

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LA NATIONALITÉ DES ENTREPRISES MULTINATIONALES :
FICTION OU RÉALITÉ JURIDIQUE?

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN DROIT INTERNATIONAL

PAR
BORIS WANDOREN

JUIN 2008

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

La rédaction d'un mémoire est un exercice assurément beaucoup plus difficile qu'il n'y paraît. Que de recherches, de lectures, de pages écrites qui ne conviennent jamais et sont finalement déchirées! Le résultat ne correspondant jamais à ce que nous avons en tête au départ, les retouches et corrections incessantes, et ce jusqu'à la veille du dépôt. Et puis ce moment où finalement le temps reprend ses droits, et il est nécessaire de se résigner à déposer ce labeur de milliers d'heures car il faut tout simplement. Aurais-je procédé de la même manière si j'avais su tout cela avant de démarrer cette aventure, probablement pas, mais ceci fait partie de l'expérience qu'un aspirant chercheur doit acquérir.

Je tiens donc à remercier la personne sous laquelle ce travail fut réalisé, mon directeur de mémoire Mr Philippe Fortin, professeur à l'Université du Québec à Montréal, sans son soutien et ses conseils, je n'aurais probablement jamais mené ce travail à terme.

Je tiens aussi à remercier tout particulièrement Mme Moutamara dont le sourire et la disponibilité n'ont d'égal que sa gentillesse, merci encore d'avoir apporté une solution aux difficultés que j'ai pu rencontrer.

Je remercie aussi l'ensemble du corps professoral de l'UQÀM qui m'a appris que l'on peut dispenser un enseignement de qualité sans basculer dans les cours magistraux, vous avez rendu mon séjour au Québec des plus agréables et enrichissants.

En parlant de séjour, je ne pourrais écrire ces lignes sans remercier mes chers amis au Québec Marie-Ève, François, David P. et David K.; vous avez partagé mes joies et mes crises pendant mon séjour à Montréal, quant à Ahmed, Latifa, Julie, Maud, Céline, Arcadius, Grégory, Lyria et Mazzito; vous avez été mes soutiens constants depuis mon retour en France.

Enfin et surtout je remercierai ma famille pour son soutien affectif et financier malgré la difficulté, vos privations ne seront pas oubliées.

Olivier Négrin, Christine Bertrand, Mady Bouare et Marie-Élodie Ancel, mes professeurs en France, merci d'avoir cru en moi quand moi-même je n'y croyais plus!

TABLE DES MATIÈRES

ABRÉVIATIONS.....	vii
RÉSUMÉ.....	viii
INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE	
LA NÉCESSITÉ PRATIQUE DE RECONNAÎTRE LA NATIONALITÉ DES ENTREPRISES	11
CHAPITRE I.....	
UN ANTHROPOMORPHISME ABUSIF.....	12
1.1 La nationalité des personnes physiques bien plus qu'un simple rattachement juridique.....	12
1.1.1 L'origine philosophique de la nationalité des personnes physiques	12
1.1.2 Sa transformation en concept politique.....	14
1.1.2.1 Les éléments objectifs graduellement nécessaires à l'émanation d'une nationalité	16
1.1.2.2 La conscience nationale.....	17
1.2 Les défauts de la personnalité morale	19
1.2.1 Les effets néfastes de l'imperfection des théories de la personne morale sur la nationalité.....	19
1.2.1.1 Les origines de la notion de personnalité morale.....	20
1.2.1.2 La théorie de la fiction	22
1.2.1.3 La théorie de la réalité	24
1.2.1.4 La théorie de la pluralité.....	25
1.2.1.5 Les théories modernes de la personnalité morale	26
1.2.1.6 Un concept loin d'être parfait.....	27
1.2.2 Critique de la personnalité morale comme justification de la nationalité.....	29
1.2.2.1 L'absence de lien politique entre la personne morale	29
1.2.2.2 Le domicile a été confondu avec la nationalité.....	31
1.2.2.3 L'impossibilité pour un simple contrat d'avoir une nationalité	33

1.2.3	Les tenants de la nationalité des entreprises	36
1.2.3.1	La réalité de la personnalité morale	36
1.2.3.2	La distinction entre les droits et obligations politiques et les autres droits et obligations du national.....	37
1.2.3.3	La reconnaissance de la nationalité par les textes internationaux	41
CHAPITRE II		
LA RECONNAISSANCE EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC.....		47
2.1	L'État-Nation à l'origine du principe des nationalités	47
2.1.1	Sa création.....	47
2.1.2	Son utilisation	48
2.2	De l'utilisation de la nationalité pour assurer la protection diplomatique	51
2.2.1	Historique de la protection diplomatique	51
2.2.2	Les modes d'expression et fondements de la protection diplomatique.....	53
2.2.2.1	Les moyens d'exercice de la protection diplomatique	53
2.2.2.2	Le fondement positiviste de la protection diplomatique.....	55
2.2.3	Les caractères de la protection diplomatique	57
2.2.3.1	L'intérêt pour agir	57
2.2.3.2	L'épuisement des voies de recours internes.....	58
2.2.4	Les problèmes de mise en œuvre dans le cadre des personnes morales	59
2.3	La détermination de la nationalité par le juge international.....	60
2.3.1	L'immixtion du juge international dans la détermination de la nationalité des individus.....	60
2.3.2	Le refus du juge international d'énoncer des critères de détermination de la nationalité d'une entreprise au niveau international	62
2.3.2.1	Le cas particulier des entités de personnes.....	62
2.3.2.2	La difficulté de qualification de la relation entre l'entité et l'État.....	63
2.3.2.3	L'impossibilité d'établir un critère unique de détermination de la nationalité des entreprises	64
2.3.3	D'un critère de détermination de la protection diplomatique vers celui d'une protection des investissements.....	69
2.3.3.1	Electronica Silica, l'investissement objet de la protection.....	69
2.3.3.2	L'ALENA	75
2.3.3.3	CIRDI	78

DEUXIÈME PARTIE	
MONDIALISATION ÉCONOMIQUE ET NATIONALITÉ DES ENTREPRISES MULTINATIONALES, UNE ÉQUATION DIFFICILE	84
CHAPITRE I	
LA NÉCESSITÉ D'OPÉRER UNE DISTINCTION ENTRE <i>LEX SOCIETATIS</i> ET NATIONALITÉ	86
1.1 L'autonomie de la <i>lex societatis</i>	86
1.1.1 La confusion pratiquée avec la 'nationalité'	87
1.1.2 La dissociation nécessaire d'avec la nationalité	88
1.1.2.1 Champs opératoires différents	88
1.1.2.2 Un rapprochement du statut personnel des individus néfaste et contestable	89
1.1.2.3 La dimension spatiale de la <i>lex societatis</i>	90
1.2 La détermination de la <i>lex societatis</i> par le siège social	92
CHAPITRE II	
L'INAPPLICABILITÉ DE LA NATIONALITÉ AUX GROUPES MULTINATIONAUX	95
2.1 L'aggravation des problèmes classiques de la nationalité	95
2.1.1 L'allégerance	96
2.1.2 L'appréhension des groupes multinationaux par le droit	97
2.1.2.1 L'absence d'appréhension du groupe dans sa globalité	97
2.1.2.2 La nécessité d'une approche pluraliste	100
2.1.3 L'inapplicabilité de la protection diplomatique dans le cas des entreprises multinationales	100
2.2 Les lacunes des différents critères de rattachement lorsque appliqués aux entreprises multinationales	105
2.2.1 L'inefficience des critères classiques	106
2.2.1.1 L'incorporation, une source de fraude	106
2.2.1.2 Le centre d'exploitation pas nécessairement lieu de décision	108
2.2.1.3 Le siège social réel et sérieux	109
2.2.1.4 Le contrôle, notion trop fluctuante	114
2.2.1.5 Les critiques formulées à l'encontre du critère de contrôle	118
2.3 Les critères modernes	121
2.3.1 Le critère du centre de décision	121

2.3.2	L'« <i>economic commitment test</i> »	124
2.3.3	Le test de participation socioéconomique substantielle	131
CONCLUSION		134
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE.....		140

ABRÉVIATIONS

ACN : Traité d'Amitié, de Commerce et de Navigation

AFDI : Annuaire Français de Droit International

AJIL : American Journal of International Law

ALENA : Accord de Libre-Échange Nord-Américain

Cal. L. Rev. : California Law Review

CIJ : Cour Internationale de Justice

CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes

CNUCED : Conférence des Nations-Unies sur le Commerce et le Développement

CPIJ : Cour Permanente Internationale de Justice

GATT : General Agreement on Tariffs and Trade

Geo. Int'l Env'tl L. Rev. : Georgetown International Environmental Law Review

Geo.L. Rev. : Georgetown Law Review

I.L.M. : International Legal Materials

OCDE : Organisation de Coopération et Développement Économiques

OMC : Organisation Mondiale du Commerce

ONU : Organisation des Nations-Unies

RCADI : Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye

Rev. Crit. DIP : Revue Critique de Droit International Privé

RÉSUMÉ

Ce mémoire prétend traiter de la question de la nationalité des entreprises multinationales. Cette étude nous a amené à tenter de répondre à la question de savoir si la nationalité des entreprises a encore une réalité dans la nouvelle architecture internationale.

L'explosion des flux financiers ainsi que l'interconnexion croissantes des économies nationales s'accompagnant de l'ouverture des marchés ont affaiblis les États et les politiques qu'ils sont en mesure d'adopter pour assurer leur développement. Dans un monde toujours plus cosmopolite et globalisé, une notion figée comme la nationalité ne paraît plus avoir sa place. Cette analyse prend toute sa mesure lorsqu'il s'agit des entreprises multinationales, entreprises qui ne semblent avoir qu'une seule patrie : le profit.

Les critères élaborés pour déterminer la nationalité ne sont plus satisfaisants comme nous le démontrons dans cette étude, il s sont dans l'incapacité d'appréhender la réalité économique qui se dessine derrière l'entreprise multinationale. Les tentatives pour essayer d'adopter de nouveaux critères échouent toutes face à la complexité de l'organisation des entreprises multinationales ainsi qu'à la difficulté de répondre aux obligations de permanence et d'exclusivité induit par la notion de nationalité. Face à cette double problématique nous avons décidé de nous pencher sur les origines du concept de nationalité pour en établir les sources et les origines. De ce travail nous avons réalisé que la notion avait été construite pour les personnes physiques, et suite à un abus de langage et un besoin pratique elle a été transposé aux personnes morales malgré leur profonde différence. Tout ceci a mené à la situation actuelle qui nous apparaît nécessiter l'abandon de la notion de nationalité des entreprises pour adopter une notion plus souple d'allégeance économique qui replace l'État au centre de l'échiquier en lui donnant ou non la possibilité de reconnaître à une entreprise un avantage selon le droit interne ou international visé.

Mots clés : entreprises multinationales, nationalité, expropriation, indemnisation, protection diplomatique, ALENA, CIRDI, investissements étrangers.

INTRODUCTION

Le mois d'août 2007 a été particulièrement chargé en événements internationaux majeurs. L'horreur en Irak ne cesse de croître puisqu'un attentat-suicide, le plus meurtrier que cet Etat ait connu depuis le début de la guerre, a eu lieu il y a quelques jours sans que la communauté internationale ni les États-Unis ne soient en mesure d'endiguer la violence qui s'est emparée des communautés. Dans le même temps et de l'autre côté de la planète, le cyclone Dean a ravagé des milliers de kilomètres de territoire les uns après les autres pour nous rappeler que si il est une urgence à traiter, il s'agit de la lutte pour l'environnement, mais là encore la communauté internationale ne s'est toujours pas accordée sur une action globale à mener. Toutefois, il est topique de constater que ce qui inquiète en ce moment le plus les analystes et les journalistes, ce ne sont pas ces deux événements et les questions qu'ils sous tendent, concernent la crise financière qui se dessine suite aux mauvais investissements réalisés aux États-Unis dans le domaine des « *subprime* ». La crainte d'une crise économique majeure est présente dans les esprits.

Avec la chute du mur de Berlin, l'idéologie libérale a pris le pas sur les autres théories, et avec elle, le tout économique est devenu le remède miracle à tous les problèmes du Monde sur fond de globalisation.

L'acteur central de cette globalisation économique n'est pas l'État bien qu'il essaie tant bien que mal d'en reprendre le contrôle par divers instruments internationaux. Contrairement à ce que certains laissent penser, l'acteur central n'est autre que l'entreprise multinationale qui tire directement profit de cette ouverture des marchés. Le conflit qui se dessine entre les intérêts transnationaux des entreprises multinationales et les intérêts plus locaux et internationaux défendus par les États, doit être considéré comme une question centrale de recherche pour les décennies à venir.

Il est fréquent que les stratégies et les buts des entreprises multinationales, avec une vision strictement financière à un niveau multinational, se heurtent à la politique locale, régionale et internationale des États dans lesquels elles sont amenées à opérer. Certains auteurs, en particulier économistes, pensent d'ailleurs que le pouvoir des États est parfois trop important, et par conséquent néfaste pour le développement de la mondialisation¹. La

¹ Peter Martin, « Une obligation morale », Dossier : la mondialisation est-elle inévitable?, *Le Monde Diplomatique*[Paris], Juin 2002, p. 6-7, en ligne, consulté le 12 juillet 2006, <http://www.monde-diplomatique.fr/1997/06/MARTIN/7767>

prochaine étape consisterait à supprimer la barrière que constitue l'État dans cette progression inéluctable d'un monde globalisé.

Les entreprises multinationales sont en permanence à la recherche de nouveaux marchés, de coûts de main-d'œuvre moins élevés ainsi que de progrès techniques et technologiques. La nouvelle architecture juridique internationale leur permet aisément de déplacer leurs actifs et leurs opérations à travers le monde. Certains opposeront que les mouvements financiers internationaux existent depuis très longtemps, et il n'est pas possible de les contredire, mais il n'en demeure pas moins que lesdits mouvements n'ont jamais eu cette ampleur ainsi que les conséquences qu'ils peuvent entraîner. Or, cette situation est perçue à juste titre par certains États comme étant une source d'instabilité économique, politique et militaire pouvant avoir des conséquences dramatiques, l'Argentine ou la crise monétaire asiatique sont des exemples pour nous le rappeler.

Pour certains dont je suis, une des solutions résideraient dans la reprise d'un contrôle par les États, dont il disposait dans un passé proche, et dont ils se sont départis, sur l'entreprise multinationale.

Aujourd'hui institution, elle était extrêmement rare il y a encore deux cent ans ; et lorsqu'elle existait, elle faisait l'objet d'un cadre juridique stricte avec pour esprit la soumission à la recherche du bien public. L'avènement de la pensée libérale dans les organes politiques, académiques et économiques a permis à l'entreprise multinationale de **devenir l'institution dominante** de ce début de siècle. Ainsi, elles disposent de ressources et de pouvoir qui ne peuvent pas être égalés par certains petits États. Elles sont devenues un pouvoir mondial à part entière, et sont désormais invitées dans les fora internationaux les plus importants où elles disposent d'une résonance importante, et peuvent émettre des opinions qui seront suivies comme dans le cadre du *Global Compact* instauré par Kofi Anan.

Si elles ont acquis une aura à un niveau international qui leur permet de parler d'égal à égal parfois avec des États, elles ont aussi réussi à créer auprès des individus un sentiment d'adhésion. Il est intéressant de constater la manière dont elle est ressentie et décrite de manière inconsciente par le consommateur. Elle est souvent dépeinte comme un être vivant à part entière, doué d'une faculté de réflexion ou d'expression de son opinion, de ses sentiments.

Ces entreprises multinationales ne sont pourtant ni plus ni moins que des coquilles vides. Simples personnes morales, elles n'ont aucune existence réelle, ce sont une pure création de l'intellect humain à des fins pratiques, qui par le biais d'un mécanisme juridique,

leur reconnaît un ensemble de droits reconnus usuellement aux sujets de droit que sont les personnes physiques.

Cette création juridique se voit donc reconnaître le bénéfice des mêmes droits que les personnes physiques, au titre desquels se retrouve la nationalité. Les entreprises, comme les êtres humains, peuvent disposer d'une nationalité qui leur est accordé par les États, et, à l'instar de ces derniers, la fonction comme la détermination de cette nationalité a évolué au fil du temps et des besoins. Mais contrairement à la nationalité des personnes physiques, la nationalité des entreprises a toujours fait l'objet de vives critiques en doctrine ; atermoiements de la doctrine juridique quant à un concept, toutefois, bien faibles face à une idée répandue et bien inscrite dans la mentalité des individus.

Nous en avons eu un exemple prégnant récemment ; en effet, la disparition le 1^{er} janvier 2005 de l'accord multifibre, après plus de trente ans d'existence, a permis de mettre en exergue les tensions qui existent entre la Chine ou l'Inde, avec d'autres États, comme les États-Unis et l'Union européenne, qui tentent tant bien que mal de protéger leurs industries vieillissantes lesquelles sont toujours plus vulnérables aux coûts du travail dérisoire, et donc de fabrication, de ces pays dits « émergents ».

Quelques mois après son expiration, face à une augmentation importante des importations de textiles chinois, combinée aux pressions des industriels européens² et nord-américains de ce secteur, nous avons pu assister à une saisine de cette question par les gouvernements, lesquels ont indiqué l'éventualité du retour de quotas, établis dans le précédent accord. Il a été possible de lire dans certains quotidiens à gros tirage « *it was part of a deluge of chinese-made textiles reaching the American market* »³. De cette affirmation émise par des journalistes, il ressort que des **produits chinois** ont pénétré le marché américain, ces produits sont donc identifiés par l'opinion publique comme provenant d'un État précis, en l'espèce la Chine. Les officiels du gouvernement des États-Unis, mais aussi des membres et représentants de la Commission européenne⁴ ont adopté la même posture ; et sous la pression des divers lobbys industriels du textile, annoncé quasi-immédiatement soit la remise en place de quotas, soit le lancement de pourparlers ou négociations, avec la Chine notamment. Le concept de nationalité des entreprises, et des produits qu'elles

² Union des Industries Textiles de France, Communiqué, «Textile, Chine et clause de sauvegarde européenne. "Enfin ! Mais quand l'applique-t-on ?" », (6 avril 2005), en ligne, consulté le 31 juillet 2006 : Site officiel des Textiles de France

<http://www.textile.fr:81/pages/communiques/Textile_Chine_et_clause_de_sauvegarde_europeenne.pdf>

³ Peter S. Goodman, «China Bristles at Textile Trade Backlash», *The Washington Post*, (5 mai 2005), A01

⁴ Commission Européenne – Commerce Extérieur, Communiqué, «Peter Mandelson's statements on Chinese Textiles», (12 mai 2005), en ligne, consulté le 12 septembre 2006 : Site officiel Département du Commerce Extérieur <http://europa.eu.int/comm/commission_barroso/mandelson/speeches_articles/temp_mandels_speeches_en.cfm?mp=sppm025_en>

fabriquent est donc à tort bien installé dans nos mentalités, et l'objet de cette étude visera à démontrer en quoi une telle approche n'est pas pertinente.

Mais avant de commencer une l'étude sur le fond de la notion de nationalité des entreprises, nous devons commencer par nous interroger sur les entreprises multinationales et dresser un historique de leur évolution au cours des deux derniers siècles.

L'univers des entreprises dans les années 90, ou actuel, est complètement différent de ce qui existaient lorsque les concepts traditionnels de la nationalité ont été échafaudés et entérinés. Le nombre des entreprises qui ont désormais accès à un marché étranger s'est accru via leurs transactions de ventes ou des accords de coopérations avec des partenaires étrangers. De plus, les pays d'origine de ces entreprises multinationales sont bien plus diversifiés qu'ils ne l'étaient il y a encore vingt ans.

Tous ces changements ont eu un impact sur le comportement des entreprises multinationales, et de manière indirecte sur les gouvernements qui cherchent à préserver et à promouvoir leur statut de nation favorisée, ou excessivement bien placée, dans la nouvelle configuration économique globalisée qui se profile, tout en assurant leur sécurité dans la configuration géopolitique et géostratégique future.

Il serait toutefois faux de croire que les échanges internationaux seraient un processus très jeunes. Il a toujours existé des échanges internationaux, et ce, même avant le Moyen-Âge.

Mais les entreprises multinationales telles que nous les connaissons aujourd'hui sont-elles récentes ? Les entreprises multinationales dans leur forme actuelle ne sont apparues qu'à la moitié du XIX^e siècle, lorsque les avancées technologiques, les processus de fabrication et de management ont permis la division internationale de la production de l'entreprise. Jusqu'à cette époque la plupart des entreprises, du moins celles qui n'étaient pas dans l'exploitation des ressources naturelles, consistaient la plupart du temps en une simple entité enregistrée dans l'État où elle opérait et soumise à un système juridique unique et national. Il était commun en cette période que propriétaires, actionnaires, directeurs, employés ainsi que fournisseurs soient tous de la même nationalité.

Mais après la Seconde Guerre mondiale, leurs nombres et leurs pouvoirs ont cru de manière parallèle, ainsi, selon l'ONU il y aurait aujourd'hui à peu près 35.000 entreprises multinationales à travers le monde, et qui contrôleraient à peu près un tiers du secteur privé. Ces entreprises ayant souvent les unes avec les autres des liens très forts.

La source des investissements étrangers a elle aussi changé de manière impressionnante au cours des dernières décennies. Alors qu'avant la Seconde Guerre

mondiale, la Grande-Bretagne était le premier hôte des entreprises multinationales, après la Conférence de Yalta, les États-Unis leur ravissent la tête. Un rééquilibrage s'est opéré ces dernières décennies avec un retour de l'Union Européenne, et l'émergence du Japon, de la Corée, ou du Brésil à titre d'exemple. Les premières entreprises multinationales étaient des compagnies d'extraction de ressources naturelles, les entreprises multinationales actuelles émergent après la Seconde Guerre mondiale, accompagnant la volonté de certains États de faire tomber les barrières tarifaires aux frontières. Les investissements directs étrangers ont eux aussi connu une transformation. Ils se sont déplacés vers les pays industrialisés pour soutenir la recherche et la découverte technologique, au détriment des pays en développements ou des anciennes colonies.

Les opérations réalisées à l'étranger n'ont pas pour autant été stoppées mais elles ont subi des modifications. A l'origine, elles se limitaient le plus souvent à : l'assemblage final du produit fabriqué ailleurs et destiné à leur marché intérieur, au marketing, au service après-vente ou à la maintenance des produits vendus sur le sol de l'État en question.

Dans les années 70, un premier changement s'opère, les filiales commencent à assembler le produit en totalité lorsqu'il est destiné à leur marché. Aujourd'hui, ces centres de production sont désormais utilisés pour tout un ensemble de tâches qui, à l'origine, étaient réservées aux usines installées dans l'État d'origine de l'entreprise. Ces centres jouent de plus en plus un rôle essentiel dans le développement technologique des entreprises en question. Leur rôle au départ était souvent simplement d'alimenter un marché national déterminé, et reverser une partie des dividendes à la maison mère. Ce rôle a sensiblement évolué pour dépasser ce cadre restreint, ces centres fournissent désormais des produits au niveau régional, voire mondial, et, le plus souvent, vont aussi alimenter le marché de la l'entité mère.

Il en résulte un brouillage des lignes de démarcation entre les différentes entités composant l'entreprise multinationale, ainsi que leur importance respective au sein du groupe. Pour ne rien simplifier, il est apparu récemment un nouveau phénomène qui visent à sous-traiter une partie des activités de l'entreprise à l'étranger appelé en anglais *Global Commodity Chains* qui s'inscrit dans le processus plus large de délocalisation. L'acquisition ou la mise en place d'une unité de production dans un autre État n'est pas le seul et unique moyen pour les entreprises multinationales de s'implanter dans d'autres États.

Le nombre de fusion ou d'acquisition de parts dans d'autres sociétés ont augmenté de manière exponentielle dans les années 90, elles ont utilisé leurs portefeuilles d'actions pour prendre le contrôle d'autres entreprises pour gagner de nouvelles parts de marché. Les

alliances stratégiques officielles ou confidentielles sont aussi devenues une arme des plus efficaces dans la course à la compétitivité qu'elles se livrent. Tous ces changements sur les marchés ont eu un impact sur la perception avec leur environnement qu'ont développée ces entreprises. Toutes ces évolutions ont opéré de profonds changements sur leur mode fonctionnel, que certains ont même tenté de singulariser au reste des entreprises coexistantes en leur donnant un nouveau dénominateur, les « *global corporations*⁵ ».

L'utilisation de ce terme de « *global corporations* » doit nous amener à nous interroger sur le terme que nous allons utiliser pour désigner ce mode organisationnel de structure.

Il est aisé de trouver dans la littérature savante nombre de qualificatifs pour ces structures économiques. Elles sont dénommées sous des termes aussi différents que société, compagnie, corporation, firme, entreprise, consortium et autres encore qui sont autant de termes utilisés par différents systèmes juridiques.

Pour les besoins spécifiques de cette étude, le terme que nous adopterons sera celui d'entreprise. Il semble être le plus proche de la réalité et de la globalité que nous tentons d'appréhender. Les autres termes ne sont pas mauvais, mais ils ne sont pas aussi pertinents que le terme d'entreprise qui fait appel à une organisation et à une unité que les autres peinent à dégager. Le concept d'entreprise renvoie à des notions économiques, commerciales, sociales, mais aussi politiques ; il s'agit d'un véritable concept global. Les autres termes sont un peu trop restrictifs pour être retenus, ils renvoient à des formes d'organisation juridique qui sont propres à des systèmes juridiques particuliers, qui ne permettent pas d'avoir cette vue d'ensemble qui est nécessaire à l'appréhension du phénomène des multinationales.

Ainsi le terme de sociétés serait plus propre au système français, le terme de compagnie à celui des systèmes de *Common Law* britannique, enfin la corporation se rattacherait au système nord-américain. Ces types d'organisations juridiques sont les organes même qui composent l'entreprise multinationale, leur combinaison a pour résultat la constitution du groupe multinational. Prises à part, elles ne sont pourtant que des entités économiques indépendantes les unes des autres. Ceci justifie selon nous, dans un souci d'appréhension globale sans connotation ou rattachement à un système juridique particulier de les désigner sous le dénominateur d'entité.

⁵ Kenichi Ohmae, *The Borderless World: Power and Strategy In The Interlinked Economy*, New-York, Harper Business, 1990

Il est par ailleurs essentiel de noter que les différents termes utilisés par les systèmes juridiques nationaux (corporation, société, etc.) sont les éléments mêmes constitutifs du groupe. Il ne saurait dès lors être en mesure de donner une retranscription exacte lorsque utilisés pour désigner le groupe dans son ensemble. Le choix du terme 'entreprise' permet de ne pas donner la suprématie à un type particulier de modes organisationnels sur les autres tout en assurant cette globalité qui les caractérise.

Il convient par suite de déterminer quel terme associé à celui d'entreprise pour établir cette idée d'entreprise installée et essaimée à travers le globe. Plusieurs termes seraient envisageables tels que : multinationales, transnationales, internationales, mondiales, anationales, cosmopolites... Tous ces termes ont eux aussi été déjà utilisés et sont utilisés par nombres d'auteurs et revues académiques. Il est facile de se laisser tenter par l'apparente interchangeabilité de ces termes, mais ceci est trompeur, les réalités qu'ils recouvrent sont différentes. Nous utiliserons le terme de 'multinational' pour des raisons variées que nous allons expliquer.

