphe recommandant aux Etats que les conflits de lois interrégionaux soient résolus selon les mêmes règles; MM. De Visscher et Wengler voulaient au contraire les exclure expressément.

Une proposition de M. Ruegger rallia la majorité; elle usait d'une expression fort neutre : « Si la société a son siège réel et l'objet principal de son entreprise *ailleurs qu'au lieu 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. »

Mais ce fut en fin de compte une autre expression qui fut adoptée lors du vote de la Résolution article par article : « Si une société a son siège réel et l'objet principal de son entreprise *hors du territoire où est en vigueur la loi de sa constitution*,... ».

Le problème devait surgir de nouveau lors de la discussion du Préambule; au niveau des principes, deux théories restaient en présence : l'application de la Résolution aux conflits de lois interrégionaux; leur exclusion, mais avec un additif précisant que la Résolution serait cependant applicable dans les relations internationales lorsque le conflit de lois surgirait *entre deux Etats dont l'un ne possède pas de législation uniforme sur les sociétés anonymes*, de manière à inclure expressément les Etats fédéraux.

C'est à cette dernière prise de position que s'était rangée la majorité des Membres, y compris le Rapporteur. Mais chacun admit que si la Résolution s'adressait uniquement aux Etats, il ne convenait pas pour autant de rejeter définitivement toute application du texte aux conflits interrégionaux, en les excluant de façon expresse. C'est la raison pour laquelle on abandonna toute forme d'amendement limitatif en cette matière.

2. Sociétés à statut international

Un second problème relatif au domaine d'application de la Résolution fut soulevé lorsque l'objet même des conflits de lois que l'Institut désirait résoudre fut débattu.

La Résolution vise les sociétés anonymes qui exercent leurs activités dans un ou plusieurs pays autres que celui de leur constitution; par leurs activités, elles sont des sociétés internationales. Mais il convient de ne pas les confondre avec les sociétés internationales par leur statut, parce qu'elles ont été créées soit par un traité entre Etats soit par une décision d'une organisation internationale. Ces dernières sont relativement rares mais constituent un phénomène nouveau qui tend à s'amplifier.

L'Institut s'est prononcé pour l'exclusion de ces sociétés du champ d'application de la Résolution.

Plusieurs propositions ont été faites qui prévoyaient une adjonction en ce sens au Préambule (amendements de M. Jenks et de M. Sereni).

Le Rapporteur n'était pas convaincu de la nécessité de ces amendements; en effet il existe toujours — c'est une constatation de fait et de pratique constante — un ordre juridique national qui s'applique à ces sociétés, tout au moins de façon subsidiaire.

Mais il accepta à titre de compromis qu'une réserve soit faite dans le Préambule; elle s'est traduite par une adjonction au 5^e alinéa : « Recommande à l'adoption de tous les Etats les règles suivantes pour résoudre les conflits de lois concernant les sociétés anonymes *constituées en vertu d'une loi interne* ».

3. Relations entre le droit international privé et le droit international public

Un des motifs invoqués pour éloigner du champ de la Résolution les sociétés dotées d'un statut international était la nécessité de se limiter aux questions de droit international privé et de ne pas aborder le droit international public auquel ces sociétés ressortissent.

M. de la Pradelle s'était étonné de voir le projet exclure toute référence au droit des gens sauf une incise à l'alinéa 4 du projet de Préambule; c'est cependant dans le sens d'une exclusion totale du droit international public du texte de la Résolution que se prononcèrent

les Membres de l'Institut. Ils invoquèrent la nécessité de dissiper toute équivoque et de préciser que la Résolution a trait au seul droit international privé, et plus exactement aux conflits de lois.

Il a toutefois semblé peu utile de faire mention de ce problème dans la Résolution; mais la référence au droit international public général fut supprimée du texte du 4^e alinéa du Préambule.

3. Problèmes de définition

On a vu les difficultés suscitées par l'emploi du mot « pays »; le Rapporteur a, dans son projet de Résolution, distingué plusieurs situations juridiques en choisissant avec précision les termes, de nature juridique ou économique, qui semblaient le mieux y correspondre.