Le terme 'multinational' met en avant l'idée de simultanéité dans les divers rattachements nationaux de l'entreprise par distinction avec le terme de transnational. Ce dernier fait appel à une vision plus verticale et centrale, où l'on aurait un des éléments du groupe qui serait à la tête et prendrait les décisions pour tous, et ce, sans véritable marge de manœuvre des filiales, alors que nous savons que ce n'est pas toujours le cas. Ce terme 'transnational' est apparu, et a été utilisé, dans un contexte particulier, la période postérieure à la grande décolonisation des années 60 Il est emprunt d'une grande charge significative qui ne correspond pas nécessairement avec les besoins d'un travail rigoureux de recherche juridique. D'autant qu'il a été utilisé par les Nations Unies, et certaines institutions internationales, alors qu'il avait été adopté à l'époque des critiques très virulentes dont faisaient l'objet les entreprises multinationales. L'ensemble de ces arguments doit nous pousser à ne pas le retenir.

Le terme 'international' doit tout autant être écarté, car il laisserait sous-entendre que ces entreprises sont directement soumises au droit international. Ce n'est absolument pas le cas, et ce d'autant qu'il existe déjà des entreprises auxquelles on applique cette terminologie, lesquelles sont soumises à une réglementation particulière. Elles sont créées par accords intergouvernementaux et relèvent à ce titre du droit international public. Elles sont une exception ! Utiliser cette terminologie reviendrait à créer une confusion qui n'a pas lieu d'être. D'autant que si nous avons encore un doute, il serait dissipé par le fait que de telles entreprises ne disposent d'aucune nationalité telle qu'entendue traditionnellement. Elles

dépendent directement dans leur statut de différents États qui ont consenti à leur création, et ne rentrent donc pas dans le cadre de notre étude. Enfin, les entreprises multinationales ne relèvent pas du droit international public, au contraire leur force vient de l'utilisation qu'elles font des différents ordres juridiques internes dans lesquels elles constituent des entités. A la vue de l'ensemble de ces éléments, nous ne pouvons pas plus retenir ce terme, et optons donc pour celui de multinational.

Maintenant que nous avons déterminé le sujet de notre étude, à savoir l'entreprise multinationale, il convient de se pencher sur l'objet de cette dernière soit la nationalité. Qu'est-ce que la nationalité ?

La nationalité peut être définie comme étant un « ensemble de personnes ayant des caractères communs (de race, de culture et de langue), rendant souhaitable qu'ils aient leur État propre ou bénéficiant de règles protectrices de leurs particularités au sein de l'État auquel elles sont rattachées »⁶ ou comme le « lien juridique de caractère permanent, rattachant un individu ou une personne morale à un État »⁷. Dès lecture, cette définition suscite des problèmes lorsqu'elle est appliquée aux personnes morales, et aux entreprises en particulier, dans la recherche de ce qui est désigné comme des caractères communs.

La nationalité n'est pas une notion purement juridique, elle est beaucoup plus complexe dans sa détermination. Dans les périodes de crise, la nationalité devient un enjeu central, car elle est une notion fédératrice en ce qu'elle représente l'essence du sentiment d'appartenance à une nation, et plus particulièrement à une communauté, voire une grande famille avec les risques que cela comporte et les dérives que cela a pu entraîner. Elle est ainsi éminemment politique, ce qui explique qu'elle ait, au cours de l'Histoire, fait l'objet de nombreuses évolutions sujettes aux besoins des pouvoirs politiques selon les périodes et les gouvernements⁸.

Ce lien revêt un caractère sentimental fort, en principe. La question de la nationalité a une grande valeur aux yeux des populations par la charge historique et sentimentale qu'elle draine, certains en profitant même pour en faire leur fonds de commerce politique, et constituer des partis racistes et nationalistes.

La nationalité des personnes physiques, qui implique nécessairement la question de l'immigration, n'est en soit pas nouvelle, chaque vague d'immigrés a eu à la subir, et ce, quelque soit leur État d'origine. La nouveauté réside dans la prise en compte par la

⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 4^{ème} Ed., Presse Universitaire de France, 2003, s.v., «nationalité»

⁷ *Ibid.*

⁸ Patrick Weil, *Qu'est-ce qu'un français ? Histoire de la nationalité française de la Révolution à nos jours*, 2002, Grasset, p.13

population locale et ses élus de la nationalité des entreprises, et la défiance qu'elle engendre à leur égard. A tel point que certains quotidiens et hebdomadaires français en sont venus à s'interroger sur la question suivante : « Faut-il avoir peur des entreprises sans frontières ? »⁹.

Il serait possible de supposer qu'il ne s'agit que du corollaire de l'augmentation des investissements directs étrangers dans les États. L'exemple de la France, un des pays les plus ouverts aux investissements étrangers, est instructif puisqu'il existait en 1997 un taux de détention moyen de la capitalisation par les investisseurs étrangers de 6% aux États-Unis, alors que dans le même temps, il était de 35% en France, présentant une augmentation de 25 points par rapport à 1985¹⁰ ! La situation était telle que le Premier Ministre de l'époque, M. Jospin, avait en 1999 commandé un rapport au Commissariat du Plan intitulé « La nouvelle nationalité de l'entreprise » présidé par M. Bigay. Ils sont nombreux ceux qui pensent que les entreprises détenues par des non-nationaux sont promptes à délocaliser ou à licencier et qu'elles sont devenues moins 'citoyennes'¹¹.

Si les investisseurs étrangers en tant que tels font toujours peur à certains, ils ne sont pourtant pas les seuls.

L'inquiétude est aussi grande en ce qui concerne les groupes multinationaux. Certains représentent une puissance colossale, tel Wal-Mart, le géant de la grande distribution américain, premier groupe mondial par le chiffre d'affaires employant **1 300 000 employés**, autant qu'une ville telle que Lyon, et dont les ventes dépassent le PIB de la Suède¹² ! La CNUCED, dans un rapport, recensait les cents entités économiques les plus importantes pour l'année 2000, pays et entreprises confondus ; le résultat est édifiant, les entreprises multinationales occupent vingt-neuf places du classement¹³, de quoi en imposer à certains petits États !

Certains, par contre, pensent que la « mondialisation enlève tout intérêt à la question de la nationalité des entreprises ». Ainsi, en 1986, l'électronicien japonais Fujitsu souhaite racheter Fairchild, un des fleurons de la Silicon Valley, qui fabrique des puces électroniques. Le Pentagone est un des gros clients de Fairchild. L'administration Reagan ne peut envisager que la fabrication des missiles états-uniens dépende d'un étranger. Il refuse donc de céder Fairchild au fabricant japonais. En réalité, Fairchild n'était pas 'états-unienne', elle avait été rachetée en 1979 par la Société Schlumberger, une société « française ».

⁹ « Faut-il avoir peur des entreprises sans frontières ? », Le Monde de l'Economie, supplément, 16 mars 1999, p.1-5

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² « Les dossiers noirs des multinationales », Capital, Avril 2003, p. 53

¹³ Rédaction de l'Expansion, « Des entreprises multinationales plus riches que des pays », L'Expansion [Paris], (13 août 2002), <http://www.lexpansion.com/art/0.0.61444.0.html>, consulté le 12 avril 2006

Le concept de nationalité des entreprises a-t-il toujours une réalité à la vue de ce que nous venons d'énoncer ?

Nous allons donc nous efforcer de répondre à cette question en adoptant un raisonnement logique, qui va nous amener à étudier dans une première partie les raisons qui ont poussé les juristes à reconnaître une nationalité aux entreprises. Puis nous verrons dans une seconde partie comment les entreprises multinationales sont en train d'obliger les juristes à repenser ce concept, voire pour notre part, le remettre en cause.

PREMIÈRE PARTIE

LA NÉCESSITÉ PRATIQUE DE RECONNAÎTRE LA NATIONALITÉ DES
ENTREPRISES

CHAPITRE I

UN ANTHROPOMORPHISME ABUSIF

La reconnaissance d'une nationalité des personnes morales est issue de l'assimilation qui a été opérée avec les personnes physiques. Il conviendra donc dans un premier temps de se pencher sur les caractéristiques de la nationalité des personnes physiques afin de mettre en lumière l'impossibilité pour les personnes morales de pouvoir la posséder (I). Puis nous verrons dans un second temps les défauts inhérents à la notion de personnalité morale qui ont un effet direct sur l'existence de leur nationalité (II).

1.1 La nationalité des personnes physiques bien plus qu'un simple rattachement juridique

La nationalité a été le fruit d'un long processus de réflexion et de construction intellectuelle qui a une origine philosophique (A), mais qui s'est progressivement transformé en concept politique (B) pour devenir la notion que l'on connaît aujourd'hui.

1.1.1 L'origine philosophique de la nationalité des personnes physiques

Le concept de nationalité est un concept récent à l'échelle des idées. Il fut le résultat d'une lente évolution, et d'une certaine transformation, qui fit suite, et se construisit en parallèle à la Réforme qui s'opéra en Europe occidentale¹⁴.

La nationalité en tant que concept abouti et réfléchi fut développée essentiellement dans le cadre de la philosophie des Lumières. Elle tira sa source du vent de liberté qui soufflait sur l'Europe à cette époque, et de l'axiome de la liberté individuelle développée par la Réforme relayée par les Lumières ultérieurement.

¹⁴ Robert Redslob, «Le principe des nationalités», (1931), III-37, R.C.A.D.I., p. 9

Dans le même mouvement de remise en cause de l'institution religieuse qui accompagna la Réforme, le concept de nationalité eut pour effet et objectif de remettre en cause le concept d'État tel qu'on l'entendait à l'époque. Le concept de nationalité a eu pour effet de remettre en cause l'État ainsi que son autorité directe, il aboutira à la création de l'État Nation.

Selon le courant philosophique dit des Lumières, l'État, et l'autorité qui lui est inhérente, ne s'expliquerait et ne se justifierait que par la volonté concordante des citoyens de le voir exister et de reconnaître son autorité. L'État en tant qu'entité, et construction intellectuelle, n'existe pas, il n'existe que par la volonté des citoyens qui le composent d'en reconnaître l'existence. Il ne sera légitime que lorsqu'il aura été consenti par les sujets sur lesquels il prétend exercer son autorité, l'État est l'œuvre du peuple disposant de lui-même selon cette théorie.

La nationalité est un concept essentiel de cette construction, comme de la destruction de l'État puisque le principe des nationalités en est la justification première. Le principe des nationalités traite directement de la délimitation de l'État puisqu'il en fixe les limites.

Nous voyons qu'un des effets principaux de la nationalité réside dans le droit des citoyens de circonscrire la communauté politique dans laquelle ils entendent se grouper. Il apparaît que cette faculté ne peut pas être utilisée par les entreprises multinationales, elles ne sont pas en mesure de se réunir sous une bannière ni de se constituer en État pour de nombreuses raisons, que nous allons décrire ci-après.

La mise en place de la nation est le fruit d'une combinaison de plusieurs caractères qui fait de la nationalité un concept complexe. La mise en place de la nation a notamment nécessité de longues et nombreuses luttes, qui ont coûté la vie à de nombreux individus qui se sentaient rattachés au sol de manière suffisamment importante pour être prêt à donner leur vie. Ces sacrifices ont permis de construire l'Histoire et l'imaginaire d'une nation ainsi que celles des personnes qui la composent¹⁵. Dans une certaine mesure, l'individu se sent redevable des personnes qui ont donné leur vie pour la création de la nation. Les entreprises ne peuvent pas ressentir ce type de sentiment, car elles ne sont pas capables d'avoir des sentiments en tant que tel, seuls les êtres vivants en sont capables.

¹⁵ *Id.*, p17

1.1.2 Sa transformation en concept politique

Toutefois, la nationalité arborera une vision définitivement plus politique, et nettement moins philosophique, suite à une nouvelle approche développée par un des premiers auteurs à avoir mis en avant ce caractère politique, l'italien Pascale Mancini¹⁶. La nationalité devient un élément de recherche de la science politique qui va lui donner une nouvelle résonance et profondeur. L'emphase sera portée sur les divers éléments qui sont susceptibles d'intervenir dans la construction du concept, aussi nombreux que différents. Nous pouvons ainsi citer la région, la race, la langue, l'accoutumance, l'histoire, la loi, la religion et bien sûr l'unité morale qui va en résulter.

Cet ensemble d'éléments sont la source et la force de la nationalité, qui, elle-même, est l'origine de la nation, et elle lui confère la souveraineté, et lui permet de se transformer de nation en État.

Nous allons donc maintenant nous pencher sur les éléments constitutifs de la nationalité des personnes physiques, afin de pointer l'impossibilité pour les personnes morales de prétendre à la même nationalité que les personnes physiques, et plus largement l'impossibilité pour les personnes morales de prétendre à une nationalité.

Un des problèmes lié à la notion de nationalité résulte de l'ambivalence terminologique du terme nation duquel elle découle. Ce terme peut être utilisé pour recouvrir deux réalités, il peut avoir un sens ethnique, mais aussi un sens politique. Toutefois au travers des siècles, la tendance a été à une liaison de l'un à l'autre.

Ainsi, la tendance a été de douer tout groupe ethnique d'une organisation politique propre, et, d'autre part, à solliciter le ralliement d'individus en un groupe ethnique homogène chaque fois qu'il y a une organisation politique. Les Romains étaient beaucoup plus précis dans les termes qu'ils utilisaient puisqu'il parlait de *natio* pour désigner le groupement ethnique, par distinction avec le *populus* qui lui désignait plus particulièrement le groupement politique, les deux ne se confondant pas nécessairement¹⁷.

Les différentes révolutions occidentales (anglaises, états-uniennes et françaises) vont donner un sens vulgaire à ce terme, tout en lui donnant un sens plus large, qui se rapproche de celui qu'on lui connaît communément. L'adoption de ce sens particulier permet de regrouper sous ce vocable la notion de souveraineté et de nationalité en tant que telle.

¹⁶ *Id.*, p.12

¹⁷ Benjamin Akzin, «La sociologie de la nationalité», (1933), in *Nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, Paris, Sirey, p. 4

Sous cette formulation, les citoyens apparaissent alors investi de l'autorité politique suprême, du droit de décider de leur avenir, du pouvoir de disposer de la souveraineté qui devient dès lors une souveraineté nationale. Ce fut un des objectifs notamment de la création de la nationalité.

Toutefois, le XXe siècle a vu naître un certain nombre de transformations de cette notion de nation, ainsi les populations d'Europe centrale, qui étaient soumises au pouvoir de la maison d'Autriche, vont transformer la perception de ce concept. Ainsi, ces populations étaient soumises à une organisation politique qui ne cadrerait pas avec leur composition ethnique, et elles vont progressivement opérer le rattachement des termes nation et nationalité à l'idée de communauté ethnique.

La situation était fort différente dans les États ouest européen dont la population était devenue un ensemble homogène, cette même population a perdu la conscience de la diversité de composition de sa nation même si des groupements indépendantistes sont réapparus mais sans pouvoir mener à terme leur objectif.

Pour ces États, rien ne les oblige à maintenir la distinction entre groupements politiques et groupements ethniques, puisque sur le terrain et en pratique les deux se confondent. Pour Azkin, c'est le fait social de **l'existence d'une communauté ethnique** qui constitue le phénomène même de la nation¹⁸. A la base de la création et de l'existence de toute société humaine se trouve le fait de la présence et de la vie de plusieurs personnes dans des conditions de proximité, de telles sortes que leurs rapports mutuels sont facilités par cette proximité, voire rendus inévitables. Au départ, la vie en proximité aura souvent pour conséquence la réalisation d'une parenté de sang, ou l'inverse, ce qui est normal puisque la famille est la communauté humaine la plus naturelle, la communauté humaine primaire. Elle partage donc un certain nombre de points communs qui transcendent les signes distinctifs.

La communauté en question se retrouve dès lors unie à un double titre. Les communautés d'origine se manifestent dans leurs caractéristiques individuelles, objet d'influence héréditaire, uniforme et continue, qui en constitue la première strate d'assimilation. D'autre part, la vie en communauté, avec ces contacts journaliers, ou réguliers, les force à s'assimiler les unes aux autres, à adopter des mœurs et coutumes identiques. Elles vont par ce processus gommer progressivement leurs dissemblances, ou conformer leurs habitudes à celles de leurs voisins. Peu importe le point de départ, en l'espèce, la nation peut très bien commencer par une communauté de sang, puis une

¹⁸ *Id.*, p. 6

communauté de mœurs, ou bien, par une communauté de mœurs entraînant une communauté de sang, il n'y a pas de règles préétablies.

Ce long processus est essentiel dans la mise en place et la création d'une nation et de sa nationalité. Il est nécessaire que toute communauté soit passée par ce processus pour aboutir à la création d'une nation. Toutefois ceci n'est pas suffisant, on pourrait décrire cette phase comme la colonne vertébrale de la nationalité, à laquelle doit être ajoutée nombre d'éléments pour en parachever le corps. Ainsi, lorsque la communauté commence à augmenter par son nombre, le risque de faire face à une désintégration peut se faire pressant. Elle va alors se tourner vers des modes organisationnels particuliers, ville ou région, qui vont directement menacer cette conception large de communauté ; ou alors l'espace devenant restreint, une partie de la communauté va être amené à se déplacer, ce qui va la séparer du reste de la communauté. Cela n'a pourtant pas empêché les nations de se constituer, au contraire. Il convient d'étudier les conditions de constitution d'une nation afin de comprendre les origines d'une nationalité.

1.1.2.1 Les éléments objectifs graduellement nécessaires à l'émanation d'une nationalité

Le souvenir. La mémoire d'un passé commun et la valeur psychologique qui en émane en sont le souvenir. La mémoire des choses vécues ou prétendument vécues va unir les personnes qu'elles concernent. Le peuple est comme la famille, si les hommes se rappellent d'une même destinée et se projettent vers un même futur, ils sentent qu'ils appartiennent les uns aux autres.

Ce passé commun est d'ailleurs plus parlant dans la souffrance que dans les moments de liesse, car il met en avant les sacrifices auxquels se sont livrés les ancêtres. Ainsi, l'unité de la patrie serbe a été scellée par la défaite face aux Ottomans, sur le champ de bataille du Kosovo qui explique en partie la cristallisation des positions autour de cette province.

Ce rapport aux souvenirs se manifeste aussi dans le respect de certaines traditions, fêtes et célébrations. L'homme d'un peuple est aussi l'homme d'un sol, d'un pays qui a été le théâtre d'événements que l'on entend honorer. La terre n'est pas une extériorisation de l'âme nationale, mais une partie intégrante de cette âme elle-même.

La religion. Si par le passé la religion a pu avoir une importance déterminante dans la constitution de la nation, elle n'apparaît plus aujourd'hui comme la force coordinatrice qu'elle a pu être par le passé. La religion a dans le passé été à l'origine de rebellions de

certaines peuples contre d'autres, Espagne contre les Maures, la Hollande contre l'Espagne, etc. Elle l'est encore dans certains États du Sud, et joue alors ce rôle fédérateur.

La langue. La langue est un élément essentiel de la nationalité, elle se combine au souvenir pour former la nation. Toutefois, nation et langue ne se confondent pas, la langue est tout au plus un phénomène duquel la nation peut dériver. La langue est le reflet de la forme d'intelligence et de la sensibilité intellectuelle d'une communauté qui veut façonner pour le coup la langue à l'image de cette sensibilité. Mais ce processus est mouvant, ainsi, si cette sensibilité intellectuelle a influencé la langue, cette dernière par un effet d'interconnexion opère un renversement, et assure elle aussi une influence sur ceux qui la parlent. Pratiquer une langue revient à s'introduire dans la psychologie ethnique d'une communauté ou une nation.

Mais la langue n'est pas la nationalité, si elle en est une des composantes essentielles, elle peut être multiple dans une nation. Ainsi, il est des nations qui pratiquent plusieurs langues en leur sein comme la Suisse, mais qui se retrouve dans l'intérêt de poursuivre un idéal commun.

La communauté d'origine ainsi que la langue ne seront jamais des éléments suffisants au maintien de l'unité de la communauté en cas de dispersion sur un large territoire. Seule l'unité de civilisation, ou l'existence d'un passé commun, d'une culture commune qui sera le ciment de la nationalité assurant la survivance de la nation. Il convient donc de rechercher au-delà des éléments objectifs qui viennent d'être énoncés les éléments subjectifs composant la nationalité des individus. L'élément subjectif dont s'agit est la conscience de la nation et de son appartenance liée à la volonté individuelle mise en avant par les Lumières.

1.1.2.2 La conscience nationale

Elle est constituée par le sentiment et la conscience d'appartenir à une nation. Mais elle représente bien plus que la simple connaissance du fait d'être lié à une nation de par sa naissance dans une communauté ethnique.

Ainsi un individu qui a des sentiments qui influent sur sa vie et ses choix, sera conditionné en partie par le fait d'être né de parents appartenant à une communauté ethnique, ou bien encore d'avoir été ensuite élevé dans les valeurs propres à cette communauté et à cet environnement. S'agissant de faits historiques de la vie d'un individu, et comme tout fait historique, ils laissent des traces indélébiles dans la personnalité entière de

l'individu qui conditionne ses réactions ainsi que la perception qu'il se fait de lui et du monde qui l'entoure.

Il est possible de sectoriser la conscience nationale en deux éléments principaux¹⁹.

Le premier élément d'une conscience nationale consisterait dans la connaissance par l'individu du fait de l'existence d'une communauté unie par certains liens qui sont d'origine, de langue, de civilisation, d'organisation politique, de mœurs, de caractère, ou simplement de tradition historique ou d'aspirations communes.

Le second élément est fourni par la valeur positive que l'individu accorde à cette communauté d'où sa volonté de la voir continuer. Il est ainsi tout à fait envisageable d'être en présence d'une conscience nationale lorsque l'existence effective de la nation est douteuse puisque l'individu doit tout simplement avoir le sentiment de faire partie de cette communauté.

Le concept de l'étranger est essentiel dans cette création, puisque l'individu sera plus apte à se préoccuper de l'existence de sa nation et à se rendre compte de la différence entre lui et ceux qui sont étrangers, d'où la conscience d'appartenir à une communauté différente où il existerait une unité entre tous les individus, c'est-à-dire une unité nationale.

Dans le domaine sociétal nous ne pouvons observer et expliquer le phénomène du développement fréquent de la conscience nationale que par suite de l'intensification des rapports internationaux. Mais dans le même temps, cette intensification conduit à l'affaiblissement de la conscience nationale et au développement d'une conscience cosmopolite plus positive selon nous.

La nationalité est une notion dynamique, elle se transforme au gré de l'évolution de la communauté qui compose la nation. La communauté naturelle et de civilisation n'est possible que si tous ces facteurs, la parenté ethnique, la proximité géographique, l'unité de langage et de mœurs, ont à certains moments influencés son histoire.

Il est évident que seuls les individus sont en mesure de percevoir ces transformations, l'impossibilité pour les personnes morales de pouvoir prétendre éprouver ces sentiments résultent directement de la nature intrinsèque de la personne morale et de sa création.

¹⁹ *Id.*, p. 16

1.2 Les défauts de la personnalité morale

Nous l'avons déjà indiqué la personnalité morale est une construction intellectuelle humaine qui n'a pas d'existence matérielle en tant que telle, ainsi on ne peut pas toucher ni s'entretenir avec l'entreprise Canadian Tire. Néanmoins, l'association de différents individus a un effet sur la réalité physique, et c'est cet effet que de nombreux auteurs ont essayé d'appréhender. Mais comme toute construction humaine, elle présente des défauts intrinsèques (A), qui aboutissent à affaiblir le concept de nationalité des entreprises (B). Mais ce concept a tout de même été accepté un peu partout à travers le globe, nous amenant obligatoirement à étudier les éléments arguant en faveur de cette reconnaissance malgré ses nombreuses lacunes (C).

1.2.1 Les effets néfastes de l'imperfection des théories de la personne morale sur la nationalité

Nous venons de voir que la nationalité des personnes physiques s'est construite autour de certains éléments profondément ancrés dans l'inconscient collectif et à défaut desquels elle saurait difficilement être qualifiée comme telle. Mais aujourd'hui, les personnes physiques ne sont pas les seules à disposer d'une nationalité, les personnes morales se sont vues reconnaître une nationalité au même titre que les personnes physiques.

La reconnaissance et la mise en place du concept de nationalité chez les personnes physiques ont tout naturellement amené le débat sur le terrain des règles applicables aux personnes morales. Les auteurs se sont interrogés sur l'existence de cette nationalité appliquée aux personnes morales, et des entreprises en particulier²⁰. Mais ce débat sur la reconnaissance ou non d'une nationalité des entreprises, dès son origine n'a pu être dissocié de celui sur l'existence même de la personnalité morale, débat qui trouve encore un écho aujourd'hui lorsque l'on s'interroge sur la question de la reconnaissance ou non de la personnalité morale des groupements d'entreprises.

Il nous apparaît nécessaire de faire dans un premier temps un rappel historique du débat qui a divisé la doctrine continentale pendant de nombreux siècles, avant de regarder dans quelle mesure la théorie de la personnalité morale, malgré ses lacunes, a permis de justifier la reconnaissance de la nationalité des entreprises.

²⁰ Jean-Paulin Niboyet, « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », *Rev. Crit. DIP*, 1927, p.402

1.2.1.1 Les origines de la notion de personnalité morale

Dès l'Antiquité, les besoins d'une partie de la communauté romaine ont amené les juristes et les praticiens du droit à imaginer des règles qui permettraient la collaboration, ou l'association de plusieurs personnes physiques pour mener à terme un projet qu'elles étaient dans l'impossibilité de mener seul. Ainsi ils ont élaboré des règles de fonctionnement pour les *municipes*, les *collèges* et les sociétés des publicains.

Certains auteurs européens de la fin de la période médiévale ont considéré que ces entités constituaient des personnes morales dans leur sens moderne²¹. Mais on ne peut que constater l'absence de théorie de la personnalité morale, à l'époque dans le droit romain, telle qu'on l'entend aujourd'hui, il n'y avait pas de trace d'une quelconque personnalité de ce type²².

La première utilisation du terme personnalité morale recensée se retrouve dans les travaux et les écrits de Puffendorf. Pour lui, toutefois, cette notion revêtait un sens particulier, puisqu'elle désignait des hommes considérés par rapport à leur État moral ou à la fonction qui leur était dévolue dans la communauté. Il s'agissait donc de désigner une catégorie bien particulière d'individus, mais cette notion se rattachait encore à l'individu, et n'était pas une personnalité détachée de la personne physique dont elle émane. Elle n'avait pas d'existence propre par rapport à elle. A l'intérieur de cette notion de personnalité morale, il opérait une distinction entre personne morale simple, et personne morale composée. La personne morale simple correspondait à un individu engagé isolément. La personne morale composée englobait des groupements d'individus, lui conférant du même coup une volonté unique. Elle se distinguait donc de la notion que nous connaissons sous cette dénomination.

Il apparaît donc que cette notion s'est développée lors de périodes de croissances économiques afin de répondre à des nécessités sociales. Elle fut autorisée à adopter une forme commerciale à partir de la fin du XVI^e siècle pour permettre la création de compagnies dans les colonies qui nécessitaient de lourds investissements pour financer de coûteux projets.

Toutefois la personnalité morale telle qu'elle est entendue aujourd'hui aurait été systématisée par Savigny au cours de la rédaction du Code Napoléon. L'article 529 du Code

²¹ Paul Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2^{ème} Ed., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1898, p.228 et s.

²² Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique : histoires et théories; 25 leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, 2^{ème} Ed., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1922, p. 47 et s.

Civil de 1804 en serait l'expression, bien que cet article ne mentionne pas de manière explicite et exprime la personnalité morale, il en dessine très clairement les contours, et opère une reconnaissance implicite de l'existence de cette notion. Le terme fut par la suite utilisé de manière explicite pour la première fois dans le Code Législatif pour le Royaume des Deux Siciles datant de 1819. Ce terme fera l'objet d'une reconnaissance et d'une très forte expansion au cours de la seconde moitié du XX^e siècle.

La reconnaissance en Common Law fut concomitante. En effet, le principe de la personnalité morale et de son indépendance fut reconnu pour la première fois par la jurisprudence dans l'affaire *Salomon c. Salomon & Co.*²³, célèbre affaire qui fut la pierre angulaire d'une construction jurisprudentielle ultérieure²⁴. Depuis cette notion n'a plus été remise en cause dans son existence. Elle a même fait l'objet d'une codification récemment, l'article 309 du Code civil du Québec lequel dispose que les personnes morales sont distinctes de leurs membres.

Si ce principe est désormais bien ancré tant dans les pays de Common Law que ceux de tradition civiliste, il reste encore aujourd'hui des affrontements doctrinaux sur la nature de cette personnalité morale.

Ainsi, il existe différentes théories qui ont donné naissance à différentes écoles. Les théories dites 'classiques' en matière d'étude de la personnalité morale semblent toute découler ou prendre appui sur une analyse de la théorie de la fiction. En d'autres termes, les autres théories se sont construites et élaborées en réaction à la théorie de la fiction. L'Allemagne et la France ont été les États où des théories de la personnalité morale ont été développées en priorité, et ont retenu une attention particulière des juristes continentaux. La pensée juridique anglo-américaine, aussi bien états-unienne qu'anglaise, ne s'est pas appropriée directement la question comme sujet de réflexion ou de recherche juridique. Il en fut de même au Canada, et en particulier au Québec mais dans une mesure différente. Ainsi, bien qu'il existe des ressemblances notables avec le droit civil français, l'évolution de cette notion s'est faite différemment. Ainsi, lorsque les Anglais prirent le contrôle sur le Canada, ils imposèrent leur système juridique à savoir la Common Law. L'introduction et l'imposition de ce nouveau système eurent un effet immédiat sur la *summa divisio* française jusqu'alors en vigueur. Ainsi, le droit public français disparu du sol canadien pour y être remplacé par le droit anglais, le droit privé fut pour sa part maintenu. Cet événement eut un

²³ Paul Martel, *La compagnie au Québec*, vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, 1-24.1

²⁴ *Ibid.*

retentissement particulier sur la notion de personne morale telle qu'elle fut appréhendée par le Québec, ce qui la démarque très significativement de la vision française²⁵.

Ainsi, et alors que le législateur français n'avait accordé aucune place à la personne morale dans ses différents Codes, le Code civil du Bas-Canada consacra cette notion, par le biais de la « corporation », en lui attribuant un Titre dudit Code, et ce, dès son origine. La doctrine fut malheureusement peu proluxe sur cette notion qu'elle a très rapidement considérée comme relevant du droit public.

A l'instar de la doctrine nord-américaine, la doctrine canadienne s'est avant tout contentée de discuter des théories continentales qui étaient avancées²⁶. En Amérique du Nord, la discussion des approches conceptuelles semble avoir été assez rapidement abandonné au profit de l'adoption de la position réaliste. Mais certains auteurs ont contesté la pertinence du débat sur la personnalité morale, estimant qu'il avait tout au plus un intérêt académique, mais une incidence pratique limitée²⁷. Si nous nous devons de respecter une telle analyse, nous nous en démarquons toutefois en ce qu'à nos yeux ce débat revêt un intérêt hautement pratique lorsqu'il est mis en corrélation avec la question de la nationalité et les incidences qu'il peut avoir sur elle.

Nous étudierons donc les différentes théories qui accompagnent encore aujourd'hui le débat sur la reconnaissance de la personnalité morale.

1.2.1.2 La théorie de la fiction

Cette théorie s'est développée dans le courant du XX^e siècle, et elle part du constat que seuls les hommes sont des personnes²⁸. La notion de personne comme celle de sujet de droit sont intrinsèquement mêlées avec la qualité même d'être humain.

Mais le développement du commerce et des échanges ainsi que l'augmentation des investissements nécessaires à la réalisation de nouvelles activités ont rendu plus pressants et indispensables le besoin de reconnaître des droits à des groupements de personnes. Il est donc naturel que la pratique juridique ait créée cette possibilité par la suite reconnue par les États et leur administration.

La fiction, technique juridique permettant par une construction mentale et intellectuelle d'intégrer un fait, une chose ou une personne dans une catégorie juridique qui

²⁵ Charlaïne Bouchard, *La personnalité morale démythifiée*, Laval, Les Presses de l'Université Laval, 1997, p. 58

²⁶ A.W. Machen Jr, «Corporate Personality», (1916), 24, *Harv. L. Rev.*, p. 253-255

²⁷ Marcel Planiol et Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2^{ème} Ed., t.1, *Les personnes*, par René Savatier, Paris, L.G.D.J., 1952, p. 181

²⁸ François Laurent, *Principes de droit civil*, 5^{ème} Ed., t.I, Bruxelles, Bruylant, 1893

n'est pas la sienne, a pu répondre à ce besoin. Elle permet ainsi de lui faire bénéficier de certains droits reconnus à la catégorie qu'elle intègre, et dont elle ne pourrait bénéficier sans cet artifice. Appliquée à la personne morale, cette technique a pour but avoué de faire de cette dernière un être juridique semblable à la personne physique et lui offrir les mêmes droits et possibilités réservés aux individus.

Cette théorie a donné lieu à l'élaboration de diverses variantes qui ont dans l'ensemble le même effet, la théorie de la concession étant l'une d'entre elles. Nous l'étudierons plus particulièrement car elle présente de nombreux intérêts dans le cadre de notre étude de la nationalité des entreprises.

Elle subordonne la création des personnes morales à leur reconnaissance par l'État, car il est le seul à disposer du pouvoir de leur reconnaître une existence légale, et par suite de créer des fictions. Toutefois dès l'origine on a réalisé les risques d'une telle théorie, et une des raisons principales invoquées à l'époque pour l'autorisation de sa reconnaissance avait été de limiter leur objet à la recherche du bien public²⁹ lorsque les personnes physiques ne pouvaient le faire par elle-même. Si cet argument autorise la reconnaissance de la personnalité morale, il en limite aussi l'utilisation. La personne morale doit exercer ses droits dans la poursuite de l'intérêt public, si tel n'était pas le cas, la fiction pourrait très bien ne pas opérer, et la personnalité morale ne pas être reconnue par un tribunal ou une instance royale ou étatique.

La personnalité conférée par le législateur devait être restreinte aux effets qu'il voulait lui voir produire, selon cette analyse une personne morale ne pouvait jouir de droit qu'aussi longtemps qu'il lui était nécessaire à l'exécution de sa mission.

Nous signalerons que la théorie de la concession ne peut pas être détachée de la période et de l'environnement dans lequel elle a été et elle s'est développée³⁰, à savoir une période de libéralisme combinée à l'émergence des États-Nations qui nécessitait un pouvoir central fort. Le législateur était à l'époque le seul et le meilleur juge de l'utilité publique, or, déjà certains en ces temps craignaient que des corporations puissantes puissent se développer, opérant parfois à l'encontre du bien public, et en échappant à l'emprise du pouvoir du législateur³¹. La situation économique, notamment les nombreux scandales financiers dans les sociétés de capitaux, a favorisé l'intervention de l'État pour exercer son pouvoir de réglementation. Toutes ces considérations ne semblent pas si éloignées des

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Charles Aubry et Charles Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5^{ème} Ed., Paris, Marchal et Billard, 1897, n° 54, p. 269

³¹ François Laurent, *Principes de droit civil, Op. Cit.*, note 28

interrogations actuelles qui sont soulevées par l'émergence des super puissances que sont les entreprises multinationales, et elles semblent être cruellement d'actualité. Si nous nous en tenions à cette théorie, la nationalité de l'entreprise ne pourrait exister puisqu'elle ne pourrait être que celle de l'État où elle a réalisé les formalités de constitution, et ne pourrait pas être reconnu à l'étranger puisque la fiction n'opère que dans l'État de constitution. Mais il s'est développé en parallèle une autre théorie qui a été utilisée à son tour tant par la doctrine que la jurisprudence pour faire face à un certain nombre de besoins.

1.2.1.3 La théorie de la réalité

La théorie de la réalité comme toutes théories a été prise en réaction à une lacune, et, en l'espèce, aux déficiences présentées par la théorie de la fiction selon certains. Cette approche s'appuie sur le postulat selon lequel tous les États connaissent la personnalité morale car elle est une nécessité et une réalité qui ne saurait être méconnue. Plusieurs écoles se rattachant à ce mode de pensée ont vu le jour : la théorie de la réalité organique, la théorie de l'institution ou encore la théorie de l'expression de la volonté collective.

La *Willenstheorie*, ou théorie de l'expression de la volonté collective, a été développée en Allemagne par Zitelmann³². Selon lui, l'union qui s'opère entre plusieurs volontés donne le jour à un nouvel être suite à un effet de synergie. Cet être est distinct de ses composantes, ou de ses créateurs, mais jouit dans le même temps de leurs attributs. L'existence d'une nouvelle volonté, différente de celle des créateurs, va aussi voir le jour, et elle lui procure la possibilité de devenir un sujet de droit à part entière. Selon cette théorie, l'intervention du législateur dans la reconnaissance de l'existence de la personne morale n'est pas nécessaire. Selon eux, l'existence d'un but, et d'une volonté collective de l'atteindre, sont suffisants puisqu'elle caractérise la réalité et donc l'existence de cette personne morale, et ce, avec ou sans la reconnaissance de l'État. Mais encore faut-il que cette personne manifeste cette volonté vis-à-vis de l'extérieur par ses organes. Cette vision rentre en conflit avec l'État puisque la volonté collective peut être différente de la volonté générale exprimée par l'État. Ces différentes théories ont pour point commun de refuser de reconnaître à l'État un rôle dans l'existence de la personnalité morale, elle existe par elle-même par la simple volonté de ses fondateurs de la constituer.

³² Zitelmann, *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, p.62 et s., cité par Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 2^{ème} Ed., t. I, Paris, L.G.D.J., 1924, p. 77, n°36

1.2.1.4 La théorie de la pluralité

Une dernière partie de la doctrine estimait que la théorie de la personnalité morale était inutile. La théorie de la fiction présenterait une grave lacune, elle serait intrinsèquement contradictoire³³. Une personne fictive ne peut pas être une personne puisqu'elle est fictive. Or, un être qui est fictif n'existe pas, et si un être n'existe pas il ne peut pas avoir de patrimoine, et donc il ne peut avoir ni dettes ni biens.

Elle pêcherait aussi par son inaptitude à rendre compte du phénomène de propriété collective qui se cache derrière la pluralité d'individus engagés dans cette association. L'objectif recherché par la théorie de la fiction a tout naturellement affecté le postulat de l'étude à laquelle ses défenseurs se sont livrés. Ainsi, ils se sont intéressés aux moyens pour reconnaître un droit de propriété à des associations d'individus, mais auraient tout à fait pu choisir un autre objectif qui les aurait bien évidemment conduit vers une autre solution. Il leur aurait été possible d'écarter la question du sujet du droit de propriété, et choisir de se pencher sur la question de la nature de ce droit de propriété.

Certains auteurs lui ont reproché de dissimuler l'existence de la propriété collective au profit de la propriété individuelle en affirmant l'existence de deux espèces de personnalité. La reconnaissance de la personnalité morale permet de lui rattacher la propriété individuelle, alors que si l'on avait gardé les personnes physiques, elles se seraient vues attribuer une propriété collective³⁴.

De Vareilles Sommières va reprendre l'analyse de Planiol³⁵, mais il va la modifier ne reprenant pas la stigmatisation qu'il avait opérée à l'égard des biens collectifs³⁶. Il a estimé que la notion de personnalité morale a été élaborée en doctrine par un souci de 'paresse', car elle est le fruit d'un besoin de simplification outrancier des rapports contractuels qui s'est répercuté sur la pensée et le langage. Ici la facilité a guidé la réflexion, puisque les auteurs ont cédé à la tentation d'affirmer que la personne morale se distingue des associés qui la composent, au lieu de la considérer comme une abstraction pure et simple sans aucune réalité tangible mais qui permet de simplifier grandement des règles et des relations complexes et multiples.

³³ Gabriel La Broûe De Vareilles Sommières, *Les personnes morales*, Paris, L.G.D.J., 1919, n°15

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 11^{ème} Ed., Paris, L.G.D.J., 1928, n°3007

³⁶ Gabriel La Broûe De Vareilles Sommières, *Les personnes morales*, *Op. Cit.*, note 33, n°276

Le législateur ne crée pas la personne morale, il n'opère que sa réglementation, il en règle les modalités de formation et de constitution tout au plus. Les véritables créateurs sont l'esprit, l'usage et le langage qui lui ont donné naissance, et non l'État comme le défend la théorie de la fiction. Toutefois aucune de ces théories n'ont fait l'unanimité puisqu'elles sont toutes imparfaites, et elles ont amené certains auteurs à en critiquer les fondements pour proposer quelque chose d'autres.

1.2.1.5 Les théories modernes de la personnalité morale

Des auteurs plus contemporains ont émis un certain nombre d'objections aux théories présentées plus haut, ils vont se servir de la définition de droit subjectif développée par Ihering en son temps³⁷.

Ils vont s'appuyer sur la notion d'intérêt qui peut être celui d'une personne physique ou d'un groupe d'individus. Le groupe peut avoir la qualité de sujet de droit au même titre que la personne physique lorsque deux conditions sont réunies.

Il doit avoir un intérêt distinct des membres qui le composent et il doit aussi avoir une organisation capable de dégager une volonté collective qui puisse le représenter et le défendre. Cependant, pour avoir la personnalité morale, la condition sine qua none réside dans la reconnaissance qui en est faite par l'État, sans cette reconnaissance pas de personnalité juridique selon eux.

Ils estiment et énoncent que la personnalité morale est avant tout une technique juridique³⁸, constitutive d'une abstraction, mais répondant à une nécessité de la technique juridique qui la rattache en même temps à la réalité. Il faut agir dans la mesure selon cette doctrine, et donc de ne pas tomber dans l'excès anthropomorphique, il ne faut pas opérer une assimilation de la personne morale à la personne physique, mais simplement retenir la personne morale comme un sujet de droit à part entière³⁹. A partir de ce moment là il est ouvert la première possibilité de reconnaître une nationalité propre aux personnes morales.

Nous constatons donc que les théories relatives à la personnalité morale sont diverses et variées, et qu'elles présentent toutes des lacunes. Les divergences entre les auteurs sont profondes, tellement profondes qu'elles amènent certains à dire que « les

³⁷ Ihering, *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 326 et 337 cité par Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 2^{ème} Ed., t. I, Paris, L.G.D.J., 1924, p. 101 et s., n° 48

³⁸ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 2^{ème} Ed., t. I, Paris, L.G.D.J., 1924, p. 45 et s., n°21

³⁹ Valérie Simonart, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 48, n° 53

Romains ne s'embarrassaient pas de ces controverses doctrinales, sans que pour cela leurs solutions pratiques fussent différentes des nôtres »⁴⁰. En effet, certains ont estimé que ces querelles présentaient un caractère essentiellement académique et bien peu pratique. Cette vision est erronée, si en apparence ces questions peuvent paraître académique, elles auront tôt ou tard une incidence pratique au regard de la complexification des règles juridiques. Nous estimons que justement ces lacunes affaiblissent ce concept, or on ne construit pas une bâtisse sur des fondations peu stables, et pourtant, c'est le parti adopté par la doctrine lorsqu'elle a choisi de reconnaître une nationalité aux personnes morales. Nous trouvons regrettable que dans une rapidité qui lui cause préjudice, la doctrine ait une fois de plus avec un manque de rigueur et d'objectivité patent tenté de justifier une réalité économique par des théories juridiques alambiquées. Dans le cas particulier de la nationalité des entreprises nous ne pouvons que constater qu'elle a procédé là encore à rebours, ainsi au lieu de construire son analyse logiquement en commençant par s'interroger sur la personnalité morale et quel concept propre pourrait en dériver, elle a construit sa réflexion au regard du résultat qu'elle souhaitait atteindre à savoir la reconnaissance d'une nationalité des entreprises.

1.2.1.6 Un concept loin d'être parfait

Le descriptif qui a été réalisé ici ne vise absolument pas à remettre en cause la notion de personnalité morale, bien qu'elle soulève de nombreuses questions encore aujourd'hui non résolues comme nous avons pu le voir. Le descriptif réalisé avait pour principal objectif de mettre l'accent sur une notion qui, loin d'être parfaite, fait l'objet d'interprétations les plus diverses. Le doyen Carbonnier a même été amené à écrire qu'il « *existe en matière de personnalité morale autant de théories que d'auteurs* »⁴¹.

La nationalité des entreprises tire une large partie de sa reconnaissance de la notion de personnalité morale, mais si la notion de personnalité morale est bancal, il est logique que la notion de nationalité le soit tout autant, voire plus.

Ce constat n'a toutefois pas empêché la doctrine de baser sa théorie de reconnaissance de la nationalité des entreprises sur l'existence d'une personnalité morale. La personne morale est le fruit d'une construction de l'esprit comme nous l'avons rappelé, elle n'est donc pas similaire à la personne physique, mais elle lui serait analogue puisque sujet de droit partageant ainsi avec elle certains caractères. La nationalité est l'expression

⁴⁰ *Id.*, p.16

⁴¹ Jean Carbonnier, *Droit civil*, 15^{ème} Ed., t. I, *Les personnes*, Coll. « Thémis », Paris, P.U.F., 1986, p.413

d'un lien particulier qui unit **une personne** à un État, si l'on adopte ce postulat, et non pas axiome comme le prétend M. Lévy⁴², on en déduit que toutes les personnes, et par extension tous les sujets de droit, peuvent disposer d'une nationalité, et dans le même temps elles sont les seules à pouvoir prétendre en avoir une. À la différence des objets de droit qui ne peuvent pas avoir de nationalité, il n'existe plus de sujets de droit qui ne soient pas en mesure d'acquérir une nationalité.

Nous avons vu que la notion de personnalité morale a fait l'objet d'un vigoureux débat en doctrine non soldé, et nous avons tenté de mettre en évidence les défauts et les approximations de cette théorie qui lorsqu'appliqués à la nationalité sont démultipliés comme nous allons le voir. Personne physique et personne morale sont profondément différentes, et ce, même si elles ont au final quasiment les mêmes attributs, et que l'une découle de l'autre.

Cette différence doit être perçue comme une justification suffisante à la mise en place d'un régime différent ou d'un traitement différencié. Ce traitement pourrait, et devrait donc aboutir sur une remise en cause du concept de nationalité des entreprises.

Les personnes physiques sont soumises à des critères de rattachement en droit international comme le *jus sanguinis* et le *jus soli*. Ces critères sont assez aisément déterminables et qualifiables, il s'agit de critères stables, qui sont un vecteur positif puisqu'une source de sécurité juridique, on détermine assez aisément si les parents d'un individu sont de telle ou telle nationalité, ou s'il est né sur tel territoire.

Ces critères retranscrivent bien les caractéristiques nationales évoquées au début de cette étude. Même si cette notion tend nécessairement à évoluer au regard des flux migratoires de ces dernières décennies, ce qui n'empêche pas la nationalité de revêtir un caractère éminemment politique parfois⁴³.

La personne morale de par sa nature plus complexe et moins tangible est plus problématique, les critères de détermination, ou de rattachement, sont plus nombreux dus à une nature complexifiée. Cette complexité permet la possibilité d'utiliser des critères de détermination différents, aucun ne pouvant prétendre à un monopole dans la détermination.

Mais du même coup, de nombreux auteurs, favorables à un critère plutôt qu'un autre, contestent le mode de rattachement qui a été adopté fragilisant d'autant le concept. Les choix d'un critère de rattachement plutôt qu'un autre ne font donc pas l'unanimité, puisqu'ils seront souvent soumis à l'objectif recherché par leur auteur, et non réellement à

⁴² Laurent Lévy, *La nationalité des sociétés*, Berthold Goldman, dir., Coll. « Bibliothèque de Droit Privé », Paris, L.G.D.J., 1984, p.29 et s., n° 10

⁴³ Patrick Weil, *Qu'est ce qu'un français ? Histoire de la nationalité française de la Révolution à nos jours*, Op. Cit., note 8, p. 14

l'universalité, ce qui amène de nombreuses critiques contre la notion de nationalité des entreprises.

1.2.2 Critique de la personnalité morale comme justification de la nationalité

1.2.2.1 L'absence de lien politique entre la personne morale

La nationalité met en lumière l'existence d'un rapport d'ordre politique entre l'État et le national⁴⁴. Nous pouvons légitimement nous interroger sur l'existence d'un tel rapport entre une personne morale et un État, et répondre qu'il n'existe pas. La population, au côté du territoire et du gouvernement, est un des éléments nécessaire à la reconnaissance internationale d'un État⁴⁵. Les individus, qui composent la population, constituent l'essence même de cet État sans laquelle ils n'auraient pas de raison d'être, mais les formes de manifestation des activités de cette population n'ont pas d'effet d'accroissement sur le nombre des nationaux de l'État qui le constitue.

Les États ne se composent pas de personnes physiques, et de personnes morales en plus, et si tel était le cas cela aboutirait à compter les personnes physiques qui composent les personnes morales à plusieurs reprises⁴⁶. Tout ceci reviendrait à accroître totalement fictivement la population d'un État. Selon cette analyse, s'il n'est pas possible pour un État de compter les entreprises dans ses nationaux, c'est que la nationalité des entreprises doit être une fiction.

Nous avons évoqué l'existence de différences entre personne morale et personne physique, et ces différences ont bien évidemment une incidence sur la représentation de la nationalité. En matière de personne physique, la détermination de la nationalité se fait au regard de la *lex fori*. Ainsi s'il existe des mesures internes qui permettent d'attribuer la nationalité française, dans le cas contraire on se tournera vers la législation étrangère. Si au regard de cette législation, il bénéficie de la nationalité en question, elle lui sera reconnue par les tribunaux internes, quand bien même la méthode d'attribution serait différente de celle utilisée par la législation nationale⁴⁷.

Si ce système était utilisé et transposé aux entreprises, il aurait pour résultat de laisser le devoir aux juges d'un État de déterminer la nationalité. Dans cet exercice, le juge

⁴⁴ Jean-Paulin Niboyet, *Cours de droit international privé*, 2^{ème} Ed., Paris, Recueil Sirey, 1949, p. 233, 2§

⁴⁵ Pierre-Marie Dupuy, *Droit International public*, 6^o éd., coll. « Précis Dalloz », Paris, Dalloz, 2002, p.90

⁴⁶ Jean-Paulin Niboyet, « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », *Loc. Cit.*, note 20, p. 405

⁴⁷ Jean-Paulin Niboyet, *Manuel de droit international privé*, 2^{ème} Ed., Paris, Recueil Sirey, 1928, p. 354, n° 300

sera certainement amené à aller rechercher la ou les lois étrangères qui peuvent prétendre établir la nationalité de ces entreprises. Si l'entreprise possède au regard des lois étrangères plusieurs nationalités, avec par exemple l'une en vertu du critère de l'incorporation, et une autre au regard du critère du siège social réel et sérieux, le juge serait tenu de choisir entre ces deux possibilités⁴⁸, il n'aurait aucunement la possibilité d'attribuer la nationalité d'un autre État. La doctrine majoritaire comme la jurisprudence ne procédaient toutefois pas ainsi.

Lorsqu'il s'agissait de déterminer la nationalité de l'entreprise, ils allaient la rechercher selon leur propre critérium⁴⁹. La loi étrangère n'était pas prise en compte, on se moquait de savoir si elle avait un mode différent d'attribution de cette nationalité.

Même si la jurisprudence en la matière a évolué, et que désormais on utilise le renvoi, la solution est loin d'être satisfaisante et peut aboutir à des aberrations⁵⁰.

On voit que la méthode adoptée diffère de celles pratiquées pour les personnes physiques, ce qui fait dire à Niboyet « *le fait qu'on n'agit pas de même en matière de nationalité des sociétés montre qu'il y a là une notion différente de celle de véritable nationalité des individus, il y a une simple homonymie de mots et rien de plus* »⁵¹.

Nous devons toutefois nous démarquer de cette affirmation, même si elle nous paraît pertinente à certains égards. Ainsi, il existe certes une notion différente de la nationalité pour les personnes physiques et pour les personnes morales, rien de moins étonnant puisque les deux notions sont elles-mêmes différentes. Si la nationalité a été créée pour les personnes physiques à l'origine, elle n'a pas été pour autant créée uniquement pour les personnes physiques. Pour nous, le vrai problème ne réside pas dans une transformation, un transfert de la notion de nationalité, mais bien sur les conditions de son transfert et la qualité des caractères qui vont être retenus pour la qualifier. Ainsi, la mise en avant de la méthode d'attribution de la nationalité met en lumière les déficits du concept qui ne peut être qu'approximatif dû au manque de lien politique dont il fait preuve. Le lien politique est bien évidemment une idée centrale dans la construction de la notion de nationalité des personnes physiques.

La question du lien politique peut aussi être rattachée à la question du voile corporatif, et de la question de savoir qui se cache derrière la personne morale. L'entreprise ne possède pas de volonté politique propre, si elle possède une quelconque volonté politique, elle est tout au plus, celles détenues par les personnes physiques qui la

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Id.*, p. 355, n°300

⁵⁰ Cour d'appel de Paris, 19 mars 1965, *Banque Ottomane*, RCDIP, 1967, p. 85, note Lagarde

⁵¹ Jean-Paulin Niboyet, *Manuel de droit international privé*, *Op. Cit.*, note 47, p. 355, 1§

composent, ou du moins qui la constituent. On ne peut pas oublier que la personne morale est une construction juridique qui a pour effet d'instituer un voile qui cache pour des raisons de commodités juridiques les associés. Il convient alors de rechercher la nationalité des associés, ou plus précisément celles des personnes qui ont une influence prédominante sur l'entreprise, dans ce cas précis, mais qui du même coup nie le concept ou atténue la portée du concept de personne morale.