Leur signification exacte, au sens de la Résolution, a fait l'objet de certaines remarques importantes : ainsi en est-il de la notion d'*établissement*, dont la signification fut débattue lors de la discussion de l'article 9. Dans les articles précédents, le mot désigne les succursales, les filiales des sociétés; au sens de l'article 10, il comprend de plus la notion du siège réel de l'entreprise. Cette extension est d'importance : elle permet à un Etat de dissoudre une société étrangère dont le siège réel se trouve sur son territoire, dans le seul intérêt des créanciers, en respectant toutefois les conditions prévues par la loi de cet Etat.

La notion de *siège réel* est définie à l'article 5; à l'instar des tribunaux des Etats-Unis, l'Institut pouvait suivre deux critères : le siège réel signifiait soit le « centre nerveux » d'une société, le lieu où se réunit le conseil d'administration, soit le lieu matériel des activités ou des opérations. L'Institut a suivi le premier de ces critères.

Cependant, à l'article 3, qui détermine certaines conditions dans lesquelles un Etat peut refuser la reconnaissance d'une société étrangère, la notion de siège réel a été complétée par celle de *l'objet principal de l'entreprise* lequel n'est pas autrement précisé. Les critères qui le définissent sont laissés à l'appréciation entière du juge.

Enfin le *lien effectif* existant entre une société dont le siège réel est situé hors du territoire où est en vigueur la loi de sa constitution, et le territoire, est défini (article 4, 2^e alinéa), de façon négative et exemplative, selon des critères qui ne répondent pas aux vœux des pays socialistes.

4. Problèmes de droit international privé

L'analyse de l'article 3 a permis d'aborder quelques questions ressortissant plus spécialement au droit international privé.

L'une concerne l'organe compétent pour refuser la reconnaissance d'une société comme sujet de droit; la Résolution ne le désigne pas mais le Rapporteur a estimé que seul le juge était intéressé sauf si le législateur lui enjoint une solution déterminée. (M. Batiffol a parlé de jurisprudence plutôt que de juge.)

L'autre question touche à la *régularité* de la constitution de la société au regard de la loi du lieu de son siège réel.

Deux interprétations étaient possibles selon que l'on voulait considérer soit les règles substantielles de cette loi, soit ses règles de conflit, auquel cas on admettait le renvoi. La Résolution suit cette dernière interprétation.

Un Etat tiers peut donc ne pas reconnaître une société anonyme si telle est l'attitude de l'Etat de son siège réel. M. Batiffol a cité à cet égard une décision française récente concernant la régularité de la constitution de la Banque Ottomane : la Banque défenderesse prouva que son siège réel était à Londres et qu'en Grande-Bretagne la constitution de la Banque était régulière pourvu que la loi turque la considérât comme telle. Le juge français saisi a accepté cette façon de voir qui est d'ailleurs conforme à la Convention de La Haye.

5. *Domaines d'application respectifs de la loi de la société et de la loi du siège réel*

Les articles 7 à 13 de la Résolution établissent par le détail l'étendue de l'application de la loi du lieu de la constitution de la société et de celle de son siège réel, ou d'une activité spécifique de la société.

La répartition de leur domaine d'application a, en général, soulevé peu de critiques : suivant le principe qui a guidé les auteurs de la Résolution cette répartition reflète une nette prédominance de la *lex societatis*.

Malgré l'évidente clarté du texte, certaines imprécisions subsistaient :

- La formule cumulative de l'article 10, en ce qui concerne l'émission publique d'actions et d'obligations, recèle une certaine ambiguïté : les dispositions contradictoires des deux lois cumulées peuvent, dans certains cas, rendre l'émission impossible. C'est une éventualité que la Résolution ne résout pas.
- La loi de la société régit les pouvoirs de représentation des organes de la société (articles 8 et 11) : mais d'une part, la responsabilité pour excès de pouvoir est soumise à la loi du lieu où la déclaration de volonté a été émise (article 11), d'autre part, la protection des tiers est assurée par la limitation qu'impose l'article 12 au droit de la société d'invoquer certaines restrictions particulières de la *lex societatis*.

Le but de cet article est d'établir un compromis entre la protection due aux tiers de bonne foi et les intérêts des actionnaires, protégés par la loi de la société.