Niboyet estimait que la « *nationalité intéresse la vie politique de l'État* »⁵². Cette nationalité doit mettre en rapport des individus avec l'État de manière directe, et non dans le cadre de cloison comme la personne morale peut en constituer. La nationalité de la personne morale n'est pas indépendante comme on aimerait à le laisser croire, elle est hautement soumise à la nationalité des associés qui prennent part à son fonctionnement, et qui influencent son activité.

1.2.2.2 Le domicile a été confondu avec la nationalité

Pour les personnes physiques, lorsque l'on cherche à déterminer un critère de rattachement pour établir un droit, on utilise principalement la nationalité et le domicile.

Mais ces deux notions sont différentes, l'une est de pur fait, le domicile puisqu'il s'agit du constat de la domiciliation de la personne physique sur le territoire de l'État⁵³, une personne vit à un endroit donné sur le territoire d'un État.

L'autre est le fruit d'une construction juridique élaborée et mise en place par l'État. Le concept de nationalité est plus récent et plus jeune, il est le résultat d'une construction juridique qui n'a émergé qu'au XVIII^e siècle pour se développer au XIX^e siècle. Le domicile qui est plus ancien, était l'instrument qui prévalait, pour les personnes morales, il correspondait au lieu où était établi le centre des affaires de l'entreprise.

Ces deux notions comme nous l'avons évoqué sont les points de rattachement des droits à une personne. Dans les États où ces deux notions ont été amenées à co-exister on a constaté une certaine répartition des tâches entre elles. Ainsi, la nationalité est en général utilisée pour établir la loi applicable, et le domicile pour déterminer la compétence du juge. Mais comme nous le verrons cette distinction n'est pas valable pour les personnes morales.

Cette méthode juridique, que certains ont transposée aux statuts des personnes morales, a servi à établir la loi à laquelle les entreprises étaient soumises. Il aurait peut-être

⁵² *Id.*, p.356

⁵³ Antoine Pillet, *Des personnes morales en droit international privé*, Paris, Recueil Sirey, 1914, p. 121, 2§

été plus judicieux, et, certainement plus honnête intellectuellement de chercher et créer de nouvelles règles spécifiques aux personnes morales. Mais la voie de la facilité a été empruntée et favorisée par toute une partie de la doctrine, qui allait devenir très vite majoritaire, au début du XX^e siècle, et qui laisse encore sa prégnance aujourd'hui.

Cette volonté de procéder par analogie, si elle présente un intérêt pratique et l'avantage de la rapidité, s'accompagne d'un certain nombre d'inconvénients, et notamment celui de la confusion opérée entre domicile et nationalité pour le cas des personnes morales.

Il est impossible de rattacher la nationalité des personnes morales à celles des personnes physiques lorsqu'on utilise le critère du lieu de naissance. Les personnes morales ne naissent pas comme les personnes physiques en un lieu, elles n'ont pas de naissance matérielle⁵⁴. Les deux notions ont alors été confondues, et a dès lors été dénommée nationalité ce qui en réalité ne semblait être qu'un domicile, la nationalité a d'abord été rattachée au lieu d'établissement de l'entreprise. Si nous adoptons cette vision, la nationalité de l'entreprise va résulter du lieu qui a été choisi par les fondateurs, or ceci n'est pas acceptable, la détermination de la nationalité ne peut résulter de la simple volonté des individus.

La doctrine majoritaire, comme la jurisprudence, sont d'accord pour rejeter le rattachement de la nationalité des entreprises à la nationalité des associés, ou celles des administrateurs, de même qu'au lieu de l'acte constitutif qui correspondrait à la seule volonté des fondateurs.

La nationalité d'une entreprise lui assure l'exercice de droits civils, or, il paraît difficile de penser que cette reconnaissance permette à des personnes étrangères par le truchement de la personne morale de bénéficier de droits réservés aux nationaux. Le législateur peut décider d'avantager ses nationaux par rapport aux non-nationaux. Mais ces législations sont aisément contournables par l'utilisation et le recours à la personne morale. Tous ces privilèges reconnus aux nationaux sont alors accessibles de manière encore plus aisée pour ces étrangers que d'avoir à passer par la voie normale de la naturalisation.

Si l'on combine cet aspect avec la réalité des traités diplomatiques et internationaux qui sont signés et ratifiés, cette construction juridique devient un peu plus incohérente. La distinction opérée entre la nationalité de l'entreprise et celle des associés qui la composent enlève toute pertinence à l'existence de ces traités internationaux qui opère une distinction entre les nationaux et les étrangers. Il pourra être toutefois légitimement objecté que la tendance actuelle des traités internationaux vise à ne plus opérer ces distinctions.

⁵⁴ *Id.*, p. 123, 1§

Cela aboutit à soumettre la nationalité des entreprises à la simple volonté des individus, ne disposant de la nationalité de l'État signataire, du pouvoir de bénéficier des traités internationaux qui présentent un intérêt pour eux. La simple création d'une entité leur permet d'adopter la nationalité dont ils ont besoin. Seule la nécessité des activités économiques dans le monde des affaires a amené logiquement à reconnaître la nationalité à une entreprise, lorsqu'il existe un établissement sur le territoire de l'État. Le domicile, comme la nationalité, dépend de la volonté des individus, ces derniers pouvant le plus souvent s'installer là où le centre de leurs intérêts est le plus criant.

Si l'on regarde les personnes physiques aujourd'hui, le domicile est devenu le plus souvent un des plus simples éléments de détermination de la nationalité parmi d'autres, il fait partie d'un faisceau d'indices qui permettent d'établir la nationalité. Le *jus soli* vient s'agglutiner au *jus sanguinis*.

Mais le *jus sanguinis* n'existe pas chez les personnes morales, elles n'ont pas de naissance matérielle, elles ne sont pas des personnes vivantes. Elles ne disposent que d'une sorte de '*jus soli*', si l'on peut toutefois s'aventurer à une utilisation de ce terme dans le cas des personnes morales. Et comme nous venons de brièvement le rappeler la nationalité des personnes physiques ne se réduit pas au *jus soli*, dans la plupart des États, elle prend en compte d'autres éléments. Il serait réducteur d'estimer que la nationalité ne s'apparente qu'au domicile.

À la vue de ces éléments nous estimons que les personnes morales ne peuvent pas prétendre aux droits qui découlent de la nationalité, puisqu'elles n'en ont qu'une partie des attributs, d'autant plus si on s'intéresse à la nature de la personnalité morale.

1.2.2.3 L'impossibilité pour un simple contrat d'avoir une nationalité

Le terme nationalité doit s'entendre dans son sens technique et juridique ; se borner à estimer que la nationalité se résout au fait d'être rattaché à un pays et se conformer à ses lois ne peut être qu'une erreur.

Si telle était la conception retenue, n'importe quel contrat de droit privé, et plus largement n'importe quel objet pourrait prétendre à une nationalité. Un contrat de vente n'a pas de nationalité par le simple fait que les parties ont entendu soumettre le contrat à la loi du domicile de l'acheteur ou du vendeur. La question du contrat nous ramène une fois de plus sur le terrain particulier de la personnalité morale, et plus précisément sur la question de la personne morale en ce qu'elle serait un contrat ou une institution.

Le débat sur la nature contractuelle ou institutionnelle de l'entreprise a fait coulé, elle aussi beaucoup d'encre. Ce débat une fois de plus a une incidence directe dans l'existence ou non d'une nationalité des entreprises. Une partie de la doctrine française soutient que l'entreprise ne serait qu'un contrat⁵⁵ alors que l'autre partie soutient qu'il s'agit d'une institution. L'article 1832 du Code civil énonce que la société est instituée par un contrat.

La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.
Les associés s'engagent à contribuer aux pertes.

Cette vision contractuelle de la société découle directement de la tradition romaine qui assimile la société, *societas*, au contrat⁵⁶. Certains arguments militent en ce sens, l'acte de société établit les rapports entre les associés, et comme tout contrat elle produit des effets à l'égard des tiers. Cette conception de la société a été défendue au XIX^e siècle, car elle allait de pair avec la notion phare de l'époque : l'autonomie de la volonté. Elle permettait au nom de la liberté contractuelle de pouvoir effectuer toutes les combinaisons souhaitées.

La critique du concept de nationalité s'appuie sur cette nature contractuelle de l'entreprise, il s'agirait d'un simple mécanisme juridique fruit d'une construction purement contractuelle. Ainsi selon Niboyet, « comment un simple contrat de droit privé pourrait-il engendrer un être doué de nationalité, c'est à dire d'attributs politiques. »⁵⁷.

Selon cette analyse, on en arrive à se demander comment un simple contrat pourrait permettre la naissance d'un être doté de la nationalité. En effet, comment deux étrangers, personnes physiques, qui ne disposent pas de la nationalité d'un État déterminé, peuvent-ils par leur simple volonté et la formation d'un contrat se voir reconnaître la nationalité recherchée pour exercer leur activité. Le pouvoir de reconnaître la nationalité à un être relève des prérogatives étatiques, et non de la volonté de quelques individus.

L'article 1832 du Code civil même s'il maintient et souligne la base contractuelle de la société n'en met pas moins l'accent sur l'aspect institutionnel⁵⁸. Cet article vient reconnaître en partie la théorie institutionnelle de la société. Pour les auteurs favorables à cette théorie, l'idée de contrat ne suffit pas à rendre suffisamment compte de l'ampleur de la

⁵⁵ Joseph Hamel, Gaston Lagarde et Alfred Jauffret, *Droit commercial*, 2^{ème} Ed., t. I, Paris, Dalloz 1980, n° 383

⁵⁶ Georges Ripert et René Roblot, *Traité de droit commercial*, sous la direction de Michel Germain, 18^{ème} éd., t.I, vol. 2, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 11, n° 1056-19

⁵⁷ Jean-Paulin. Niboyet, « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », *Loc. Cit.*, note 20, p. 404-405

⁵⁸ Jacques Mestre et Marie-Eve Pancrazi, *Droit commercial*, 26^{ème} Ed., Paris, L.G.D.J., 2003, p.229, n° 292, 3§

notion de société⁵⁹. La théorie contractuelle minimise la place de la personne morale. Le législateur a codifié les règles de constitution des sociétés, ces règles sont désormais obligatoires pour toutes les personnes qui veulent constituer une société ; et depuis la loi du 24 juillet 1966, la personne morale naît des formalités administratives qui sont requises, et non de l'échange des consentements des associés.

Ainsi, comme le souligne le doyen Loussouarn, « deux périodes doivent être distinguées. Celle de la pré-constitution où le fondement contractuel s'affirme, et celle de fonctionnement où l'aspect institutionnel l'emporte »⁶⁰.

L'aspect institutionnel est d'autant plus renforcé que l'art. L 210-6 du Code de commerce énonce que « les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés. ». Au sens de cet article, la société acquiert donc la personnalité morale après avoir été immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés (RCS). L'État français lui reconnaît la personnalité morale, et dans le même temps la nationalité qui s'y rattache.

La théorie institutionnelle a battu en brèche la position défendue par la théorie contractuelle, et, aujourd'hui, il est assez largement admis que la société revêt un caractère institutionnel ; plus d'analyse de la société comme un contrat mais bien comme une institution, les deux conceptions étant profondément différentes. La théorie de l'institution implique une subordination durable des droits et des intérêts privés pour les fins générales qu'il s'agit de réaliser. En d'autres termes, les intérêts privés en cause sont soumis aux intérêts collectifs défendus et protégés par l'État. Le contrat, et la simple rencontre de volonté consacrée par ce contrat, ne permettent en aucun cas d'avoir la nationalité de l'État concerné. Ils en sont certes les déclencheurs. Ainsi, comme pour l'étranger, personne physique, qui souhaite obtenir la nationalité française, sa simple volonté ne suffit pas à réaliser son souhait. Elle sera peut-être le déclencheur d'une demande, mais, seule la réponse favorable de l'administration pourra être un acte valide de reconnaissance de la nationalité.

⁵⁹ Georges Ripert et René Roblot, *Traité de droit commercial, Op. Cit.*, note 56, p. 12, n°1056-20

⁶⁰ Yvon Loussouarn et Michel Trochu, « Nationalité des sociétés », *JCP droit international commercial*, 1995, Fasc. 564-10

1.2.3 Les tenants de la nationalité des entreprises

Les éléments qui ont été avancés jusqu'ici à l'encontre de la nationalité ont fait l'objet de vives critiques de la part des auteurs favorables à ce concept.

1.2.3.1 La réalité de la personnalité morale

Nous avons exposé plus haut la distinction entre les différentes théories de la personnalité morale, et nous avons évoqué la théorie de la réalité. Au début du XX^e siècle, la théorie classique de la nationalité s'est exprimée clairement pour une analogie entre les personnes physiques et les personnes morales en respect avec la théorie de la réalité.

Lyon-Caen a été amené à dire que « les sociétés, comme les individus, ont une nationalité : il y a des sociétés françaises et des sociétés étrangères »⁶¹. Cette position s'appuyait sur la théorie de la réalité de la personne morale. L'entreprise est une personne, et comme toute personne elle doit disposer d'une nationalité⁶².

Il convient de rappeler qu'en droit, il n'existe que deux types de personnes : physique et morale. Or, lorsqu'il est fait mention de toute personne comme c'est le cas ici, l'auteur omet volontairement de rappeler qu'il se réfère directement aux personnes physiques lorsqu'il fait mention de toutes les personnes. Elles sont les seules à disposer d'une nationalité, ce qui diminue la force de son argumentation, puisque la justification n'est plus si évidente. Cet argument est donc, dès la base, volontairement tendancieux, en essayant de donner l'impression que les personnes morales ne devraient pas faire l'objet d'une discrimination par rapport aux autres personnes. Toutefois, il n'existe qu'un seul autre type de personnes qui sont les personnes physiques, et il n'y aurait en soit rien de choquant, au final, à ce qu'elles aient des attributs différents.

Mais poursuivons plus avant les arguments de cette théorie. Ainsi, comme 'toute' personne, l'entreprise doit pouvoir bénéficier d'une nationalité qui établit un lien de rattachement avec un État. Il est affirmé mais non démontré la nécessité de la nationalité pour les entreprises par simple référence à l'existence d'une nationalité pour les personnes physiques, sans pour autant s'interroger sur la possibilité d'établir un autre critère de rattachement à l'État.

⁶¹ Charles Lyon-Caen, « Des conditions à exiger pour que les sociétés soient françaises », (1917), *Jurisclasseur*, p.5, cité par Laurent Lévy, *La nationalité des sociétés*, *Op. Cit.*, note 42, p.29

⁶² Laurent Lévy, *La nationalité des sociétés*, *Op. Cit.*, note 42, p.30

L'entreprise se distingue des personnes physiques qui la composent, elle est dotée de tout un ensemble d'attribut qui lui permet de s'assurer une 'vie' bien distincte de celle de ses membres. Ainsi, elle a une dénomination qui lui est propre et qui se distingue de celui de ses membres, tout comme elle dispose d'un patrimoine, d'un siège, elle peut être responsable civilement et pénalement, et elle a un intérêt propre : l'intérêt social⁶³.

Tous ces éléments militent en faveur d'une reconnaissance selon eux de la nationalité des entreprises, comme ils ont permis de militer en faveur de la reconnaissance de la théorie de la réalité. L'assimilation opérée par la théorie de la réalité aux personnes physiques suffit à elle seule pour justifier l'attribution d'une nationalité, ainsi au même titre que les personnes physiques ont une nationalité, les personnes morales en ont une.

Si la théorie de la réalité a connu un certain succès en droit positif, l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 1966 a mis à mal cette vision puisqu'elle subordonne l'octroi de la personnalité morale à l'immatriculation au registre des commerces et sociétés, et du même coup elle diminue la pertinence des arguments tirés de la réalité de la personne morale pour justifier la reconnaissance de la nationalité. Ces auteurs ont aussi tenté de répondre aux critiques portant sur l'absence de droits politiques de ces entités.

1.2.3.2 La distinction entre les droits et obligations politiques et les autres droits et obligations du national

Nous avons vu que l'un des arguments avancés par la doctrine défavorable était l'absence de lien politique entre l'État et l'entreprise⁶⁴. Mais cette absence de lien politique entre l'État et l'entreprise ne constitue pas pour certain un handicap suffisant pour pouvoir remettre en cause le concept de nationalité⁶⁵.

L'absence de droits politiques. La nationalité comprend certes des aspects politiques, mais n'est pas composée uniquement de droits politiques. Par droits politiques, nous entendons, par exemple, le droit de vote ou le service national militaire. Il a été avancé, notamment, que ces droits ne sont pas partie intégrante de la nationalité, puisque les femmes disposant de la nationalité française n'ont pas disposé du droit de vote pendant près de deux siècles, ou bien encore dans le cadre du suffrage censitaire. Il s'agirait donc du premier argument sur le fondement duquel la nationalité pourrait être reconnue même en

⁶³ Yves Guyon, *Droit des affaires*, 11^{ème} Ed., t. I, Droit commercial et général, coll. « Droit des affaires et de l'entreprise », Paris, Economica, 2001, p. 187 et s., n° 183 et s.

⁶⁴ Jean-Paulin Niboyet, « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », *Loc. Cit.*, note 20, p. 405

⁶⁵ Léon Mazeaud, « De la nationalité des sociétés », (1928), *JCP*, p. 37

l'absence de certains droits politiques. Le second s'attarde sur l'absence de monopole des droits politiques sur la nationalité puisqu'elle comprendrait tout un pan de droits civils, comme les règles relatives au mariage. La nationalité serait beaucoup plus large que la présence de droits politiques. Ainsi, comme Pillet l'évoquait dans le cadre de sa démonstration sur le domicile⁶⁶, la nationalité ne pourrait se résumer aux simples attributs politiques qu'elle est censée conférer aux personnes physiques, cela aboutirait à diminuer le concept de nationalité, et ne pas le prendre dans sa dimension plus globale.

Selon cette analyse, nous ne voyons pas comment on pourrait dénier la nationalité aux personnes morales sous le prétexte qu'elles n'ont pas le droit de vote, alors que la nationalité s'applique à bien d'autres situations de droit, et ne se réduit pas seulement à l'aspect politique.

À notre avis, il s'agit ici non pas tant de considérer que la nationalité correspond exactement aux droits politiques, mais d'affirmer que les droits politiques sont une des caractéristiques les plus essentielles de la nationalité. Si une personne physique ne dispose pas de tous les droits politiques qui peuvent être rattachés à la nationalité, comme pour les femmes avant la Seconde Guerre mondiale, elle dispose d'un socle constituant le minimum de droits et obligations politiques qui sont une des composantes de la nationalité.

La remarque concernant la multiplicité de type de droits qui composent la nationalité, constitue une remarque pertinente mais l'utilisation qui en est faite l'est moins. Dans le cas des personnes morales, il ne s'agit pas de l'absence de quelques droits, comme dans l'absence du droit de vote des femmes, mais bien d'une absence totale des droits politiques qui sont un des caractères essentiels, certes non suffisants, de la nationalité. Mais leur absence est une fois de plus un élément qui affaiblit cette conception de la nationalité des entreprises.

Il est reproché toujours dans le cadre du lien politique, le manque de loyalisme dont font montre les entreprises vis-à-vis de l'État qui leur a reconnu et leur a permis de bénéficier de sa nationalité.

Le manque de loyalisme. Il est tout d'abord avancé en réponse à cette critique, que chez les personnes physiques il existe aussi des personnes déloyales ou des traîtres. Mais cela ne les a jamais empêché de bénéficier de la nationalité et des avantages qui l'accompagnent⁶⁷.

⁶⁶ Antoine Pillet, *Des personnes morales en droit international privé*, Op. Cit., note 53, p.122

⁶⁷ Laurent Lévy, *La nationalité des sociétés*, Op. Cit., note 42, p. 21

Nous répondrons brièvement qu'à l'heure actuelle l'impact d'une action hostile de certaines entreprises de taille conséquente n'est en aucune mesure comparable à celle que peut avoir un individu isolé. Nous rappellerons que le mode d'attribution de la nationalité des entreprises est moins restrictif que pour les individus. Il est donc moins évident pour un étranger d'obtenir une nationalité que pour les personnes morales, il leur sera donc plus risqué d'avoir un comportement déloyal vis-à-vis de l'État.

Il a aussi été défendu que l'apport économique généré par les entreprises contribue à la prospérité économique de l'État sur lequel elles se sont établies. Nous signalerons que les entreprises et les États d'accueil trouvent un intérêt dans la relation qui les unit, et qui se traduit par le profit qu'il tire de cette situation. Peut-on estimer qu'il s'agit d'une forme de loyalisme comme certains auteurs le laissent penser ? La réponse est négative, les entreprises sont mues par une logique de profit et financière qui peut changer selon les opportunités.

Avec l'avènement de l'économie de marché dans les pays développés économiquement, les entreprises jouent un rôle considérable. Les guerres ne se déroulent plus sur les champs de bataille, mais dans les fora internationaux où sont discutés les questions relatives au commerce international. La guerre est désormais économique, les États qui disposent d'un nombre important d'entreprises de grande et moyenne taille n'auront qu'une voix plus forte au niveau international. Elles sont supposées lui apporter prospérité, en principe, mais aussi un certain pouvoir de pression au niveau international. La montée en puissance de la Chine sur la scène internationale ces dix dernières années en est un élément flagrant et révélateur.

Pour les entreprises la situation est très différente, en tant qu'entreprise, elles sont mues par un seul intérêt : le profit. Cet objectif va conditionner leurs actions, et comme nous le disions avec l'avènement de l'économie de marché, elles peuvent désormais s'installer un peu partout dans le monde. Or, elles vont s'installer dans les États, ou plutôt dans les systèmes juridiques, où elles vont pouvoir tirer des avantages de la législation en vigueur. Ainsi, elles pourront avoir des comportements aux antipodes, qui vont les pousser à s'installer dans les pays industrialisés pour assurer la protection de leurs marques et brevets, et, dans le même temps elles vont établir des usines dans les zones les plus pauvres du monde pour profiter de législations sociales aux standards extrêmement bas pour diminuer leur coût de production, et augmenter leur compétitivité sur un marché mondial dérégulé.

On ne doit pas confondre ce comportement avec le loyalisme à un État, le loyalisme est défini comme la « *la fidélité aux institutions établies* »⁶⁸, et non pas la poursuite de ses intérêts par tous les moyens.

Le même problème se pose en d'autres termes aux États-Unis, l'exemple Wal-Mart en est la meilleure démonstration⁶⁹. Ce groupe de distribution alimentaire, qui emploie 1,2 millions de personnes juste aux États-Unis, est aujourd'hui accusé de contribuer à la paupérisation et la désindustrialisation du pays. En effet, le groupe qui a fait économisé plus de 120 milliards de dollars US aux consommateurs états-uniens en 2003, grâce à son slogan « *Always low prices. Always !* », présente un coût différent si l'on change de perspectives.

En effet, cette politique de bas coût amène les fournisseurs de la chaîne à toujours être les moins chers possible, et la plupart du temps à délocaliser leur production hors des États-Unis, augmentant les chiffres du chômage. La perte d'un contrat, vu leur importance, peut mettre en faillite un fournisseur, et enfin, les importations à bas prix qu'elle pratique, entraînent un déséquilibre de la balance des paiements extérieurs des États-Unis.

Dans le même temps, les zones aux abords de ces gros magasins sont totalement transformées⁷⁰, disparitions des petits épiciers de quartier ou dépanneurs, et des petits commerces de manière générale. De plus, de par le rapport de force qu'elle instaure avec les employés, la chaîne est fréquemment poursuivie pour violation de la législation sociale aux États-Unis, et qui est pourtant loin d'être une des plus protectrices.

Ce phénomène qui peut être dépeint comme marginal, n'en reste pas moins une réalité qui va aller en s'accroissant le phénomène de globalisation des échanges l'accompagnant. Il s'agit d'un risque majeur pour les États dans les décennies à venir, et le choix de mentionner les groupes multinationaux n'est bien évidemment pas anodin.

Nous appréhendons en réalité toute la portée de cette question, lorsqu'elle est envisagée dans le cadre spécifique des groupes d'entreprises. Dans ce type de structure, composée d'une société mère et de filiales, est reconnue, une autonomie juridique aux filiales. Les filiales sont définies comme des « *sociétés dont le capital est possédé pour plus de la moitié par une autre, dite société mère, dont elle est **juridiquement distincte, mais économiquement et financièrement dépendante*** ». Et de continuer, « *ce mot désigne plus*

⁶⁸ *Le Petit Robert*, 2005, s.v., « loyalisme »

⁶⁹ Eric Leser, « La puissance de Wal-Mart commence à effrayer l'Amérique », *Le Monde* [Paris], (02 avril 2004), <http://www.lemonde.fr/web/article/0,1-0@2-3234,36-359702,0.html>, consulté le 09 avril 2006

⁷⁰ *Ibid.*

fréquemment une société liée par une relation financière à une autre société dont elle dépend »⁷¹.

Mais cette autonomie juridique est tempérée, voire contredite, par la réalité économique qui s'exprime dans la dépendance économique existant entre la société mère et sa filiale.

Prenons un exemple, si la majorité de l'activité d'un groupe se déroule dans un État autre que l'Italie, et supposons que ce groupe détienne une filiale en Italie. Si ce dernier estime que son avenir ne passe plus par l'activité qu'il est en train d'exploiter et de développer sur le territoire italien, rien ne l'empêche de mettre un terme à l'existence de la filiale. On retrouve les éléments de l'affaire Wolber⁷², et ce, alors même que cette société dispose d'une autonomie juridique qui devrait lui permettre de décider de son propre sort.

La décision de mettre un terme à son investissement dans l'activité désignée ne peut que nous amener une fois de plus à constater le peu d'intérêt affiché par l'entreprise à l'égard des intérêts de l'État garant de l'intérêt général et public, des actionnaires nationaux de cet État, des créanciers nationaux et des salariés de la filiale. L'intérêt du groupe prévaut sur celui de ses filiales ainsi que sur l'intérêt des États dans lesquels les filiales sont établies. Mais nous reviendrons plus tard sur les problèmes générés par les groupes de sociétés.

Il apparaît plausible que le loyalisme à l'État, qui est un des composants de la nationalité chez les personnes physiques, puisse exister chez des petites entreprises attachées à leur caractère local. Mais l'architecture économique mondiale, et le développement croissant des entreprises multinationales, ne s'accommodent pas de la loyauté sauf dans le cadre de stratégie marketing et de communication. Or, la menace que représentent ces groupes pour les États nécessite que l'analyse qui est faite des entreprises le soit au regard de ces entités, car elles sont les piliers des économies nationales désormais.

1.2.3.3 La reconnaissance de la nationalité par les textes internationaux

Les États signent conventions et traités internationaux mentionnant l'existence de nationaux, certains d'entre eux essaient, en particulier, de soutenir et favoriser l'injection

⁷¹ Raymond Guillien et Jean Vincent, *Lexique des termes juridiques*, sous la direction de Serge Guinchard et Gabriel Montagnier, 10^{ème} Ed., Paris, Dalloz, 1995, s.v., « filiale »

⁷² Pierre Agudo, « Le géant du pneumatique devra déboursier 10 millions d'euros pour ses licenciements boursiers », *L'Humanité* [Paris], (11 février 2002), <http://www.humanite.fr/journal/2002-02-11/2002-02-11-28692>, consulté le 12 avril 2006

d'investissements étrangers dans les économies nationales, et faciliter l'installation d'entreprises qui sont à l'origine basées à l'étranger.

La reconnaissance de la nationalité au niveau international est une nécessité pour assurer le bénéfice desdits traités et permettre la protection diplomatique des entreprises et des individus.

Les conventions internationales, qui ont été signées et ratifiées, mentionnent explicitement dans leur corps de texte les nationaux ou les étrangers. Elles sont en principe considérées comme concernant les personnes physiques, en priorité bien sûr, mais aussi des personnes morales, et sans opérer une quelconque distinction entre elles. Ainsi on peut estimer que « *tout comme les commerçants personnes physiques, les sociétés qui ne font pas partie d'un groupe participant pour l'essentiel au commerce international par des contrats qui sont les instruments des opérations d'importation ou d'exportation auxquelles elles se livrent* »⁷³.

Mais ce concept de nationalité est mis à mal par les efforts, qui sont faits pour limiter les différences entre les différentes législations des États, divers moyens sont utilisés, comme l'adoption de conventions et de traités internationaux, comme dans le cadre de l'Accord de Libre Echange Nord-Américain (ALENA). Cependant, seul le cadre communautaire permet d'en voir une véritable application concrète qui se traduit par l'adoption de réglementation commune à différents États. Elles sont comprises dans le traité de Rome qui ajoute la citoyenneté européenne à la nationalité des ressortissants de l'Union, et entre autres, aux personnes morales.

La différence de traitement que subissent les entreprises en fonction de leur État d'origine tend à disparaître, et avec elle l'intérêt de la notion de nationalité. On supprime de plus en plus les discriminations entre les sociétés étrangères et les sociétés nationales, l'exemple des accords relatifs aux aspects de propriété intellectuelle et culturelle (ADPIC) dans le cadre de l'OMC, ainsi que la clause du traitement national contenu au chapitre 11 de l'ALENA en sont la confirmation.

⁷³ Philippe Delebecque et Jean-Michel Jacquet., *Droit du commerce international*, 3^{ème} Ed., Coll. « Cours Dalloz : Série droit privé », Paris, Dalloz, 2002, p.13, n°17

Article 1102 : Traitement national⁷⁴

1. Chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie un **traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs***(accentué par nous)*, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements.

L'affaire Metalclad⁷⁵ nous paraît pertinente en l'espèce, il n'existe pas de critère international de détermination de la nationalité d'une entreprise, et le critère du contrôle n'est pas reconnu en tant que telle.

Dans cette affaire le gouvernement mexicain était opposé à l'entreprise Metalclad qui disposait d'autorisations pour exploiter un terrain abandonné sur lequel elle entreposait des matières toxiques. Suite à des mouvements populaires, l'État du Sonora sur lequel se trouve le terrain décide de ne pas autoriser son utilisation tant que ce dernier n'aura pas été nettoyé. Metalclad estima que les mesures prises par le gouvernement mexicain étaient contraires aux dispositions de l'ALENA et en particulier aux articles 1105 et 1110.

Après un bref rappel des faits, et des moyens soulevés, la commission s'essaie à une description des parties en présence, et à la détermination de leur nationalité. Elle établit que Metalclad est une corporation des États-Unis car elle est incorporée dans l'État du Delaware. Eco-Metalclad, qui est une filiale détenue en totalité par Metalclad, est elle aussi une corporation des États-Unis qui est incorporée dans l'État de l'Utah. Ces deux compagnies sont donc considérées comme états-uniennes par la commission d'arbitrage. Eco-Metalclad détient à son tour 100% des parts de la société ECONSA qui est une société mexicaine selon les termes de la Commission, mais elle n'explique pas comment elle en arrive à cette conclusion et quels critères elle utilise. En 1993, la société ECONSA achète la société COTERIN avec pour motif de cet achat l'acquisition d'un terrain vague sur lequel Metalclad pourra entreposer ces déchets là encore, la commission estime qu'il s'agit d'une société mexicaine sans donner plus d'informations.

Le gouvernement mexicain au terme de cette affaire fut condamné à indemniser Metalclad à hauteur de 16 millions de dollars.

⁷⁴ Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique. 17 décembre 1992, (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994)[ALENA], <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/chap11-fr.asp>, consulté le 12 avril 2006

⁷⁵ *Metalclad Corporation c. the United Mexican States*, (2001), 40, I.L.M., n°1, p. 36-54, (International Center for Settlement of Investment Disputes), (Arbitres: Sir Elihu Lauterpacht, Benjamin R. Civiletti, José Luis Siqueiros); *Voir aussi en ligne* : <http://www.worldbank.org/icsid/cases/mm-award-e.pdf>, consulté le 08 décembre 2006

La commission a estimé que la société était mexicaine, toutefois de par la prise de participation qu'avaient les entreprises incorporées aux États-Unis, les investissements qu'elles avaient réalisés, sont considérés comme des investissements étrangers dans une chaîne remontant trois participations.

La nationalité relève donc un caractère essentiel pour déterminer si les investissements réalisés sont étrangers ou nationaux.

La solution de la commission est claire, elle adopte la position selon laquelle chaque entité a une nationalité qui lui est propre. Mais cette solution présente essentiellement des avantages pour les entreprises multinationales. Or, l'entité états-unienne dispose au final des mêmes droits que des nationaux mexicains par le biais d'une simple fiction juridique qui lui permet de constituer une entité au Mexique. Le critère du contrôle n'est pas retenu, mais il permet de remonter cette chaîne d'entités.

Dans le même temps, l'État mexicain ne peut pas exercer sa souveraineté de manière totale sans s'exposer à un risque de condamnation.

Cet arbitrage semble tendancieux sur plusieurs points. Une compagnie qui se constituerait aux États-Unis avec pour fondateurs des ressortissants mexicains pourrait se voir attribuer la qualité d'investisseur étranger alors qu'en réalité ils seraient ressortissants de l'État ainsi poursuivi.

De même, il semble non fondé de faire prévaloir la théorie de l'apparence dans certains cas et pas dans d'autre. L'État mexicain a accordé sa nationalité à cette société COTERIN, mais deux sociétés écrans empêchaient de déterminer qui étaient la véritable société de contrôle.

Était-ce le rôle de l'État mexicain de vérifier combien de sociétés font écrans ? Ou ne peut-on pas plutôt estimer que l'État mexicain se trouve face à une société mexicaine, et qu'il n'a pas à s'interroger sur l'existence d'un contrôle étranger de cette société ?

Ne serait-il pas non plus nécessaire d'imposer une limite quand à l'origine des investissements étrangers. En l'espèce la société qui détenait les parts de COTERIN était-elle aussi mexicaine, combien de degré de détention le gouvernement doit-il vérifier, ou jusqu'à quel degré un investissement sera-t-il considéré comme étranger ?

Toutes ces questions ne sont pas résolues par le Traité de l'ALENA⁷⁶ et sont donc laissés à l'interprétation des Commissions d'arbitrage, mais ne serait-il pas pertinent pour les États parties de se réunir et fixer eux-mêmes les solutions à ces opérations ? En

⁷⁶ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, R.T. Can. 1994 n°2, 32 I.L.M. 2 89, (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [ALENA]

Europe, l'ancien article 58 du Traité de Rome, et désormais, article 48 des Traités consolidés va encore plus loin :

« 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 sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres.

Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif.

Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont **progressivement supprimées** [*accentué par nous*] au cours de la période de transition. Cette suppression progressive s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un autre État membre.

La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises et, notamment de sociétés au sens de l'art. 58 al.2, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux. »⁷⁷

Les atteintes à l'établissement des entreprises originaires d'un des États membres sur le sol d'un autre État membre sont prohibées, afin de limiter les discriminations et atténuer la portée du principe de la nationalité des entreprises.

Liberté d'établissement et nationalité peuvent-ils se combiner ?⁷⁸.

A priori, il n'y a pas antinomie entre les deux, néanmoins, les atteintes portées par la liberté d'établissement à la nationalité des entreprises apparaissent rapidement à l'étude des derniers arrêts rendus par la Cour de justice de la Communauté européenne.

Avant toute chose, la question est de savoir si la désignation des entreprises pouvant prétendre à la liberté d'établissement relève de la compétence exclusive de la communauté ou si elle ne relève pas principalement de la compétence des États membres.

Il semblait depuis l'arrêt *Daily mail*⁷⁹ que la Cour avait tranché en faveur des États et de leur droit national, pour des raisons fiscales notamment.

Mais l'arrêt *Centros*⁸⁰ a remis en cause cette analyse, les faits étaient simples, un couple de Danois avait créé au Royaume-Uni une compagnie de droit anglais. Ils ne disposaient sur le sol anglais que d'une boîte aux lettres, aucun immeuble aucune activité

⁷⁷ *Traité instituant la Communauté Européenne version consolidée*, 24 décembre 2002, J.O. C325/33, http://europa.eu.int/eur-lex/fr/treaties/dat/EC_consol.pdf, consulté le 12 avril 2006

⁷⁸ Jean-Bernard Blaise, « Une cohabitation difficile : nationalité et libre établissement dans la communauté européenne », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^{ème} siècle*, Mélanges en l'honneur de P. Kahn, Paris, Litec, 2000, p. 585

⁷⁹ **C.J.C.E.**, *The Queen c/ HM Treasury and commissioners of inland revenue ex-parte Daily Mail and General Trust P.L.C.*, C-81/87, [1988], Rec. C.J.C.E., I-5483

⁸⁰ **C.J.C.E.**, *Centros ltd c/ Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, C-212/97, [1999], Rec. C.J.C.E., I-1459

commerciale réalisée sur le territoire anglais. La totalité de leur activité était réalisée au Danemark, les autorités administratives danoises refusent d'émettre le document d'immatriculation sur le fondement d'une fraude à la législation danoise en vigueur.

La CJCE a sanctionné le comportement de l'administration danoise en retenant qu'un État ne peut pas s'opposer à l'immatriculation d'une société qui est constituée en conformité avec les lois d'un État membre sur le territoire duquel elle dispose d'un siège.

Nous voyons l'intérêt que peuvent tirer les entreprises de cette situation. La liberté d'établissement peut permettre à certains ressortissants de l'Union de contourner les règles restrictives des États membres pour rattacher leur entreprise à une législation plus laxiste sur certains critères.

Nous sommes dès lors en présence d'une appartenance à l'Union Européenne plutôt qu'une appartenance nationale. Cette jurisprudence permet à toute entreprise, qui aurait été constituée conformément à la législation d'un État membre sur le sol européen, de s'installer où elle veut dans l'Union Européenne. Elle le peut sans avoir besoin d'un rattachement effectif à un des États membres, sans avoir de rattachement réel à l'État où elles se sont constituées. Ce rattachement est formel et non effectif, il ne s'agit que du respect des formalités de constitution requise par la législation anglaise.

A notre sens, le droit matériel européen impose une situation aussi floue, et qu'aucune intervention nouvelle ne soit prévue à l'agenda pour éclaircir une situation des plus ambiguë, et consternante⁸¹. Mais le droit communautaire a été encore un peu plus loin dans l'intégration européenne avec la création de la *societas europaea*⁸².

Mais la doctrine ne s'est pas uniquement appuyée sur les textes internationaux, elle a utilisé la reconnaissance qui a été opérée par les textes nationaux.

Après avoir vu les raisons théoriques et techniques militant contre la reconnaissance d'une nationalité des personnes morales dans l'ordre juridique interne, nous allons désormais nous pencher sur le droit international public, et l'utilisation faite de la nationalité des entreprises dans cet ordre juridique.

⁸¹ Jean-Marc Bischoff, « Aspects de droit international privé », *Petites affiches*, 16 avril 2002, n°76, p.45

⁸² CE, Règlement 2157/01 du Conseil du 08 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne, [2001], J.O. L.294/01, p. 1-21

CHAPITRE II

LA RECONNAISSANCE EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Au niveau international, la nationalité est une notion qui revêt une importance particulière. Elle doit être appréciée d'une manière différente qu'en droit interne. Le concept d'État-Nation, apparu à la fin du XVIII^e siècle, est à l'origine du principe des nationalités, et du concept de nationalité que nous avons vu plus tôt dans cette étude (I). Ce concept de nationalité a permis aux différents États d'asseoir leur pouvoir sur leurs nationaux, mais aussi d'augmenter leur pression sur d'autres États par le biais de la protection diplomatique (II), qui ne faisait pourtant pas l'objet du même contrôle selon qu'il s'agira d'une personne physique et d'une personne morale (III).

2.1 L'État-Nation à l'origine du principe des nationalités

Nous allons ici nous pencher sur deux phases celle de la création (A) et celle de l'utilisation (B) par les États au niveau international de la notion de nationalité.

2.1.1 Sa création

La souveraineté étatique trouve dans le principe des nationalités une de ses sources de justification, elle se nourrit de la légitimité que le principe lui confère. Il implique qu'en principe chaque nation existante peut se rassembler pour établir un État indépendant, et ce même si elle appartient à une autre entité étatique comme ce fut le cas dans la désagrégation de l'empire austro-hongrois ou de la Yougoslavie il y a quelques années.

Il découle de cette affirmation qu'en théorie il devrait y avoir autant d'États qu'il y a de nations, mais ne s'agissant que d'un principe nous sommes loin de ce résultat. De plus,

ce principe des nationalités a fait l'objet de certaines critiques, notamment sur la place qu'il occupe et ses effets en droit international⁸³.

Le principe des nationalités et l'existence d'une nation qui se distingue de celle de l'État voisin, ont amené les États à établir une nationalité et des critères pour la déterminer. La nationalité en tant que concept a été créée par les États, et elle tente de répondre à deux objectifs en droit international public qui ne sont pas nécessairement convergents. Il doit donc être trouvé un équilibre entre des intérêts différents⁸⁴.

La nationalité doit dans un premier temps permettre à l'État de maîtriser sa population et sa composition, tout en lui permettant de disposer d'un instrument adéquat pour établir les conditions de reconnaissance de sa nationalité. Mais elle doit aussi lui permettre d'affirmer sa compétence sur ses ressortissants par rapport à d'autres États, et de renforcer son pouvoir et son contrôle sur ses ressortissants en leur adjoignant ce lien d'allégeance.

Dans un second temps, elle doit répondre aux intérêts de l'individu. Elle doit pouvoir permettre une certaine liberté de choix, pour éviter qu'un État ne porte des atteintes irréversibles aux droits fondamentaux de l'individu. Si tel est le cas, rien n'empêche l'individu en question de demander à un autre État de lui attribuer sa nationalité. Mais, il ne signifie en aucune mesure que l'individu est libre de choisir la nationalité qu'il souhaite avoir, comme c'est le cas pour les entreprises en déterminant l'endroit où elles vont s'implanter ou l'endroit où elles vont se constituer.

2.1.2 Son utilisation

Sur le fondement du principe des nationalités, une communauté d'individus va pouvoir se constituer en nation. Elle pourra adopter la forme de l'État, et ainsi exercer sa souveraineté au niveau international, or dans l'ordre international la souveraineté reconnue à chaque État implique l'égalité entre ces États, et la liberté de faire ce qui leur plaît sur leur territoire tant qu'il ne viole pas les règles du droit international. Les entreprises sont matériellement dans l'impossibilité de se constituer en nation et de constituer un État composé uniquement d'entités similaires, elle ne devrait donc pas être assimilée à des nationaux, elles ne sont qu'un mode d'expression de leur activité.

⁸³ Chantal Carpentier, « Le principe mythique des nationalités : tentative de dénonciation d'un prétendu principe », *R.B.D.I.*, 1992, 2, p. 354

⁸⁴ Dinh Nguyen Quoc, Patrick Daillier, Alain Pellet, *Droit international public*, 7ème éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002, p. 493

Il implique qu'il est laissé aux États une grande liberté dans la détermination des critères qu'ils vont adopter pour reconnaître ou attribuer leur nationalité, qu'elle l'ait été de manière originaire ou acquise⁸⁵.

On entend par originaire, une nationalité qui est reconnue à un individu, c'est à dire qu'elle s'impose à ce dernier sans qu'il ait eu à se soumettre aux démarches requises par l'État dont il prétend disposer de la nationalité.

On entend par acquise, une nationalité qui est attribuée par un État suite à une manifestation de volonté de la part d'un individu qui souhaitait obtenir la nationalité de l'État sollicité. Sauf pour le cas des apatrides, cette nationalité acquise implique qu'un individu ait déjà la nationalité d'un État, et sollicite l'obtention d'une autre nationalité auprès d'un État pour des raisons qui lui sont propres, et qui seront analysées par l'État sollicité de manière discrétionnaire mais non arbitraire.

Il est donc possible que de temps à autre des conflits se fassent jour entre des États qui revendiqueraient leur compétence sur un individu qui semblerait disposer de plusieurs nationalités. Nous pourrions penser que ces cas de conflits ne concernent que les cas où nous sommes en présence d'une nationalité acquise. Mais ce problème ne concerne pas que les cas d'acquisition de la nationalité, puisque des États sont libres d'adopter des critères concurrents d'attribution de la nationalité d'origine qui amèneront logiquement les États à être en concurrence. Ainsi, un individu peut avoir des parents qui ont la nationalité d'un État A dans lequel la nationalité est basée sur le *jus sanguinis*. Mais, il est né et a grandi sur le territoire d'un État B qui lui adopte le critère du *jus soli* pour attribuer sa nationalité. L'individu dispose de deux nationalités sans avoir opéré de démarches d'attribution, et peut faire l'objet d'un conflit de nationalité. Le droit intervient naturellement à ce niveau notamment en essayant de limiter les effets néfastes de cette liberté reconnue aux États. Le droit va essayer de les atténuer afin de diminuer les situations de litiges pouvant apparaître.

Nous allons procéder ici à un rappel succinct de notions de droit international désormais reconnues et bien établies, et qui nous semblent pertinentes dans le cadre de la poursuite de notre étude.

En droit international public, il est clairement établi que la détermination de la nationalité relève de la compétence exclusive de l'État. Les États sont les seuls à pouvoir conférer leur nationalité, ainsi que les critères d'attribution, et chaque État, quel qu'il soit, dispose de ce pouvoir⁸⁶.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Affaire Nöttebohm, (2^{ème} phase) (Liechtenstein c. Guatemala)*, 6 avril 1955, [1955], C.I.J., p.20

L'État dispose de prérogatives larges en matière de nationalité, mais les effets de ses prérogatives sont contrebalancés par certaines atténuations qui leur sont apportées. Si les États ne disposent pas du pouvoir de contester les critères d'attribution qui ont été choisis par un autre État, ils ne sont toutefois pas tenus d'en accepter les conséquences individuelles, sauf à être engagés à leur égard par un traité bilatéral ou multilatéral leur imposant cette reconnaissance⁸⁷.

Les décisions, en principe, qui sont prises en la matière par un État ne peuvent pas être contestées sauf lorsque les critères adoptés par l'État paraissent arbitraires. Il est nécessaire pour la nationalité de traduire un fait social de rattachement réel à l'État. Toutefois la consistance et ce qui se cache derrière cette notion demeurent imprécis.⁸⁸

Le choix des critères est donc crucial puisqu'il peut aboutir à la remise en cause de la nationalité. Les choix effectués le sont en fonction des particularismes propres à chaque État et des intérêts qu'il souhaite protéger. Ses particularismes peuvent être à titre d'exemple démographique ou politique.

Il n'est pas étonnant de constater que les positions adoptées sont aussi nombreuses que les États, et qu'elles varient dans le temps, et parfois dans un même État. Cependant, nous pouvons rappeler qu'il existe deux grands critères d'attribution, le *jus sanguinis* et le *jus soli* évoqués plus tôt.

Le cas typique d'attribution est la naturalisation. Elle est souvent le résultat de l'union d'un étranger avec un national de l'État attributaire, ou, d'une résidence plus ou moins prolongée sur le territoire de l'État où la demande est présentée. Elle se traduit par une manifestation de volonté expresse de l'intéressé car il ne s'agit que d'une possibilité, et non d'une obligation pour ce dernier.

Rien n'empêche la personne physique de disposer de plusieurs nationalités, ou de ne disposer d'aucune d'entre elles par l'effet combiné des critères qui sont adoptés par les États.

Si tel est le cas nous sommes face à une situation dite de conflit de nationalité qui peut revêtir deux formes, celle d'un conflit positif ou celle d'un conflit négatif. Le conflit positif est le résultat de la détention par un individu de plusieurs nationalités, et qui sera le plus souvent une situation de détention de la double nationalité⁸⁹. Il est désormais reconnu que dans ce type de conflit, le juge pourra opter pour la nationalité la plus réelle qui sera révélée le plus souvent en utilisant le test de la résidence habituelle. Le conflit négatif se traduit par

⁸⁷ Dinh Nguyen Quoc, Patrick Daillier, Alain Pellet, *Droit international public, Op. Cit.*, note 84, p 494

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Id.*, p. 496

l'impossibilité pour un individu d'avoir une nationalité au regard de la législation adoptée par les États⁹⁰.

Mais, la nationalité présente aussi au-delà de la détermination de la nationalité en droit international public, la protection diplomatique exercée par un État occupe une place particulière dans l'utilisation de la nationalité. Or, le principal problème auquel nous faisons face en matière d'entreprises multinationales est leur absence de nationalité comme nous le soutenons, ou leur multinationalité au travers de leurs filiales comme il est défendu par la doctrine moderne. Il est intéressant de voir la position adoptée par la jurisprudence internationale autant en matière de personnes physiques qu'en matière de personnes morales tant le contraste est frappant.

2.2 De l'utilisation de la nationalité pour assurer la protection diplomatique

La protection diplomatique est le fruit d'une idéologie particulière émanant des États industrialisés (A), qui a pris différentes formes d'expression (B) et obéit à certaines conditions (C). Mais très rapidement ce système de domination économique n'a plus semblé efficient dans le cadre de la nouvelle forme d'organisation économique que représentaient les entreprises (D).

2.2.1 Historique de la protection diplomatique

Les relations interétatiques sont très anciennes, et nous pourrions naturellement être porté à croire que la protection diplomatique est tout aussi vieille. Mais, les normes du droit international relatives à la protection diplomatique sont récentes. Elles se sont développées notamment pendant le XIX^e et le XX^e siècle de manière coutumière. Il est d'ailleurs intéressant de voir que l'on parle de développement coutumier, mais, en réalité il a été imposé par un certain nombre de pays plus puissants que les autres, et qui ont profité de cet état de fait pour faire prévaloir leur vision des relations internationales

Sans rentrer dans les méandres de la question de la formation de la coutume nous tenons toutefois à mentionner ici, que les critères de qualification de ce qui est coutumier et de ce qui ne l'est pas⁹¹ peut porter à débat, et ainsi remettre en question l'existence même de ce concept au niveau international.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Michael Byers, *Power, Obligation and Customary Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999

L'émergence de la protection diplomatique coïncide avec l'expansion économique qui s'est opérée dans un certain nombre d'États. Les personnes les plus riches des pays développées économiquement ont commencé à diversifier leurs activités avec les progrès technologiques des différentes révolutions industrielles qui ont simplifié les échanges internationaux. Ils sont partis s'installer dans les pays peu industrialisés où ils ont opéré des investissements dans divers secteurs d'activité, principalement d'extraction de ressources naturelles qui leur ont permis de tirer profit des matières premières disponibles dans ces États.

Les États les plus puissants à l'époque, conscients de leur supériorité et de l'importance des activités de leurs ressortissants à l'étranger, espéraient maintenir ce statut le plus longtemps possible. Et ils ont entendu faire savoir au reste du monde qu'ils comptaient assurer la protection de leurs ressortissants, sources de pouvoirs et de dominations sur les autres États. Il est aussi intéressant de voir que la protection diplomatique, à une époque où les entreprises et les personnes morales à but lucratif n'étaient pas encore très développées, concernait les personnes physiques avant tout dont la nationalité est assez aisée à établir.

L'une des manifestations les plus claires de cette nouvelle doctrine fut donné par l'État le plus puissant au XIX^e siècle, le Royaume-Uni, dans le cadre de l'affaire David Pacifico, un anglais qui résidait à Athènes, et qui pendant la Pâques de 1847 et les émeutes qui l'accompagnèrent, vit ses biens être détruits par les émeutiers⁹². Pacifico présenta une demande d'indemnisation appuyée par le gouvernement anglais. Le gouvernement grec ne donna pas suite aux requêtes du Royaume-Uni, et ce dernier décida de bloquer l'accès des ports grecs avec sa flotte militaire, utilisant une démonstration de force des plus démesurée au regard du préjudice subi.

Mais, la ligne entre l'intervention pour défendre les intérêts de ses nationaux et l'intervention dans les affaires intérieures de l'État était mince, et elle a été rapidement franchie. Les États d'Amérique Latine ont immédiatement réagi à cette nouvelle forme d'impérialisme, et Calvo proposa et insista sur la soumission des étrangers qui souhaitaient investir à l'étranger, aux tribunaux locaux dans les litiges qui les opposent aux autorités locales.

Cette position défendue par l'internationaliste argentin va donner naissance à ce qui sera surnommé la clause Calvo, qui soumettait l'étranger qui contractait avec un État

⁹² Manuel Diez de Velasco, « La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires », *R.C.A.D.I.*, Tome 141, 1974-I, p. 95

d'Amérique Latine aux tribunaux locaux, et l'amenait à renoncer à son droit à la protection diplomatique⁹³.

La mise en place de ce mécanisme juridique n'empêchera pas l'usage et la démonstration de force à laquelle vont se livrer certains États européens à l'égard du Venezuela en 1902. Cette situation va marquer un tournant dans le droit international de la protection diplomatique, puisqu'il va écarter l'usage de la force dans le cadre du recouvrement de dettes contractuelles qui étaient souvent disproportionnées par rapport au montant demandé. Le mode d'exercice de la protection diplomatique à partir de ce jour devrait être pacifique. La protection diplomatique a donc adopté un mode d'expression et de résolution clairement pacifique en théorie.

2.2.2 Les modes d'expression et fondements de la protection diplomatique

2.2.2.1 Les moyens d'exercice de la protection diplomatique

Les moyens d'exercice de la protection diplomatique réservés aux États peuvent adopter deux formes. Ils peuvent être de type diplomatique, et impliquer une négociation d'État à État, ou alors, ils peuvent être de type judiciaire⁹⁴. Les États décident alors de soumettre leur litige à un organe international, en l'occurrence l'essentiel du temps à la Cour internationale de Justice. Il existe une différence de taille entre ces deux formes d'usage de la protection diplomatique.

Dans le cadre des négociations intergouvernementales, rien n'empêche les négociateurs de négocier. Ils peuvent continuer à négocier même lorsque l'individu objet de l'utilisation de la protection présente un défaut de caractère national⁹⁵. Il leur est laissé la possibilité de rejeter la demande de l'autre État, mais ce n'est en aucun cas obligatoire, et, une fois de plus, donne un avantage aux États les plus puissants dans le cadre de ces négociations. Dans ce cas là, la nationalité en soit n'est donc pas un élément déterminant, puisque les États sont libres de s'entendre, mais dans le cadre juridictionnel, il en est autrement.