Le débat porta sur le danger que l'interprétation de l'alinéa second de l'article 12 pouvait entraîner : M. Kahn-Freund avait regretté, lors de la discussion générale, que la Résolution s'exprime en termes de *lex loci contractus* et non en termes de loi applicable au contrat, de *lex causae*. Au cours des débats relatifs à l'article 12, il s'inquiéta, en conséquence, du fait que le lieu de conclusion de contrat, qui peut être accidentel, pouvait, aux termes de l'alinéa second, être considéré comme déterminant en ce qui concerne la protection des tiers vis-à-vis de la société. L'adoption d'un amendement ne parut cependant pas nécessaire à l'Institut.

L'ensemble de la Résolution fut adopté par 36 voix, et 2 abstentions dans le texte figurant ci-dessous.

Paul Biot

Les sociétés anonymes en droit international privé

(Vingt-huitième Commission)

L'Institut de Droit international,

Reprenant le sujet déjà traité en ses Sessions de Hambourg (1891) et de New York (1929) et prenant en considération les travaux récents de la Conférence de La Haye de droit international privé et de l'International Law Association;

Désirant contribuer à surmonter l'opposition qui existe actuellement en matière de facteur de rattachement des sociétés anonymes;

Prenant en considération l'intérêt résultant pour la communauté internationale d'une intensification des relations économiques internationales par la possibilité pour les sociétés d'exercer directement et sous le seul régime de la loi de la société leur activité dans les Etats autres que celui dont la loi les régit;

Estimant que la prise en considération de cet intérêt conduit à énoncer les limites que les Etats devraient respecter dans l'exercice de leur faculté d'appliquer aux sociétés étrangères les dispositions de leur propre législation, notamment les dispositions tendant à protéger les créanciers nationaux de ces sociétés et à assurer entre celles-ci et les sociétés de droit interne des chances égales dans la concurrence;

Recommande à l'adoption de tous les Etats les règles suivantes pour résoudre les conflits de lois concernant les sociétés anonymes constituées en vertu d'une loi interne :

Article premier

Une société anonyme est régie par la loi en vertu de laquelle elle a été constituée.

Article 2

Toute société formée conformément à la loi désignée à l'article premier sera reconnue dans tous les autres Etats comme un sujet de droit.

Article 3

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.

Article 4

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.

Article 5

Le siège réel d'une société est l'endroit où elle a le centre principal de direction et de gestion de ses affaires, même si les décisions qui y sont prises le sont conformément à des directives émanant d'actionnaires résidant ailleurs.

Article 6

Une société reconnue conformément aux dispositions qui précèdent jouit de tous les droits qui lui appartiennent en vertu de la loi qui la régit, à l'exception des droits que l'Etat de reconnaissance refuse soit aux étrangers, soit aux sociétés nationales d'un type correspondant.

Elle ne peut toutefois exercer son activité que dans les conditions imposées par les lois locales relatives à l'exercice des activités économiques.

Article 7

La loi de la société régit les conditions de forme et de fond de la constitution de la société. Elle régit notamment les exigences relatives au capital tant lors de la constitution qu'au cours de l'existence de la société.

Article 8

La loi de la société détermine les organes nécessaires au fonctionnement de la société, leurs pouvoirs, les droits et obligations des organes et des actionnaires tant entre eux qu'envers la société, en ce inclus notamment la protection des actionnaires minoritaires et le remplacement des actions perdues ou volées.

Article 9

Lorsqu'une société possède pour l'exercice de son activité un établissement dans un Etat autre que celui de sa constitution, l'Etat dans lequel est situé cet établissement peut imposer à la société des obligations tenant à :

a) La publicité ou l'enregistrement de ses statuts, de ses comptes annuels et des pouvoirs de ses organes;

b) La désignation d'un représentant chargé de la direction de l'établissement et l'application éventuelle à ce représentant des lois locales concernant les pouvoirs et les responsabilités des organes directeurs;

c) L'application des dispositions locales concernant l'association des travailleurs à l'entreprise mais seulement au niveau de l'établissement;

d) La protection des créanciers par la constitution de garanties financières.

L'Etat dans lequel est situé l'établissement peut également, dans l'intérêt des créanciers et dans les conditions prévues par sa propre loi, procéder à la liquidation de l'établissement et des autres biens de la société qui se trouvent dans cet Etat.

Article 10

L'émission publique des actions est soumise cumulativement aux dispositions tant de la loi de la société que du pays où a lieu l'émission. L'émission publique d'obligations est soumise cumulativement aux dispositions tant de la loi du contrat d'emprunt que du pays où a lieu l'émission.