Au niveau juridictionnel, le défaut de caractère national de la réclamation sera obligatoirement une cause d'irrecevabilité de la réclamation. La protection diplomatique résulte généralement d'« *un traitement des étrangers non-conforme aux obligations*

⁹³ *Id.*, p. 96

⁹⁴ Suzanne Bastid, « La nationalité des sociétés et la protection diplomatique », in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1966-1969, Paris, Dalloz, 1971, p. 248

⁹⁵ Manuel Diez de Velasco, « *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires* », *Loc. Cit.*, note 92, p.100

internationales de l'État et, par suite, une violation du droit de l'État auquel appartiennent les étrangers »⁹⁶. Cela implique nécessairement la détermination de la nationalité, et donc de ses critères d'attribution. La nationalité revêt dans le cadre juridictionnel un caractère essentiel pour la suite de la réclamation, qui tient au caractère même de la protection diplomatique et à sa justification en droit international.

Mais la protection diplomatique est assez problématique à la base, car les principales victimes de l'acte préjudiciable d'un État sont les personnes privées. Or, ces personnes, morales comme physiques, ne disposent pas de la capacité d'ester en justice contre un État au niveau international⁹⁷. La protection diplomatique va donc être exercée par un mécanisme de subrogation qui va permettre à l'État de reprendre à son compte la réclamation de la personne lésée. Il va pouvoir par ce transfert défendre le respect du droit international et la violation dont il a fait l'objet au travers de ses ressortissants, et formuler sa plainte sur le plan international. Mais l'État pour être fondé à reprendre à son compte la réclamation doit pouvoir justifier d'un intérêt pour agir, et cet intérêt est la qualité de national de la personne lésée, et donc de la violation des droits de l'État⁹⁸.

La protection diplomatique se conçoit comme une relation interétatique, il y a peu de place, voire pas de place en principe pour les personnes privées. Cette relation est strictement dualiste, elle se déroule entre l'État auteur de l'acte illicite, et celui dont le droit subjectif a été violé⁹⁹. La protection diplomatique est un droit de l'État vis-à-vis de ces ressortissants. Il ne s'agit en aucun d'une obligation de ce dernier, cela implique qu'il n'est en aucun cas tenu de donner suite à une demande de protection diplomatique, il peut de manière discrétionnaire refusée d'accorder sa protection, ce choix est totalement soumis à la volonté de l'État. Cette conception de la protection diplomatique est celle défendue par la branche classique de la doctrine internationale, mais il existe d'autres doctrines qui adoptent une position différente. Ainsi, un autre courant doctrinal à dominante économique a avancé d'autres fondements pour la protection diplomatique.

Pour ces derniers, l'intérêt de la protection diplomatique réside essentiellement dans les avantages économiques qu'il va générer, et il nous intéresse tout spécialement dans le cadre de notre étude sur les entreprises multinationales. La protection diplomatique à leurs yeux permet de sécuriser les relations commerciales entre les États, et ainsi, d'assurer une

⁹⁶ Dino Anzilotti, *Cours de droit international*, L.G.D.J., Paris, 1929, p.518-519

⁹⁷ Roberto Bruno, «Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis», *Harvard Jean Monnet Working Paper*, n. 13/97, en ligne, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-13.html>, consulté le 10 octobre 2006

⁹⁸ Manuel Diez de Velasco, « La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires », *Loc. Cit.*, note 92, p.102

⁹⁹ *Id.*, p.103

stabilité dans les transactions commerciales. Cette stabilité est favorable à l'accroissement des échanges commerciaux et les investissements étrangers qui sont profitables à l'État receveur¹⁰⁰. Ce discours est aujourd'hui toujours très présents, et il est en partie relayé par certaines institutions internationales, telles le Fonds Monétaire International et la Banque Mondiale, qui utilise la stabilité juridique comme facteur de croissance. La conséquence dommageable de cette position réside dans l'utilisation de la protection diplomatique et de la nationalité, comme instrument au service de l'accroissement des flux financiers ; le pouvoir des États, qu'ils exercent au travers de la nationalité devient un simple outil aussi mis au service des intérêts financiers.

Il a été avancé que les États qui acceptaient les règles du droit international en matière de protection diplomatique, et acceptaient de s'y soumettre en tiraient profit, puisqu'ils recevaient plus d'investissements que les autres États¹⁰¹. Toutefois, ceci ne signifie pas qu'ils en tirent plus de bénéfices, les cas de l'Argentine et de la Turquie en sont un exemple flagrant. De plus, l'argument selon lequel il est vecteur d'accroissement des échanges est discutable au regard même des conditions d'exercice de ce droit¹⁰².

A partir du moment où c'est un droit discrétionnaire laissé à l'État, qui plus est soumis à des conditions rigoureuses dans le cadre juridique, il existe de très nombreux cas qui restent hors de son champ. Ce défaut laisse entendre que la protection diplomatique n'est pas nécessairement un instrument adéquat pour la défense des investissements étrangers dans d'autres pays. La pratique montre que lorsque les États ont cherché à faire augmenter les investissements étrangers, ils ont développé d'autres mécanismes juridiques pour le faire¹⁰³. Mais, ici encore, cet instrument juridique obéit à un raisonnement théorique particulier qui reflète la position d'État dominant sur la scène internationale.

2.2.2.2 Le fondement positiviste de la protection diplomatique

La protection diplomatique vise donc à assurer la réparation d'un préjudice subi par un individu ressortissant d'un État autre que celui auteur du préjudice, qui permet à ces individus d'hisser leur litige au niveau international. La plupart des cas où les individus ont eu accès à des mécanismes de résolutions des conflits internationaux avaient trait à la

¹⁰⁰ Frederik Sherwood Dunn, *The Protection of Nationals, a Study in the Application of International Law*, Baltimore, The John Hopkins Press, 1932, p. 191

¹⁰¹ Manuel Diez de Velasco, « La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires », *Loc. Cit.*, note 92, p.107

¹⁰² *Id.*, p.108

¹⁰³ *Ibid.*

protection diplomatique. La responsabilité peut provenir d'un préjudice non économique, toutefois la grande majorité de ces préjudices et des litiges ont été de nature économique, elle reflète alors nécessairement la protection d'une certaine catégorie de la population, et non pas celle-ci dans son ensemble¹⁰⁴. L'imposition de la protection diplomatique reflétait clairement la position positiviste dominante selon laquelle les États étaient les seuls sujets du droit international et les individus étaient plus les objets de ce droit, la nationalité étant l'outil de matérialisation du pouvoir des États¹⁰⁵.

Il est nécessaire de se souvenir que le principe judiciaire de résolution de la protection diplomatique est apparu à la fin du XIX^e siècle, avant cela, les litiges étaient résolus au travers de moyens diplomatiques, le plus souvent de manières militaires. Il n'existait pas de traités ou d'actes écrits qui réglementaient la protection diplomatique. La CPIJ et la Cour internationale de Justice ont eu à défricher la coutume internationale afin de trouver les éléments nécessaires pour rendre une décision, et la vision positiviste a prévalu et a été retenu en refusant l'accès des Cours aux individus. L'arrêt *Mavrommatis*¹⁰⁶ constitue la pierre angulaire de la jurisprudence des Cours Internationales en la matière.

L'affaire mettait en cause trois États : la Grèce, la Palestine et le Royaume-Uni. Le Royaume-Uni administrait la Palestine suite au mandat que lui avait reconnu la Société Des Nations (SDN), et refusa de reconnaître les droits acquis par le sieur *Mavrommatis*, de nationalité grec, à l'époque où la Palestine était encore sous la domination ottomane. La Cour a alors établi les fondements de la protection diplomatique qui ont fait de la nationalité l'élément central de cette notion lorsqu'elle s'exécute sous l'empire juridictionnel. La CPIJ a rappelé dans cette affaire que l'État fait valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international. La protection diplomatique n'existe que pour autant que l'État invoque une violation du droit international qui cause un préjudice à une personne privée. Cette personne privée doit avoir un lien d'appartenance particulier avec l'État qui va prendre la réclamation à son compte.

Cette idée d'appartenance doit s'exprimer en jurisprudence par le terme « ressortissant », qui se distingue de celui de national¹⁰⁷. Ce terme de « ressortissant » ne couvre pas exactement le même champ, il se rattache plus à l'idée de quelqu'un qui relève de la compétence d'un État. Chaque ordre juridique interne détermine qui peut y prétendre ou pas, ceci permet, selon certains auteurs, d'évacuer le débat autour de la notion de

¹⁰⁴ Roberto Bruno, «Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis», *Loc. Cit.*, note 97

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Affaire Mavrommatis*, (Grèce c. Angleterre), 30 août 1924, [1924], C.P.J.I., Serie A, n.2 , p. 11-12

¹⁰⁷ Paul De Visscher, « La protection diplomatique des personnes morales », *R.C.A.D.I.*, Tome 102, 1961-I, p.428

nationalité¹⁰⁸. Cette position si elle est intéressante ne modifie pas grand-chose en tant que telle. Elle déplace la problématique d'un champ à un autre. Mais les mêmes causes produisent les mêmes effets, la nationalité est elle aussi déterminée par des critères propres à chaque État qu'ils établissent au niveau interne. Cette faculté discrétionnaire est justement la source de discordance sur la nationalité, et pas la notion en elle-même, il n'est donc pas forcément nécessaire de changer de terme.

La protection diplomatique, pour être recevable, doit présenter un intérêt, et cet intérêt se trouve dans le lien de nationalité entre la personne privée et l'État.

2.2.3 Les caractères de la protection diplomatique

La protection diplomatique s'appuie principalement sur deux piliers, l'intérêt pour agir et l'épuisement des recours internes dans l'État auteur du préjudice.

2.2.3.1 L'intérêt pour agir

La requête pour être recevable, au sens de la règle coutumière relevée par la Cour, a toujours été que l'État demandeur doit établir un intérêt pour agir lorsqu'il reprend la réclamation à son compte et pour le compte de son national. L'intérêt pour agir se matérialise en l'espèce par la présumée victime qui doit être un national de l'État demandeur lorsque la protection est exercée dans le cadre juridictionnel.

La protection juridique est rejetée par une partie des auteurs, qui estime que le choix de la nationalité comme élément déterminant de la protection est la réflexion de la vision positiviste qui interdit l'accès des tribunaux internationaux aux personnes¹⁰⁹. Cette critique doit être d'autant plus vive selon eux que les règles qui établissent le lien de nationalité relèvent des législations internes et du droit international. Les États sont libres, dans l'expression de leur souveraineté, d'établir le ou les critères selon lesquels ils vont attribuer leur nationalité.

Nous ne pouvons que nous aligner sur ce dernier argument qui fait de la nationalité un élément trop fluctuant, soumis aux intérêts des États à un moment donné, mais, on ne peut omettre que la Cour internationale de Justice a mis un terme à cette situation dans le cas des personnes physiques, mais toutefois pas encore pour les personnes morales. C'est

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Roberto Bruno, «Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis», *Loc. Cit.*, note 97

d'ailleurs en ce sens que la critique est avancée, et sur ce point nous ne pouvons que nous rattacher une fois de plus à leur opinion. Ils estiment qu'en matière d'entreprises multinationales, ce critère stable est impossible à établir, et la nationalité qui l'accompagne subit le même sort¹¹⁰. Mais on ne pourrait omettre de citer la possibilité qui est réservée aux États d'établir au niveau international et par le biais de traités bilatéraux ou multilatéraux un critère qu'il reconnaîtrait dans le cadre de leurs relations, mais qui serait tout au plus de la *lex specialis*.

Dans le cas des personnes physiques, la Cour internationale de Justice est passée d'une vision formaliste à une vision effective, et ce, dans le cadre de l'affaire *Nöttebohm*. Comme nous venons de le voir, le premier pilier est constitué par l'intérêt pour agir qui lui-même se matérialise par la nationalité de la victime. Ce principe de la nationalité doit être combiné au principe de continuité, qui implique que la victime doit toujours avoir la nationalité de l'État requérant au moment où le litige est soumis à la juridiction internationale. Pour les individus, cela ne pose pas trop de problèmes, mais pour les entreprises, et particulièrement les entreprises multinationales, ce principe de continuité peut être discutable, et difficilement prouvable. Une fois ce premier élément caractérisé l'épuisement des voies de recours internes constitue la seconde condition de recevabilité sur laquelle s'appuie et se détermine la protection diplomatique.

2.2.3.2 L'épuisement des voies de recours internes

L'État défendeur doit avoir la possibilité de rétablir par ses propres moyens, et dans le cadre de son système juridique, le préjudice qu'il a occasionné. Ce principe a été rappelé dans l'affaire *Interhandel*¹¹¹. Cette question particulière et précise de l'épuisement des voies de recours internes a été traitée relativement récemment dans le cadre de l'affaire *ELSI*¹¹², qui fournit des développements intéressants sur ce point. Un des éléments clés, de cette affaire, consistait dans l'existence d'un traité d'amitié, de commerce et de navigation (ACN), signé en 1948 entre les États-Unis et l'Italie, sur le fondement duquel les premiers vont agir devant la chambre de la Cour.

Dans le traité, il avait été énoncé que lorsqu'un litige quant à son application se ferait jour, les parties disposaient de la possibilité de saisir la Cour internationale de Justice, mais il n'était pas fait mention de la nécessité d'avoir épuisé les voies de recours interne avant de le

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Affaire *Interhandel*, (*Suisse c. Etats-Unis d'Amérique*), 26 mai 1959, [1959], C.I.J., p.27

¹¹² Affaire de l'*Elettronica Sicula S.P.A. (Elsi)*, (*États-Unis d'Amérique c. Italie*), 20 juillet 1989, [1989], C.I.J., p.15

faire. La Cour internationale de Justice a, à bon droit, estimé qu'un principe de droit coutumier ne doit pas et n'a pas à être explicitement inscrit dans le traité pour trouver reconnaissance et application au niveau international. Si les États parties avaient entendu déroger à ce principe ils auraient dû le mentionner de manière explicite dans le corps du traité, faute de quoi les principes généraux du droit sont présumés s'appliquer¹¹³.

Les États-Unis ont avancé que leur requête était présentée comme le résultat d'un préjudice direct subi par les États-Unis pour la violation par l'Italie des mesures incluses dans le traité ACN, et qui résulte nécessairement de la violation du droit international. Si la Chambre avait accepté le moyen soulevé, elle n'aurait pas analysé si le principe de l'épuisement des voies de recours internes avait été respecté et si ces voies avaient été épuisées. Or, les voies de recours avaient été épuisées, mais pas par les entreprises se revendiquant d'un rattachement aux États-Unis. L'action avait été menée devant les cours italiennes par les cautions, principalement les banques italiennes, et non par les entreprises propriétaire des actions d'ELSI qui, elles, pouvaient toujours agir en justice¹¹⁴. Mais la Chambre estima que la qualité des parties exerçant l'action importait peu, l'essentiel résidant dans la substance de l'action. En d'autres termes, peu importe que les parties ayant exercé l'action soit celles pour qui la réclamation est présentée devant la Chambre, à partir du moment où des justiciables ont intenté les actions qui visaient à obtenir réparation sur le fondement de l'acte contesté devant la Chambre. La nationalité est mise à mal par cette approche qui la dilue de manière impressionnante. Ce changement de paradigme en matière de protection diplomatique vise à diminuer l'importance de la nationalité, puisque l'objectif n'est plus de protéger le national actionnaire ou commerçant en territoire étranger, mais à protéger la substance même de leur activité, soit l'investissement.

2.2.4 Les problèmes de mise en œuvre dans le cadre des personnes morales

L'application de la protection diplomatique, qui comme nous venons de le voir s'appuie assez largement sur le concept de nationalité, pose problème lorsqu'il s'agit des entreprises, ce qui explique certainement pourquoi il y a eu si peu de requêtes soumises aux décisions des Cours Internationales.

Le premier problème soulevé concerne la détermination de la nationalité de la demande dans le cadre des entreprises multinationales. Ces entreprises sont désormais les

¹¹³ Joost Pauwelyn, « The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go? », (2001), 95, n°3, *A.J.I.L.*, p. 535, en ligne, <http://www.asil.org/ajil/pauwelyn.pdf>

¹¹⁴ Brigitte Stern, «La Protection Diplomatique des Investissements Internationaux, De Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse», *Journal du Droit International*, 1990, n.1, p.900

premiers investisseurs internationaux à l'échelle planétaire, et jouent désormais un rôle décisif dans le processus de globalisation, voire le rôle principal devant les États. Ce processus de globalisation va à l'encontre des barrières économiques et légales traditionnelles, assimilées aux frontières depuis des siècles. Toutes ces barrières semblent céder les unes après les autres, elles ont quasiment perdu toutes leurs forces, et par conséquent leur intérêt.

Selon le principe traditionnel d'établissement du droit à l'exercice de la protection diplomatique, le lien national est l'élément clé qui va permettre à l'État demandeur de se voir reconnaître le droit de reprendre la requête de l'entreprise à son compte afin de l'amener au niveau international et mettre l'autre État face à ses obligations. Les critères traditionnellement admis ont été ceux de l'incorporation et/ou du siège, selon le système juridique mis en cause. Ils semblent être les critères les plus évidents pour l'établissement de la nationalité, mais dans le cas des entreprises multinationales ils ne sont plus suffisants. Ceci nous amène naturellement à nous interroger sur le mode de détermination de la nationalité des personnes morales au niveau international. Cette étude va nous permettre de constater qu'au niveau international comme au niveau interne, il existe des distinctions très marquées entre la détermination de la nationalité des personnes physiques et des personnes morales à but lucratif.

2.3 La détermination de la nationalité par le juge international

La protection diplomatique était le principal intérêt pour les États de reconnaître l'existence de la nationalité des entreprises. Ce mécanisme leur permet d'assurer la protection de leurs intérêts économiques à l'étranger, mais avec un certain nombre de limites malgré tout. La Cour internationale de Justice a adopté deux positions différentes selon qu'il s'agit des personnes morales (B) et des personnes physiques (A), avant de constater contrainte et forcée la transformation de la protection diplomatique en protection de l'investissement (C).

2.3.1 L'immixtion du juge international dans la détermination de la nationalité des individus

Tant que les personnes morales ont été des personnes nationales, en droit comme en fait, la question de leur protection diplomatique ne pouvait guère soulever de problème, et la pratique l'a rapidement résolu sur la base de l'analogie avec le cas des personnes

physiques, en considérant les personnes morales comme des ressortissants de l'État auquel elles devaient avoir été élevées au rang de sujet de droit. La situation est toutefois claire pour les personnes physiques en matière de protection diplomatique. La Cour internationale de Justice a eu l'occasion de se prononcer sur le point de déterminer quelle était la nationalité d'un individu dont des États réclamaient la nationalité à leur profit.

La jurisprudence est sans équivoque en la matière elle fait prévaloir la nationalité effective de l'individu soit « celle concordant avec la situation de fait, celle reposant sur un lien de fait supérieur entre l'intéressé et l'un des États dont la nationalité » est en cause. Pour ce faire, elle va s'appuyer sur la base d'un faisceau d'indices tel que par exemple : le domicile, le siège de ses intérêts, ses liens de famille, sa participation à la vie publique, l'attachement à tel pays par lui manifesté et inculqué à ses enfants, etc.

Cette jurisprudence ne remet pas en cause le principe selon lequel chaque État établi selon ses propres critères d'attribution la nationalité de ses ressortissants. Toutefois, il se trouve atténué lorsque dans l'ordre international un État prétendrait imposer les règles qu'il a établi à un autre État qui disposent d'autres règles. Il ne peut agir de la sorte que lorsqu'il a respecté le but général de faire respecter le lien juridique de la nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à cet État. Il doit donc exister un véritable lien, une relation particulière entre l'État et l'individu lorsqu'il s'agira de reconnaître la nationalité dans un conflit étatique. Ce lien est seulement présumé dans le cadre d'un système formaliste comme celui de l'incorporation.

La Cour internationale de Justice rappelle que « *la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est, en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'État qui la lui confère qu'à celle de tout autre État. Conférée par un État, elle ne lui donne titre à l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre État que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'État qui en a fait son national* ». Dans l'affaire Nöttebohm, un individu disposait d'une double nationalité, dont l'une lui avait été reconnu dans le cadre d'une procédure de naturalisation, chacun des États revendiquant la protection diplomatique de Nöttebohm. Selon la Cour, l'État de naturalisation ne rapportait pas la preuve d'un lien effectif avec Nöttebohm alors que ce dernier vivait et avait le centre de ses activités dans l'autre État. Elle a donc rejeté la demande de l'État de naturalisation.

Mais alors qu'elle requiert un lien de rattachement effectif pour les individus, elle se contente de l'apparence en matière de personnes morales.

2.3.2 Le refus du juge international d'énoncer des critères de détermination de la nationalité d'une entreprise au niveau international

L'arrêt *Barcelona Traction* a posé les principes en matière de détermination de nationalité des entreprises, cette décision a influencé en partie la pratique des États. La Cour internationale de Justice a estimé que, dans sa recherche de la nationalité d'une entité, elle doit se référer au droit interne¹¹⁵, elle a adopté la conception selon laquelle chaque entité doit être étudiée de manière individuelle, et non dans le cadre d'un groupe. Elle s'est contentée de constater ou non le respect du critère d'attribution de la nationalité selon les législations internes.

2.3.2.1 Le cas particulier des entités de personnes

Dans les entités de personnes, le patrimoine est l'objet d'une relation de droit réel dont les associés sont titulaires, ils sont personnellement responsables de la situation de l'entreprise. A l'aune de cette affirmation, nous sommes en mesure d'avancer qu'il paraît plus que probable que si l'entité subit un préjudice, par ricochet, les associés vont subir un préjudice, lui aussi, direct. Ils seront alors peut-être justifiés à faire valoir la protection diplomatique à leur profit, la protection diplomatique supposant un préjudice immédiat et direct. Dans les entreprises de personnes, comme nous venons de le mentionner, ce sont les associés qui sont immédiatement lésés, même si l'entreprise a une personnalité juridique reconnue et distincte de celle de ses associés. En effet, comme les entités de capitaux, les entités de personnes disposent d'une personnalité juridique propre qui leur est reconnue, la distinction s'opère sur la forme structurelle qu'elles adoptent. Dans les entités de personnes les patrimoines des associés et de l'entité se confondent. Il apparaît dès lors logique que l'État dont les associés sont des nationaux soit fondé à agir sur le droit de protection diplomatique à l'égard des associés.

¹¹⁵ *Affaire Barcelona Traction Light and Power Company (2^{ème} Phase) (Belgique c. Espagne)*, 5 février 1970, [1970], C.I.J. rec., n 38, p.33-34

La pratique tout comme la jurisprudence internationale sont d'accords pour reconnaître une protection aux associés de l'entité de personnes quelque soit sa nationalité, ou qu'elle dispose ou non de la personnalité juridique¹¹⁶.

Il convient néanmoins de relativiser l'importance de ce débat, car les entités de personnes ne sont pas des acteurs clés au niveau international, et ont un rôle qui est à la marge n'ayant pas une importance décisive sur le plan international. Cependant nous tenons à signaler que les problèmes de détermination de la nationalité en matière d'entités de personnes sont aussi présents. Il est vrai que les entités de personnes mettent souvent en association des individus de même nationalité, mais dans l'absolu rien n'empêche des individus disposant de nationalités différentes de s'investir dans une activité commune. Si les associés subissent un préjudice suite au préjudice subi par l'entité et cette dernière est dans l'impossibilité d'exercer ses droits, comment déterminer quel sera l'État fondé à présenter la réclamation et exercer son droit de protection diplomatique au nom des associés ? Ces questions se retrouvent sous un angle différent pour les entités de capitaux.

2.3.2.2 La difficulté de qualification de la relation entre l'entité et l'État

L'entreprise de capitaux présente elle aussi un problème fondamental qui réside dans la détermination de sa nationalité, ou pour être plus précis, celui de la qualification de la relation qui doit exister entre l'entité et l'État qui va prétendre exercer la protection diplomatique à son égard. La question est de savoir comment qualifier cette relation afin d'assurer le respect du « caractère national de la réclamation ».

A la fin de la guerre de nombreux États ont commencé à s'interroger sur la loyauté des entreprises. Les instances nationales ont commencé à s'interroger sur la possibilité de reconnaître à des entreprises un caractère ennemi. Mais comme le distingue très bien certains, la nationalité et le caractère ennemi ne doivent pas être confondus¹¹⁷.

La doctrine post-guerre n'a toutefois pas adopté cette position, et elle a estimé qu'il était nécessaire de requérir un lien effectif ou *genuine link*, pour établir le rattachement de l'entité à un État¹¹⁸. Mais quels éléments se trouvent derrière ce lien effectif, la Cour en opère une brève énonciation¹¹⁹. Cette approche a pour effet de remettre en cause le concept de

¹¹⁶ Manuel Diez de Velasco, « La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires », *Loc. Cit.*, note 92, p. 116

¹¹⁷ Laurent Lévy, *La nationalité des sociétés*, *Op. Cit.*, note 42, p. 21

¹¹⁸ Manuel Diez de Velasco, « La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires », *Loc. cit.*, note 92, p.127

¹¹⁹ Roberto Bruno, «Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis», *Loc. Cit.*, note 97

nationalité dans sa conception traditionnelle, en matière d'entités de capitaux, les facteurs susceptibles de rattachement sont bien trop nombreux pour susciter l'unanimité, et permettre d'obtenir un résultat satisfaisant à chaque fois.

La question au niveau international relative aux entités de capitaux est bien évidemment celle de la protection diplomatique des actionnaires. L'*affaire Barcelona Traction* a mis en lumière ces défauts et lacunes, et la tentative de la Cour de trouver un point d'équilibre dans les besoins de chacun.

2.3.2.3 L'impossibilité d'établir un critère unique de détermination de la nationalité des entreprises

La Cour internationale de Justice, dans un arrêt célèbre¹²⁰, est venue rappeler l'existence d'une nationalité des entreprises, mais elle n'a toutefois pas établi un critère unique de détermination de cette dernière.

Dans cette affaire, la Cour internationale de Justice énonce que chaque État dispose librement du pouvoir d'attribuer une nationalité à une entreprise. La solution s'apparente à un constat, il existe une nationalité car les États en tant que sujets et créateurs des normes de droit international ont estimé bon de reconnaître l'existence d'une nationalité des entreprises dans leurs relations.

En l'espèce, une entité avait été enregistrée au Canada pour effectuer ses activités commerciales. Ces activités prenaient place un peu partout dans le monde, et notamment en Espagne et à Barcelone où elle fournissait en électricité la région. Suite au coup d'État en Espagne, le gouvernement fraîchement nommé et dirigé par le Général Franco procéda à un certain nombre de nationalisations dont la société Barcelona Traction en question.

Le système juridique du Canada privilégie l'incorporation, la compagnie en question avait donc en vertu du droit canadien la nationalité canadienne. Le Canada était donc autorisé à exercer son droit de protection diplomatique, il n'en fit toutefois rien.

Mais l'affaire n'en resta pas là, la compagnie avait pour actionnaire en majorité des personnes physiques belges, à hauteur de 80%. Ceux-ci se sentant lésés dans leur droit en appelèrent au Gouvernement belge pour faire suite à leur demande d'indemnisation. Le gouvernement belge s'il envisagea, pendant un moment, de demander la reconnaissance de la nationalité belge de la société s'y refusa tout simplement. Il préféra mettre en avant le

¹²⁰ Affaire Barcelona Traction Light and Power Company, (*Belgique c. Espagne*), 5 février 1970, [1970], C.I.J. rec., p.3

contrôle exercé par les capitaux belges, et donc la notion de dommage indirect fut avancée, et écartée par la Cour internationale de Justice.

Une décision source d'instabilité. La position adoptée et défendue par la Cour internationale de Justice est inconfortable, il est difficile de tracer des lignes directrices à la lecture de cet arrêt. La Cour internationale de Justice a étudié le comportement des États ainsi que les positions doctrinales sur la question, mais elle n'a pas réussi à tirer de conclusions satisfaisantes pour la solution en l'espèce. Elle a été obligée d'improviser et tenter de composer en essayant de ménager les intérêts de chacun.

Cet arrêt contient une incohérence concernant le lien effectif, elle le rejette pour écarter la requête de la Belgique, mais elle le mentionne de manière implicite peu après pour justifier la reconnaissance de la nationalité canadienne de l'entreprise en parlant de «*close and permanent connection*»¹²¹ établis et fortifiés par l'écoulement d'une période de plus de cinquante années.

La Cour ne distingue pas au final un critère supérieur aux autres, elle écarte le critère du contrôle au profit de celui de l'incorporation ou du siège social réel et sérieux. Des auteurs ont avancé que le critère de l'incorporation devrait être maintenu comme critère de base, mais il ne devrait pas être entendu comme critère unique de détermination¹²². Ils envisagent la possibilité de reconnaître un droit à tous les États qui pourraient justifier d'un lien conséquent, ils seraient alors en mesure d'exercer le droit de protection diplomatique sur le fondement du critère de contrôle¹²³. Selon eux, les raisons pour lesquelles il est communément admis que ces deux notions devraient être exclusives l'une de l'autre ne sont pas clairement énoncées¹²⁴. A leur sens, le contrôle devrait coexister avec l'incorporation pour lui fournir plus d'efficacité, et de prise avec la réalité, sinon il laisse les actionnaires de l'entité sans aucune possibilité de défense au niveau international.

Cet argument n'est pas convaincant, l'ordre juridique international commence doucement à évoluer, et à reconnaître la possibilité pour des personnes d'ester en justice au niveau international¹²⁵. Ils sont le fruit d'un léger abandon de souveraineté des États dans certains champs du droit international qui leur ont donné cette qualité. Ils ont été soumis à une acceptation volontaire des États et ils ne s'imposent qu'aux États parties aux conventions les instituant, alors on voit difficilement comment il pourrait en être autrement

¹²¹ Roberto Bruno, «Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis», *Loc. Cit.*, note 97

¹²² *Ibid.*

¹²³ Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 3ème éd., Coll. « Domat droit public », Paris, Montchrestien, 1997, p. 306

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Ainsi dans le cadre du CIRDI ou de la CPI

pour les entreprises. En d'autres termes, il paraît difficile de reconnaître aux entreprises la qualité de sujets de droit international en l'absence de telles conventions ou traités. Les cas, qui ont été mentionnés, sont rares et à la marge du droit international, qui reste majoritairement un droit interétatique dans son ensemble. Dès lors, la Cour s'est bornée à utiliser les législations internes des États.

La simple retranscription des législations internes. La Cour dans sa décision estime que la nationalité sera déterminée au regard des critères internes qui sont retenus par les États. Ils sont finalement libres d'établir les critères qui leur conviennent pour établir la nationalité, lesquels sont essentiellement le critère de l'incorporation et du siège social réel et sérieux. Certains critiques ont reproché à la Cour ce manque de volontarisme, critiques auxquels nous nous associons¹²⁶. Il est évident que la Cour doit s'appuyer sur le comportement des États pour rendre ses décisions, elle est ici pour dire le droit et non pour le créer, mais malgré tout, et en l'absence de règles clairement établies, était-il vraiment nécessaire d'accorder autant d'importance aux législations internes qui sont aussi disparates, et ainsi échouer à utiliser le droit international comme un instrument d'harmonisation des États sur des questions aussi sensibles.

La Cour, dans cette affaire, se limite à faire du droit international un calque des solutions internes adoptées par les différents États. Le droit international ne peut malheureusement se limiter à cela, il doit être considéré comme supérieur au droit interne, et influencer ce dernier. Cette approche ne peut qu'être critiquée, même si le droit international peut parfois être considéré comme un abandon de souveraineté que sont prêts à concéder les États à d'autres États. Le rôle de la Cour n'est certes pas de créer le droit comme nous l'avons déjà indiqué, mais de rendre des décisions justes et équitables sources de stabilité juridique. Penser autrement revient à accorder à la Cour internationale de Justice un pouvoir dont elle ne dispose pas aujourd'hui. La Cour doit aller au-delà des législations internes, et prendre des initiatives et développer de nouvelles approches sur des points de droits non résolus, comme le cas de la nationalité.

La Cour internationale de Justice estime que tout État dispose du droit d'établir librement les conditions de reconnaissance de la nationalité qui lui convient, et ce système de détermination interne sera celui utilisé par la Cour internationale de Justice, une simple remarque liminaire pour signaler que la France comme d'autres États n'a pas de dispositions

¹²⁶ Roberto Bruno, «Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis», *Loc. Cit.*, note 97

législatives qui établissent un critère de détermination de la nationalité, or, comment alors la Cour internationale de Justice pourra-t-elle faire référence au droit interne?

La distinction entre les droits de l'entreprise et ceux de ses actionnaires. La décision de la Cour internationale de Justice s'appuie aussi sur la nécessité de distinguer entre l'entreprise et ses actionnaires. En effet, si les actionnaires peuvent se retrancher derrière la personnalité morale pour ne pas répondre à certaines obligations, il apparaît juste qu'en sens inverse ils ne puissent se départir de la personnalité de l'entité quand elle leur est défavorable. L'existence d'intérêts différents entre l'entreprise et ses actionnaires est certaine, mais le préjudice s'il atteint les droits de l'entreprise, peut toucher les actionnaires en bout de ligne.

La Cour s'est donc focalisée sur le concept d'entreprise à responsabilité limitée qui correspondait au fait de l'espèce. En l'occurrence, elle a embrassé la théorie de la symétrie qui doit exister entre les droits et les obligations des actionnaires, ainsi elle reconnaît et rappelle la nécessité d'un équilibre entre ses droits et ses obligations¹²⁷. Cela signifie que si les actionnaires bénéficient d'une responsabilité limitée quand à leur engagement dans l'entreprise, les libérant de toute charge en cas de défaillance de l'entreprise, il en découle que l'entreprise ne peut être que considérée comme la seule titulaire des droits qui découle de son activité.

De nombreux problèmes découleraient de la possibilité d'accorder une action aux États dont un actionnaire serait ressortissant un droit à la protection diplomatique de l'entreprise. Les procédures devant la Cour internationale de Justice seraient allongées alors qu'elles sont déjà longues.

L'argument selon lequel cet handicap est évident, n'empêche pas certain d'y voir un faux problème, car il serait possible selon eux d'envisager la mise en place d'un système de recours collectif ou groupé qui permettrait à tous les États de présenter leur prétentions dans le cadre d'une seule et même réclamation¹²⁸. En terme pratique, elle est difficilement réalisable, puisqu'il conviendrait avant toute chose de déterminer un seuil de détention d'action ou un pourcentage qui permettrait à un État de s'associer à la réclamation collective, et de justifier pourquoi tel seuil plutôt que tel autre. De plus, à l'heure actuelle les actionnaires sont le plus souvent eux aussi des entreprises dont il conviendrait d'établir la nationalité au regard des règles proposées soit une combinaison critères de contrôle et critère de l'incorporation, tâche colossale.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.*

Les actionnaires sont ceux qui subissent la perte financière au final, et ne sont pas totalement développées les raisons qui nécessiteraient de percevoir les actionnaires comme étant principalement titulaire d'un intérêt financier mais aucunement titulaire de droits à part entière qui sont réservés à l'entreprise. Cette distinction aurait du être expliquée de manière plus pointue, d'autant plus qu'elle a pour résultat d'écarter de la protection diplomatique des actionnaires¹²⁹. Il nous semble pourtant évident comme nous l'avons mentionné que si les actionnaires peuvent jouir d'avantages, il est naturel qu'ils supportent certains inconvénients. Enfin, nous regrettons que la Cour internationale de Justice ne ferme aucunement la porte à la protection diplomatique des actionnaires, au contraire elle laisse la possibilité aux États de percer le voile corporatif, et bien plus elle en élabore les conditions apparemment.

Tout d'abord, elle considère que les États peuvent lever le voile corporatif lorsqu'il existe entre eux des accords bilatéraux ou multilatéraux, qui vont dans ce sens, et reconnaissent la protection diplomatique aux actionnaires. Dans ces cas là, le voile corporatif sera levé de manière conventionnelle. La seconde possibilité reconnue aux États réside dans la cessation de l'existence de l'entreprise, la Cour reconnaît que dans ce cas l'entreprise est *de iure* et *de facto* dans l'impossibilité de pouvoir faire respecter ses droits dans le système juridique interne de l'État, qui est aussi le plus souvent l'État d'incorporation. Dans ce cas, les actionnaires seraient autorisés à agir, dans le cadre de la protection diplomatique, en tant que représentant de l'entreprise liquidée. Enfin, la Cour internationale de Justice estime que les actionnaires disposent de droits directs envers l'entreprise lorsqu'ils ont vu leurs droits être violés, elle leur reconnaît dès lors un droit d'action indépendant.

Mais ces exceptions ne couvrent pas les cas d'expropriation et de nationalisation de l'entreprise qui sont de loin les situations les plus fréquentes. La Cour internationale de Justice refuse d'appliquer ces exceptions au cas de nationalisations et d'expropriation, et elle l'exprime de manière claire qui a donné lieu par la suite à l'expression d'opinions dissidentes de certains juges, et à une modification de la pratique des États en matière de protection des investissements.

La Cour rejette en bloc l'idée d'une protection diplomatique simultanée de l'entreprise et des actionnaires, car elle risque d'être une source d'instabilité économique internationale, qui pourrait résulter de la confusion engendrée par cette position.

¹²⁹ *Ibid.*

2.3.3 D'un critère de détermination de la protection diplomatique vers celui d'une protection des investissements

L'origine de cette position comme nous venons de le voir a été conditionnée par l'insuffisance de la technique de la protection diplomatique. L'existence d'un lien de nationalité ou d'allégeance entre la personne protégée et un État déterminé sera la condition nécessaire de la recevabilité de la réclamation, or, elle est trop aléatoire pour assurer une protection effective des investissements effectués par les particuliers. Ce changement de comportement se remarque dans de nombreux instruments, et a reçu une reconnaissance juridique des plus claires dans le cadre de l'affaire de l'ELSI.

2.3.3.1 Electronica Silica, l'investissement objet de la protection

Avant de commencer la discussion sur la portée et les fondements de cette décision, il convient d'en rappeler les faits.

La réclamation a été introduite par les États-Unis le 06 février 1989 contre l'Italie pour violation d'un certain nombre d'articles du traité d'amitié, de commerce et de navigation (ACN) de 1948. Dès 1955, une entreprise incorporée aux États-Unis, Raytheon, a investi dans une entreprise installée en Sicile de fabrication de composants électroniques, l'ELSI. Raytheon a opéré une augmentation progressive de sa participation dans le capital d'ELSI, jusqu'à atteindre 99,16% en 1967, les 0,84% restant appartenant à Machlett une filiale de Raytheon détenu à 100% par cette dernière. Malgré de nombreux apports en capitaux, ELSI ne parvient pas à dégager de bénéfices, et Raytheon pense alors céder l'activité à un partenaire italien. Mais le partenaire envisagé, l'IRI, n'est pas intéressé notamment au regard de la situation financière d'ELSI. Raytheon décide alors de mettre en liquidation la société ELSI, et le 16 mars 1968 ferme l'usine et adresse des lettres de licenciement aux ouvriers le 29 mars 1968.

Le maire de Palerme décide alors de prendre une ordonnance de réquisition, contre laquelle ELSI adresse une requête hiérarchique au Préfet de Palerme. Elle demande sa mise en faillite quelques jours plus tard, et après plusieurs ventes aux enchères infructueuses, elle est rachetée par ELTEL, une filiale de l'IRI, à un prix que Raytheon trouve bien inférieur au prix du marché. Le préfet rend alors sa décision qui donne tort au maire, estimant que sa décision était illégale. C'est sur cette décision que les États-Unis vont s'appuyer pour présenter leur réclamation contre l'Italie, avançant que la réquisition illégale fut la source de

la faillite d'ELSI, et que l'Italie avait violé des droits des actionnaires reconnus dans le cadre des traités ACN.

A titre indicatif, il convient de signaler que Raytheon détenait 99,16% de ELSI, car la législation italienne disposait qu'un actionnaire qui détenait 100% des actions pouvait être poursuivi en justice par les créanciers de la société en faillite¹³⁰. Elle a effectué ce montage juridique afin d'éviter une situation où elle serait considérée comme ne faisant qu'une avec ELSI. Ce montage lui permettait de profiter au maximum de la personnalité accordée à l'entité rattachée à la Sicile distincte de celle de ses actionnaires. Les banques italiennes ont entrepris un certain nombre d'actions devant la justice italienne pour voir reconnue la confusion entre Raytheon et ELSI sur le fondement de la possibilité reconnue par la législation italienne¹³¹. Mais leurs demandes ont toutes été rejetées. Il est donc naturel de penser que si Raytheon ne peut être assimilée à ELSI pour ce qui est des obligations à sa charge, elle ne devrait pas l'être pour les droits et avantages qui en découlent.

Il existe de nombreuses dissemblances et ressemblances entre l'affaire ELSI et la *Barcelona Traction*. Pour ce qui est des distinctions, dans l'affaire ELSI il existait un traité bilatéral entre les parties, alors que dans *Barcelona Traction*, trilatérales avec Espagne, Belgique et Canada. Dans cette affaire, le seul demandeur possible était les États-Unis, l'État de rattachement des entreprises qui détenaient entièrement ELSI. Dans l'*affaire Barcelona Traction*, l'État de rattachement, le Canada, étant différent de celui des actionnaires, la Belgique. Dernière différence, l'affaire ELSI était soumise à l'application du traité ACN, et il existait des dispositions particulières sur la protection des investissements. On peut doré et déjà dire qu'il s'agit d'un cas de *lex specialis* à nos yeux, un instrument juridique au sein duquel les parties ont entendu déroger aux principes généraux du droit international. Dans l'*affaire Barcelona Traction*, ce sont justement ces principes généraux du droit qui ont été rappelés et retenus par la Cour internationale de Justice, ce qui implique nécessairement une grande différence dans les solutions retenues, celles-ci étant influencées par les instruments retenus. Mais, cette décision n'en reste pas moins cruciale en ce qu'elle indique un changement d'orientation du comportement des États, et qui va nécessairement nous amener à nous interroger sur le rôle déclinant du concept de la nationalité des entreprises dans la protection des investissements.

Certains voient dans cette décision un changement dans la pensée de la Cour internationale de Justice, qui se présente comme plus ouverte à la notion de protection

¹³⁰ Brigitte Stern, «La Protection Diplomatique des Investissements Internationaux, De *Barcelona Traction* à *Elektronica Sicula* ou les glissements progressifs de l'analyse», *Loc. Cit.*, note 114, p. 901

¹³¹ *Id.*, p.902.

d'investissement étranger¹³². Mais il convient de signaler que cette décision ne mentionne pas de manière explicite l'arrêt *Barcelona Traction*, ce qui permettrait de confirmer ou d'infirmar sa position. Le silence maintenu quant à la *Barcelona Traction* laisse donc planer le doute, ce qui ne permet pas de conférer à la décision une portée claire qui est nécessaire à ce type de décision. Les États-Unis ont exercé leur droit de protection diplomatique suite à la prétendue violation des droits des deux entreprises actionnaires de l'entreprise ELSI à qui il était reproché la violation du traité ACN, et par conséquent du droit international. Nous savons que l'arrêt *Barcelona Traction* autorise la protection diplomatique des actionnaires dans certains cas qu'il a énoncés. On peut donc supposer que cette réclamation aurait pu être accordée si elle rentrait dans le cadre des exceptions reconnues, et que l'arrêt ELSI n'est pas constitutif d'un revirement de jurisprudence.

L'affaire ELSI s'inscrit exactement dans les exceptions prévues par l'arrêt *Barcelona Traction* comme nous venons de le dire. La possibilité de lever le voile corporatif a été expressément reconnue par l'arrêt *Barcelona Traction* lorsqu'il existe un traité qui en prévoit la possibilité. Cette possibilité est aussi reconnue lorsque l'entreprise a cessé d'exister, et qu'elle a été constituée sous l'empire de la loi de l'État défendeur. L'affaire ELSI répond à toutes les conditions dans cette catégorie puisqu'elle remplit toutes les conditions indiquées par la Cour internationale de Justice, on peut donc affirmer que les règles coutumières établies en matière de protection diplomatique des actionnaires s'applique toujours, sans minimiser le fait qu'il ne soit fait aucune référence à l'arrêt *Barcelona Traction* qui indique la volonté des juges de la Chambre de ne pas remettre en cause ce qui a été établi auparavant.

Néanmoins, l'Italie a soutenu que les règles coutumières mises à jour par l'arrêt *Barcelona Traction* s'appliquait en l'espèce, et elle estimait que la réclamation des États-Unis était irrecevable. Les droits qui avaient été atteints étaient ceux de ELSI, une société italienne à leur sens, et, les droits des entreprises actionnaires basées aux États-Unis n'avaient quant à eux faits l'objet d'aucune violation. Elle n'avait donc pas violé les dispositions du traité, puisque ne bénéficiait de ses mesures que les nationaux de l'autre partie, et ELSI était une société italienne qui ne pouvait prétendre aux dispositions du traité. Et elle terminait en reconnaissant qu'il existait au sens de la jurisprudence *Barcelona Traction* une protection diplomatique des actionnaires, qui pouvaient en bénéficier au regard de leurs droits propres, et en respect des droits reconnus à la société, mais qui n'était pas le cas en l'espèce. La nationalité de l'entreprise ELSI semblait donc conditionnée la solution du

¹³² Roberto Bruno, «Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis», *Loc. Cit.*, note 97

litige selon le gouvernement italien, puisqu'elle aboutissait à l'impossibilité pour elle de bénéficier du traité ACN.

Le juge Oda se rangea derrière la position italienne, et acquiesça quant à la distinction des droits reconnus aux uns et aux autres. Mais, il se démarqua de la position italienne en estimant que le traité ACN conférait des droits aux actionnaires lorsque des actes préjudiciables avaient été commis à l'encontre de l'entreprise victime. Toutefois à son sens les États-Unis avaient échoué dans leur démonstration qui visait à le prouver¹³³.

Le gouvernement italien rejetait cette approche, et avançait qu'il n'existait pas de droits dans le traité ACN reconnaissant cette possibilité pour les actionnaires. La sentence rejeta l'approche italienne, mais elle ne le fit pas de manière claire et explicite en tranchant avec la jurisprudence antérieure de la Cour. Elle omit de citer *Barcelona Traction*, et donc ne se prononça pas sur la question de la distinction des droits reconnus aux actionnaires et à l'entreprise. Elle se contenta de motiver sa décision sur les dispositions contenues dans le traité ACN, qu'elle interpréta comme conférant des droits aux actionnaires pour des actes commis à l'encontre de l'entreprise leur causant un préjudice¹³⁴. Il n'en reste pas moins qu'il convenait alors de déterminer la nationalité des entreprises actionnaires de ELSI, pour savoir si oui ou non elles pouvaient prétendre au bénéfice des dispositions du traité ACN. Mais, ici la Cour adopta une position des plus étonnantes puisqu'elle semble avoir adopté une méthode d'interprétation libérale. Il est par ailleurs intéressant de voir que le traité ACN a été signé en 1949, et il a fait l'objet d'une interprétation à la période où le libéralisme avait le vent en poupe. Mais, cela amène la question de la méthode d'interprétation des traités adoptée, et de savoir si les parties avaient entendu couvrir ces cas. Elle a décidé de se pencher sur l'objectif du traité qui visait selon elle à faciliter et promouvoir les mouvements financiers et les investissements internationaux. Elle en conclut que ces investissements devaient être protégés dans leur forme directe, mais aussi indirecte.

Mais comme nous l'avons évoqué au début de cette étude l'une des raisons de la mise en place du concept de nationalité en droit interne consistait à permettre d'opérer une discrimination entre nationaux et étrangers, à reconnaître des droits à certains et pas à d'autres. La position adoptée par la Chambre dans cette affaire aboutit au résultat inverse. Elle permet d'accorder plus de droits à des étrangers que ceux dont disposent les nationaux en matière d'investissements. Ce droit ne bénéficie par ailleurs qu'à certaines personnes, en l'occurrence les plus riches, puisqu'ils sont les seuls à pouvoir se permettre d'investir dans

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*

des marchés étrangers, et l'argument selon lequel cette protection permet d'assurer un flux des investissements afin d'assurer le développement des États qui en ont le plus besoin, est renversé par le résultat qu'il produit. Les États récipiendaire de ces investissements se trouvent ruinés lorsque ces capitaux sont engloutis ou perdus, et qu'ils sont tenus de les rembourser.

La position adoptée par la Chambre implique un rejet implicite de la distinction formelle entre les droits de l'entreprise et ceux des actionnaires, elle se réserve toutefois d'établir de manière explicite cette distinction, et elle se contente de reconnaître aux actionnaires un droit à la protection diplomatique. Sa décision est justifiée car le traité ACN mettait en avant les intérêts économiques plutôt que les relations juridiques, mais il n'en constitue pas pour le moins lui-même un instrument juridique soumis à un ensemble de normes¹³⁵. Cette mise en avant des intérêts économiques semblait militer pour interpréter la réquisition comme un acte d'affaiblissement des investisseurs, et ce, même s'il était destiné à la société de droit italien et à ses actifs. De plus, les actionnaires disposaient du droit d'organiser, contrôler et diriger, qu'il partageait avec ELSI, et qui n'était donc pas un droit exclusif de cette dernière, en matière de propriété¹³⁶. Dans le même temps, ces actionnaires disposaient du droit d'acquérir, détenir et disposer des immeubles, parce que les immeubles appartenant à ELSI étaient détenus par eux de manière indirecte. Il n'y a donc pas de raison de se limiter dans la recherche de la provenance de l'investissement qui accessoirement sera déterminé par la nationalité de la personne qui l'a émis.

Mais cette position a un effet direct sur la nationalité de l'entreprise puisqu'elle revient à nier la personnalité morale de l'entreprise victime. Si on nie cette personnalité, on nie la nationalité qui est un des attributs de cette personnalité. La seconde critique que l'on peut être susceptible d'avancer concerne la reconnaissance de la qualité de bénéficiaire du traité ACN des entreprises de droit états-unien. Si les actionnaires disposent du droit à la protection diplomatique, et que l'on peut lever le voile corporatif de l'entreprise victime, pourquoi s'arrêter au premier degré de contrôle, pourquoi ne pas avoir recherché qui se cachaient derrière les entreprises de droit états-unien, afin de déterminer si elle pouvait réellement bénéficier de l'application du traité. Et qu'elles auraient été la solution si l'entreprise Raytheon avait été en partie contrôlée par des actionnaires non états-unien ? Ces questions intègrent les critiques régulièrement lancées contre le critère du contrôle, et nous laisse perplexe sur la qualité de la décision ainsi rendue.

¹³⁵ Joost Pauwelyn, « The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go? », *Loc. Cit.*, note 113

¹³⁶ Roberto Bruno, « Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis », *Loc. Cit.*, note 97

L'approche de la Cour internationale de Justice constitue une belle avancée pour une protection accrue des investissements à n'en pas douter, même si on peut relativiser la portée de cette décision. Ainsi, si les États-Unis ont perdu cette affaire, notamment car ils n'ont pas réussi à apporter de preuves suffisantes à leurs prétentions, ils ont au final gagné en obtenant la reconnaissance d'un droit pour l'État d'exercer la protection diplomatique au bénéfice des actionnaires. Du moins dans le cas fréquent où l'entreprise dans laquelle sont détenus les intérêts est un national de l'État défendeur. Les États-Unis sont le premier pays exportateurs de capitaux vers l'étranger, et ils seront dès lors les premiers bénéficiaires de cette jurisprudence.

Nous terminerons cette analyse en disant que si des auteurs se félicitent de cette décision qui selon eux permet de dépasser les limites qui découlent du concept de nationalité¹³⁷, nous rappellerons simplement que la nationalité est toujours un élément central dans leur analyse. Si l'objet de la protection est désormais l'investissement, nous indiquerons que ce dernier ne possède certes pas de nationalité, mais son détenteur peut en détenir une, et doit par ailleurs en détenir une, pour pouvoir bénéficier de ce type de traité. Et les principaux investisseurs comme maintes fois évoqués sont constitués par les entreprises, or la question de l'attribution d'une nationalité n'a absolument pas été résolue, et présentera tôt ou tard le même problème qu'elle présente dans la protection diplomatique.

De plus, au niveau international, la question de la protection n'est pas uniquement résolue par la Cour internationale de Justice, il existe en la matière une pratique récente des États. Pour ce qui est de la pratique des États, les États exportateurs d'investissements font de plus en plus pression pour voir accorder une protection aux investissements. L'idéologie libérale s'est répandue, de manière volontaire ou forcée, et cette conception ces deux dernières décennies a eu un impact important sur la transformation du droit international et son développement vers une disparition des entraves ou obstacles à l'investissement. Les États du Sud auraient compris qu'il était nécessaire de garantir les investissements pour promouvoir les échanges et ainsi améliorer leur développement, ou auraient-ils compris qu'ils n'avaient pas d'autres choix si ils voulaient recevoir ces mêmes investissements.

Pour atteindre ce résultat, les États ont développé deux types d'instruments juridiques internationaux que l'on peut diviser en deux niveaux.

Un premier niveau est le niveau bilatéral, au travers des traités bilatéraux d'investissements qui se sont multipliés au cours des dernières décennies. L'autre niveau est le niveau multilatéral qui est beaucoup plus connu, et que l'on retrouve dans différents

¹³⁷ *Ibid.*

organes et instruments internationaux tel le GATT, l'OMC, la Banque Mondiale avec l'AIGI et le CIRDI, l'OCDE ou l'ALENA.

Il se déduit des informations fournies par le développement de ce type d'accords internationaux, que les États sous la pression des acteurs privés se désintéressent du modèle juridique traditionnel de protection diplomatique qui n'est pas assez efficient. Il n'en reste pas moins que comme nous l'avons mentionné ces nouveaux instruments nécessitent l'usage de la nationalité pour permettre aux actionnaires de bénéficier des conventions avec les approximations que l'on connaît.