Article 11

Les pouvoirs de représentation des organes sociaux sont déterminés par la loi de la société. La responsabilité de celui qui a émis une déclaration de volonté par laquelle la société n'est pas liée est soumise à la loi du lieu où cette déclaration de volonté a été émise.

Article 12

Dans le cas des contrats conclus dans un pays autre que celui de la constitution, la société ne peut invoquer les restrictions que la loi de la société impose au pouvoir de représentation de l'organe qui a conclu le contrat si de telles restrictions n'existent pas conformément à la loi du lieu où le contrat est conclu et si le cocontractant pouvait raisonnablement ignorer les dispositions de la loi de la société.

Pour l'application de la disposition qui précède, un contrat est réputé conclu dans un pays déterminé seulement s'il y est conclu inter praesentes ou, dans le cas des contrats conclus par correspondance, si l'offre et l'acceptation ont toutes deux été émises dans ce pays.

Article 13

La responsabilité encourue du chef de violations de la loi de la société est régie par la loi de la société.

Article 14

La loi applicable en vertu des articles qui précèdent peut être écartée lorsque, dans un cas déterminé, son application entraînerait un résultat manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

(10 septembre 1965)

III. LE RENVOI EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

(Vingt-troisième Commission)

La délicate question du « renvoi » en droit international privé que la 23^e Commission⁶ et son éminent Rapporteur M. Maridakis, avaient été chargés d'étudier lors de la session de l'Institut de 1952 fut l'objet d'une seule mais poignante séance à la session de Varsovie. Le Rapporteur avait toujours défendu la doctrine classique de l'Institut définie en 1900 à la session de Neuchâtel : elle excluait l'application des règles de droit international privé de la loi étrangère pour n'admettre que l'application du droit matériel étranger.

L'évolution de la matière du renvoi, que l'Institut avait ressentie lors de sa session d'Oslo en 1932 puis à Salzbourg en 1961, ne permettait cependant pas au Rapporteur de s'écarter de la tradition qui choisit le rejet du renvoi comme point de départ, quitte à déterminer, ensuite, des exceptions à ce principe général.

Cette stricte prise de position du Rapporteur n'a pas rencontré la faveur des autres membres de la Commission; le problème du renvoi reçoit des solutions divergentes et nouvelles au point que l'objet de la Commission ne répond plus à son évolution actuelle.

C'est la raison pour laquelle la Résolution décide de dissoudre la 23^e Commission et de recommander à la Commission des Travaux d'examiner l'opportunité de créer une nouvelle Commission chargée d'étudier les problèmes relatifs à la prise en considération de règles de conflit étrangères.

La Résolution a été votée par 15 voix contre 6 et 14 abstentions dans le texte ci-dessous.

Paul Biot

Le renvoi en droit international privé

(Vingt-troisième Commission)

L'Institut de Droit international,

Considérant que le but de la vingt-troisième Commission, chargée de traiter le renvoi en droit international privé et créée en 1952, était d'étudier le problème du renvoi sous sa forme classique, tel qu'il a été présenté à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle,

Considérant que dans cet esprit l'éminent Rapporteur a fait une étude approfondie et que les membres de la Commission ont présenté d'importantes observations,

Mais considérant, d'autre part, qu'au cours des dernières années le sujet s'est développé et élargi parce que de nouvelles questions, ayant trait de manière générale à la prise en considération des règles de conflit étrangères, sont apparues qui sont dignes d'une étude spéciale et détaillée, mais ne sont pas encore suffisamment élucidées pour faire déjà l'objet d'une Résolution,

Exprime au Rapporteur de la vingt-troisième Commission son admiration et sa très vive reconnaissance,

Prend la résolution de dissoudre la vingt-troisième Commission et de recommander à la Commission des travaux d'examiner l'opportunité de créer une nouvelle Commission chargée d'étudier les problèmes relatifs à la prise en considération des règles de conflit étrangères.

(6 septembre 1965)

⁶ La 23^e Commission se composait de M. Maridakis, rapporteur, MM. Ago, Alfaro, Cheshire, Gutzwiller, Makarov, Maury, Perassi, Valladao, Wengler et de Yanguas Messia, membres.