Nous constatons aussi un changement de paradigme dans l'approche de la protection diplomatique des États, qui se focalise désormais sur la protection de l'investissement plutôt que de celle de l'entreprise ou des actionnaires. Désormais, la protection diplomatique est appréhendée comme assurant la protection des investissements des actionnaires au niveau international, mais, il ne s'agit que de traités qui peuvent être modifiés par les parties qui l'ont ratifié, ou ne plus trouver application. Il ne remplace en aucun cas la coutume qui elle ne se modifie pas aussi facilement. Nous ne pouvons que critiquer cette tendance du droit international à garantir les intérêts privés. Ces développements ont un effet paradoxal puisqu'ils s'appuient sur un concept erroné, la nationalité, et dans le même temps, ils distordent cette notion comme nous allons le constater. Nous allons prendre deux exemples qui mettent en lumière les incohérences de ce système l'une au niveau du CIRDI (3), l'autre concernant l'ALENA (2).

2.3.3.2 L'ALENA

Au niveau international on assiste donc à une multiplication des traités relatifs à la réglementation des investissements étrangers. Il se dégage de ces traités une atteinte au concept de nationalité, dans son essence même, puisqu'en principe la nationalité permet de favoriser les nationaux aux dépens des non-nationaux comme nous l'avons déjà expliqué. Or, la situation est différente, puisque ces traités pour la plupart nient cette discrimination fondée sur la nationalité avec l'insertion de la clause dite du « traitement national ». Cette clause vise à réduire à néant les distinctions de traitement entre les investisseurs étrangers et les investisseurs nationaux. Ces traités portent atteinte à la nationalité par ce biais, mais ils vont aussi parfois plus loin pour certains, comme dans le cas de l'ALENA.

Le Chapitre 11 de l'ALENA prévoit expressément la possibilité pour un investisseur étranger de recourir à un arbitrage devant le CIRDI. Il pourrait par exemple saisir le CIRDI

pour obliger l'État, où les fonds ont été investis, à les indemniser pour perte. Or, cette procédure n'est réservée qu'aux seuls investisseurs étrangers, les investisseurs nationaux n'y ont pas accès, ils ne pourront que se retourner vers les juridictions étatiques et nationales de leur État. Il y a donc ici une double atteinte au principe de la nationalité. Il est par ailleurs intéressant de constater que les entreprises multinationales sont les premières bénéficiaires de la possibilité laissée par le Chapitre 11, et ce, bien que la détermination de leur nationalité soit extrêmement difficile.

A ce titre nous mentionnerons l'affaire Loewen¹³⁸, particulièrement intéressante, puisqu'il s'agit d'un imbroglio juridique résultant d'un montage juridique basique de Loewen GROUP (LG) qui, suite à l'application de la législation des Etats-Unis, a entraîné un changement de nationalité de l'entreprise en cours d'instance ! LG a déposé sa requête suite à un litige commercial avec l'entreprise O'Keefe, propriétaire de pompes funèbres au Mississippi, alors que LOEWEN est une chaîne de pompes funèbres installée au Canada. LG qui souhaitait accroître son activité décide de s'implanter aux États-unis en travaillant notamment avec O'Keefe. Mais le partenariat n'a jamais vu le jour, et les négociations ont été rompues, cette rupture ayant donné lieu à des tentatives de conciliation amiable infructueuses. O'Keefe décida alors de saisir les juridictions de son État, le Mississippi, et obtint gain de cause avec l'attribution d'une somme de 500 millions de dollars en première instance. LG voulait relever appel de cette décision sur bien des points, mais la loi du Mississippi imposait de verser une caution correspondant à 125% du montant attribué en première instance pour pouvoir voir sa demande déclarée recevable. Face à cette situation LG saisit la Cour Suprême du Mississippi pour voir le montant de la caution diminué voire faire supprimer la caution, mais sa demande fut rejetée. LG, contraint et forcé, décida alors de conclure un accord avec O'Keefe à hauteur de la somme de 175 millions dollars.

Suite à cet accord, LG et son directeur Loewen ont introduit une requête contre les États-unis en vertu du Chapitre 11 en prétendant que la juridiction de première instance aurait violé l'article 1102 et l'article 1105 puisqu'au cours de l'instance des commentaires relatif à sa nationalité canadienne ont été émis entraînant une discrimination prohibée par le Traité. La condamnation à verser 500 millions de dollars à O'Keefe ainsi que le montant de la caution devaient s'analyser en une violation de l'article 1105 constituant une expropriation au sens de l'article 1110 du NAFTA.

¹³⁸ C.I.R.D.I., Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique, ARB(AF)/98/3, en ligne : <http://www.state.gov/documents/organization/22094.pdf>, consulté le 5 octobre 2006

La Commission arbitrale n'a toutefois pas soutenu l'argumentation de LG puisque suite à l'accord passé, LG a été réorganisé car elle faisait l'objet d'un redressement judiciaire. Dans le cadre du plan de continuation il avait été décidé que LG devait être incorporé selon la loi des États-unis, elle devenait donc une entité états-unienne qui enlevait toute compétence à la Commission.

Pour rejeter la demande de LG, la Commission arbitrale a estimé que le chapitre 11 ne trouvait application que lorsqu'une Partie au Traité avait adopté une mesure qui portait préjudice à un investisseur d'une autre Partie au Traité. Comme nous l'avons indiqué, si à l'origine les investissements avaient été réalisés par une compagnie incorporée au Canada qui suite aux problèmes financiers mentionnés a été contrainte de se réorganiser en une corporation incorporée aux États-unis.

La Commission arbitrale estime que selon la coutume internationale il doit y avoir une continuité dans la nationalité du demandeur de la date de la survenance de l'événement donnant naissance à la demande jusqu'à la date de la résolution du litige. Ceci serait confirmé par la pratique des États qui ont prévu dans certains traités internationaux de manière expresse de ne pas exiger la nationalité de manière continue dans le cadre de la résolution du litige, mais l'ALENA n'a rien prévu de tel.

Mais dans le cadre de la réorganisation LG avait anticipé cette possibilité, il avait donc été créé une filiale incorporée au Canada sous la dénomination de NAFCANCO dont l'objet et le seul actif était de mener à terme cette action.

Toutefois la Commission a rejeté cette demande sur plusieurs fondements. Ainsi, elle a estimé qu'une entité aussi vide que NAFCANCO, qui n'a aucune activité, ne peut pas permettre de qualifier le caractère de nationalité continue nécessaire au succès de sa demande. La Commission par une pirouette évite donc le sujet épineux de la levée du voile corporatif qu'elle pratique pourtant, puisqu'elle s'intéresse au détenteur de NAFCANCO. Ainsi, elle rappelle que l'esprit du Traité est d'assurer la protection d'un investisseur d'une des Parties contre une autre Partie, il n'a donc pas été établi pour assurer la protection d'un investisseur états-unien contre des mesures prises par le Gouvernement des États-unis ou ses organes.

Elle souligne l'incohérence d'un tel raisonnement qui aboutiraient à la négociation de Traités internationaux pour améliorer ou modifier son droit interne alors qu'elle peut le faire de manière unilatérale.

Cela signifie à notre sens que la Commission ne s'est pas tenue à l'apparence du demandeur, elle a soulevé le voile corporatif pour aller chercher la corporation qui contrôlait NAFCANCO, alors que le Traité ne prévoit pas cette possibilité mais ne le prohibe pas.

La nationalité de NAFCANCO comme sa personnalité morale ont été écartées et non respectées par la Commission arbitrale car elle a estimé que son existence était contestable, ceci militant dans le sens des arguments que nous avons avancés depuis le début de notre étude, incohérence soulignée par d'autres auteurs¹³⁹.

Les organes du CIRDI ont aussi eu en quelques occasions à se prononcer sur des questions mettant en cause la nationalité des entreprises avec des solutions tout aussi étonnantes.

2.3.3.3 CIRDI

Le changement de nature de la protection exercée a été accompagné d'un changement du mode de règlement des litiges. Lorsque les États assuraient la protection diplomatique ils utilisaient notamment la voie judiciaire tel que nous l'avons vu, or la possibilité laissée aux investisseurs d'assurer leur défense directement sans avoir recours à la protection de leur État a permis de mettre en avant des modes de règlements alternatifs tel que l'arbitrage, et en particulier dans le cadre du CIRDI.

Or, cet organe a eu l'occasion de se prononcer sur cette problématique à l'issue de quelques affaires. L'une d'entre elle a mis aux prises l'Argentine avec l'entreprise ENRON¹⁴⁰, les faits de l'espèce là aussi sont particulièrement révélateurs des dérives qui peuvent se produire en matière de nationalité.

L'entreprise Enron avait participé à un programme de privatisation de l'énergie que le gouvernement avait instigué en 1989, il avait en particulier investi dans le secteur gazifière dont les conditions de la privatisation furent établies par la législation argentine sur l'exploitation du gaz.

Les faits se complexifient lorsque l'on rentre dans le montage juridique qu'a nécessité la réalisation de cette opération ainsi que les différentes prises de participation les unes dans les autres. Enron détenait la totalité du capital des sociétés EPCA et EACH. Par le biais de ces deux sociétés Enron détenait 50% de CIESA une société de droit argentin qui

¹³⁹ Judith Wallace, «Corporate Nationality, Investment Protection Agreements, and Challenges To Domestic Natural Resources Law : the Implications of Glamis Gold's Nafta Chapter 11 Claim», (2005), 17, *Geo. Int'l Envtl L. Rev.*, p. 365

¹⁴⁰ C.I.R.D.I., Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine, ARB(AF)/01/3, en ligne : <http://www.worldbank.org/icsid/cases/enron-decision-en.pdf>, consulté le 10 octobre 2006

détenait à son tour 55, 3% du capital de la société de droit argentin TGS. De plus Enron détenait au travers des sociétés EPCA, EACH et ECIL 75, 93% d'EDIDESA, autre société de droit argentin qui détenait 10% de TGS.

Par cette chaîne de sociétés et les différentes prises de participation le demandeur détenait 35,263% de TGS. Cette société TGS avait fait l'objet du programme de privatisation puisqu'elle disposait d'un des principaux réseaux de distribution et de transports de gaz produit dans la province du sud de l'Argentine.

Suite à la crise économique argentine, plusieurs provinces du Sud de l'Argentine ont du trouver des fonds, et elles ont décidé de taxer diverses opérations dont celles de TGS. Suite au refus de TGS de les acquitter, entre les intérêts de retard et les pénalités, le montant des sommes demandées atteignait 800 millions de dollars argentins.

Enron estime que les taxes sont illégales en vertu du droit argentin, et qu'au sens du Traité bilatéral elle s'apparente à une expropriation constituant une violation du traité.

La particularité dans ce dossier réside dans la position du gouvernement fédéral argentin lequel a soutenu la position de TGS devant les juridictions argentines. D'ailleurs, sur la base d'une action engagée par TGS en Argentine, il lui a été accordée un sursis par la Cour Suprême d'Argentine, donc les taxes dont se déclare victime Enron n'avaient pas été payées à la date de l'action et aucune décision n'avait été prise par les juridictions argentines!

Néanmoins, si le gouvernement fédéral argentin a soutenu la position de TGS en interne, il n'adhère pas à la position soutenue par Enron devant l'organe de règlement des litiges et selon laquelle les impositions envisagées seraient une violation du Traité. Il s'avère que le montant des taxes correspond à 1 ou 2% du montant total du contrat qui ne saurait correspondre à une expropriation.

L'argument qui nous est apparu essentiel dans ce litige concerne le fait que si la demande était accueillie elle aurait pour effet de modifier les conditions de concurrence entre les agents économiques à l'intérieur de l'État, puisqu'elle permettrait aux étrangers d'être exonérés des taxes alors que les agents locaux y seraient toujours soumis instaurant une discrimination non voulu par le Traité.

Le Tribunal arbitral va accueillir la demande d'Enron, nous procéderons à quelques remarques concernant la nationalité en tant que telle, ainsi que des observations sur les fondements de cette décision qui sont hautement critiquables. Nous avons bien vu dans l'exposé des faits que l'investissement litigieux a été réalisé à travers une chaîne de sociétés écrans de droit argentin. L'Argentine a mis en avant cet aspect en indiquant qu'il a fallu remonter jusqu'à quatre sociétés pour faire apparaître la qualité d'investisseur étranger

d'Enron. Or le raisonnement adopté par le Tribunal est totalement illogique, puisqu'il utilise le critère du contrôle pour mettre à jour la nationalité étrangère d'Enron puisqu'il remonte la chaîne de contrôle des sociétés de droit argentin, mais il se borne à utiliser le critère de l'incorporation pour retenir la nationalité états-unienne d'Enron. Pour légitimer cette recherche du contrôle, le Tribunal soutient que l'Argentine a imposé cette situation en exigeant la constitution de société de droit argentin empêchant un investissement direct. Si nous suivons ce raisonnement ces sociétés n'étaient donc que des paravents obligatoires auxquels a accepté de se soumettre Enron, est il alors possible d'affirmer que ces sociétés ont la nationalité argentine? Nous pensons qu'au regard des sacrifices qu'a accepté de faire la population argentine pour sortir de la situation de crise à laquelle elle faisait face, une société qui se prétend argentine ne devrait elle pas aussi vouloir faire des efforts pour permettre à son pays de se remettre sur les rails. Or, il est clair qu'en l'espèce que TGS se souciait que très peu des intérêts de l'État de sa prétendue nationalité puisque ses intérêts se confondaient avec celle de sa société mère comme nous avons pu le voir, ceci confirmant notre position depuis l'origine à savoir que les entreprises multinationales n'ont pas de nationalité.

Par ailleurs nous nous autorisons ici quelques remarques qui n'ont pas forcément de rapport avec le sujet à proprement parler de la nationalité des entreprises, mais concerne plus précisément la rigueur et l'équité avec laquelle cette sentence a été rendue. Il nous apparaît extrêmement choquant qu'une demande en réparation du préjudice d'une expropriation puisse être accueillie alors même que les recours par voies internes n'ont pas été épuisés, et surtout que les premières décisions de justice ont fait droit aux demandes de la prétendue victime. Ceci ne nous semble pas conforme à l'esprit du Traité, et d'autant plus contraire que les États-Unis partie au Traité avait soutenu une position conforme à celle présentée par l'Argentine. Or le Tribunal ne retient pas cet argument car selon lui l'intérêt même de ce traité bilatéral est de permettre aux investisseurs de ne pas être tributaire des calculs politiques de leurs États. Si cette affirmation est en partie véridique, il n'en demeure pas moins que le droit que tire l'investisseur de poursuivre l'État partie au traité résulte bien de l'acceptation par ces États de fournir à l'investisseur un moyen d'action direct. L'investisseur n'est pas Partie au Traité, il se voit reconnaître un privilège, privilège qui peut lui être retiré par la volonté des Parties au Traité. Or ce Traité doit être interprété conformément à cette volonté des Parties qui s'exprime notamment dans le cadre des prétentions soutenues par les Parties dans le cadre de conflit résultant de l'interprétation des Traités qu'elles ont adopté. Prétendre le contraire comme le fait le Tribunal revient à figer

l'interprétation des Traités qui sont passés par les États sans tenir compte des obligations auxquelles ils peuvent être confrontés, tout comme elle revient à autoriser les États à soutenir n'importe quelle position à un moment donné en supposant que leur argument n'ont pas de conséquence car ils ne seront pas pris en compte comme pouvant servir à l'interprétation des accords qu'ils ont adopté.

Enfin, nous ne saurions omettre de traiter de l'affaire Tokios Tokeles¹⁴¹ qui atteint le paroxysme des incohérences de la théorie de la nationalité des entreprises.

Les faits dans cette affaire sont relativement simples, la Tokios Tokeles est une entité commerciale qui a été créée en Lituanie dans le respect des règles de constitution du droit lituanien. Les fonds nécessaires à sa création furent investis par des individus qui dans leur ensemble étaient de nationalité ukrainienne. La société Taki spravi fut à son tour créée en Ukraine cette fois-ci. L'ensemble des parts sociales la composant était détenu par la Tokios Tokeles, elle était cependant constituée selon les règles en vigueur du droit ukrainien. L'une comme l'autre exerçait des activités commerciales semblables dans le domaine de la communication, la filiale Taki spravi n'étant que le prolongement en Ukraine des activités exercées par la Tokios Tokeles en Lituanie.

Taki spravi, suite à diverses mesures administratives prises à son encontre, commença à connaître des pertes financières importantes. La Tokios Tokeles a alors tenté à plusieurs reprises de négocier avec les autorités ukrainiennes afin de trouver une solution amiable à la situation litigieuse et préjudiciable à Taki spravi, mais toutes les tentatives sont restées vaines.

Tokios Tokeles et Taki spravi ont alors saisi l'organe arbitral du CIRDI sur la base de la violation du traité bilatéral d'investissement existant entre l'Ukraine et la Lituanie.

L'Ukraine a immédiatement soutenu dans son mémoire que Tokios Tokeles ne pouvait être considéré comme un investisseur lituanien au regard de la théorie du contrôle puisqu'au moins 99% du capital étaient détenus par des nationaux ukrainiens, tout comme la composition du bureau de direction dont les 2/3 étaient composés d'Ukrainiens.

De plus, elle a soutenu que Tokios Tokeles n'avait aucune activité commerciale réelle en Lituanie. Selon la théorie du siège social réel et sérieux il apparaîtrait que celui-ci serait en Ukraine, il ne pourrait donc s'agir d'un investisseur lituanien en Ukraine mais bien d'un investisseur ukrainien en Lituanie.

¹⁴¹ C.I.R.D.I., Tokios Tokeles c. Ukraine, ARB(AF)/02/18, en ligne : <http://www.worldbank.org/icsid/cases/tokios-decision.pdf>, consulté le 25 octobre 2006

L'argument clé de l'Ukraine dans cette affaire résidait dans l'impossible acceptation de la demande présentée par Tokios Tokelés qui permettrait à des nationaux ukrainiens de se soustraire à l'obligation pour eux de soumettre leur litige aux juridictions internes et ainsi pouvoir poursuivre leur gouvernement en violation d'un traité international relatif aux investissements étrangers réalisés sur le territoire ukrainien. Il sollicitait que le voile corporatif soit levé afin de mettre à jour la véritable nationalité de Tokios Tokelés en la personne des actionnaires et ainsi écarter le critère de l'incorporation dans la détermination de la nationalité.

Le Tribunal arbitral ne va pas suivre la position présentée par l'Ukraine, malgré l'opinion hautement dissidente de son Président M. Weil, et il va rejeter tous les arguments soulevés par l'Ukraine. Selon l'article 25 de la convention CIRDI les investisseurs se voient reconnaître une nationalité mais ni l'article ni la Convention ne définisse cette notion. Selon les dispositions de cet article il existe donc une nationalité des entreprises mais le texte qui la désigne ne définit pas la méthode pour la déterminer. Le Tribunal en a conclu que l'exercice de cette détermination est laissé *prima facie* à l'appréciation des Parties contractantes qui en l'espèce ont établi le cadre de leur relation dans le traité bilatérale qu'elles ont adopté.

L'organe arbitral souligne que le préambule du traité énonce que son objectif est d'intensifier la coopération économique pour le bénéfice mutuel des deux États et créer des conditions favorables pour stimuler **l'investissement des investisseurs d'un État dans le territoire d'un autre État**. Pour écarter l'utilisation du test du contrôle le Tribunal met en avant la réduction du champ des investisseurs protégés n'est pas compatible avec l'objet du Traité Bilatéral, ce dernier visant à promouvoir et protéger plus largement les investissements. La seule obligation qui pèse sur le demandeur est de démontrer qu'il a respecté les règles requises par le droit lituanien et qui lui confère la nationalité lituanienne. Cette solution est d'autant plus choquante que la Lituanie a retenu le critère de l'incorporation comme règle de constitution avec les défauts que cela implique qui permettent à un investissement totalement ukrainien de devenir lituanien par un simple enregistrement à l'étranger. Selon le Tribunal, cette solution est motivée par le fait que les Parties au Traité bilatéral étaient libres de déterminer eux-mêmes les conditions d'exécution des Conventions Internationales adoptées. Leur refus de précision dans les termes adoptés permet de conclure que les Parties ont entendu appliquer les règles classiques du droit international public en la matière, mais peut-on sincèrement soutenir comme le fait le Tribunal que faute pour les Parties d'avoir précisé leurs intentions, ils sont supposés vouloir accorder à leurs nationaux une protection à un niveau international au détriment de leur juridiction interne à

charge pour eux de créer des entreprises à l'étranger pour réaliser leurs investissements dans leur État d'origine.

Telle position semble en contradiction complète tant avec l'esprit de la Convention CIRDI comme le soulève M. Weil qu'avec le Traité bilatéral qui vise à stimuler l'investissement des investisseurs d'un État dans le territoire d'un autre État, ce qui n'est absolument pas le cas ici.

Nous voyons donc ici se matérialiser les effets pernicioeux de cette notion de nationalité qui permettent comme en l'espèce à des nationaux d'un État, en l'occurrence des Ukrainiens, de réaliser un investissement dans leur pays d'origine, et par le biais de l'établissement d'une entreprise dans un État tiers bénéficiant d'un statut protégé d'investisseurs étrangers alors qu'ils sont toujours ukrainiens.

Mais ce qui est valable pour des personnes physiques détenant le capital d'une entité peut tout autant être transposé à une entreprise multinationale qui par le biais de participation croisée pourrait obtenir le même résultat.

DEUXIÈME PARTIE

MONDIALISATION ÉCONOMIQUE ET NATIONALITÉ DES ENTREPRISES
MULTINATIONALES, UNE ÉQUATION DIFFICILE

Les entreprises multinationales sont composées de multiples entités qui revêtent de nombreuses formes juridiques aussi différentes les unes des autres, et qui, malgré ces différences, sont réunies sous le chapeau d'un groupe multinational. Ce groupe multinational est rarement appréhendé par les droits nationaux dans sa globalité, ou seulement dans certains cas particuliers¹⁴². Ce groupe, ou entreprise, multinational joue donc un rôle sur les filiales qui le composent, et qui doit nous amener à nous interroger sur l'influence qu'il opère sur la 'nationalité' des filiales qui le composent.

Nous étudierons tout d'abord la distinction que l'on peut opérer entre ce que l'on dénomme la *lex societatis* et la nationalité. La *lex societatis* désigne la loi applicable à l'entité pour sa constitution, son fonctionnement interne et sa liquidation. La 'nationalité', telle qu'elle est entendue aujourd'hui par la doctrine majoritaire, permet de désigner, notamment, les droits auxquels l'entité pourra prétendre à la jouissance¹⁴³. Notre étude se portera sur un système juridique particulier, le système français qui permettra de comprendre la matérialisation de cette distinction. Cette étude ayant pour objet de démontrer la confusion qui est généralement pratiquée entre les deux notions, et qui nous permettra d'écarter le concept de nationalité dans le cadre du champ opératoire de la *lex societatis*.

Puis nous étudierons les différents critères qui ont été ou sont proposés pour déterminer la nationalité des entreprises, et nous le ferons à la lumière particulière des entreprises multinationales. Par le biais de cette analyse, nous démontrerons qu'aucun des critères traditionnels ou modernes ne sont en mesure de fournir un canevas acceptable pour la détermination de la nationalité des entreprises multinationales.

Puis nous terminerons cette analyse en étudiant la possibilité de changer de paradigme dans la détermination de l'application ou non d'un texte à une entité. L'utilisation principale de la nationalité des entreprises vise à déterminer si oui ou non un texte s'appliquera à elles. Or, en opérant un renversement, et en ne partant plus de l'entreprise mais du texte lui-même pour déterminer cette application, cette détermination ne peut qu'en être plus efficace, et offrir plus de souplesse que le concept de nationalité, argument essentiel lorsque l'on travaille sur les entreprises multinationales.

¹⁴² Michel Menjuq, *Droit international et européen des sociétés*, Coll. « Précis Domat. Droit privé », Paris, Montchrestien, 2001, p. 259

¹⁴³ Yvon Loussouarn et Michel Trochu, « Nationalité des sociétés », *Loc. Cit.*, note 60, p. 4

CHAPITRE I

La nécessité d'opérer une distinction entre *lex societatis* et nationalité

La nationalité appliquée aux entreprises multinationales est affaiblie par la confusion qui existe entre elle et la *lex societatis*¹⁴⁴. Nous avons brièvement énoncé que la loi applicable et la nationalité sont régulièrement assimilées l'une à l'autre, mais elles ne présentent pas le même intérêt, et ne concernent pas le même champ d'application juridique. Si l'on se penche sur le système relatif à la nationalité des personnes physiques, on constate que dans certains cas la loi applicable n'est pas celle de la nationalité des parties en cause, alors pourquoi devrait-il en être différemment pour les personnes morales ?

Il est donc primordial pour clarifier et améliorer une situation fortement confuse de distinguer ces notions, et pour ce faire nous prendrons l'exemple français qui combine tous les défauts sur ce point. Nous allons tout d'abord étudier dans quelle mesure la nationalité a été rapprochée de la loi applicable, pour être finalement assimilée, à tort, à celle-ci en droit français. Nous allons donc tout d'abord étudier pourquoi il convient de détacher la *lex societatis* (I), pour étudier comment la déterminer (II).

1.1 L'autonomie de la *lex societatis*

Nous allons étudier qu'elles sont les raisons qui ont poussé la doctrine à procéder à une confusion entre les deux notions (A), puis nous verrons les raisons qui doivent nous pousser à opérer une différenciation (B).

¹⁴⁴ Laurent Lévy, *La nationalité des sociétés*, *Op. Cit.*, note 42, p.45

1.1.1 La confusion pratiquée avec la 'nationalité'

La théorie développée par les tenants de la confusion entre 'nationalité' et *lex societatis* énonce un processus qui doit se dérouler en deux temps¹⁴⁵. Il convient tout d'abord de déterminer la nationalité de la société, pour pouvoir dans un second temps établir quelle sera la loi applicable. Cette vision a été essentiellement défendue par la doctrine classique française et a trouvé une consécration dans la jurisprudence française.

Comme nous venons de l'énoncer, une large partie de la doctrine opère cette confusion. Selon cette même doctrine et une position jurisprudentielle stable des Cours, le siège social est considéré comme le critère déterminant de la nationalité des sociétés, et cela, depuis quasiment l'origine de la création du concept de 'nationalité'¹⁴⁶, ou pour être plus explicite dans ce cas précis, le siège social se confond avec la nationalité. Des textes législatifs énoncent que l'assemblée générale extraordinaire des associés peut changer la nationalité de la société à condition que le pays d'accueil ait conclu avec la France une convention spéciale permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire en conservant à la société sa personnalité juridique :

« L'assemblée générale extraordinaire peut changer la nationalité de la société, à condition que le pays d'accueil ait conclu avec la France une convention spéciale permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire, et conservant à la société sa personnalité juridique. »

Donc, toujours selon cette analyse, on comprend que si le législateur adopte le même critère de détermination pour chaque instrument, la loi applicable et la nationalité, il opère, même involontairement, une assimilation d'un instrument à l'autre. Ainsi, si il reconnaît le siège social comme critère de détermination de la loi applicable, il reconnaît du même coup à la nationalité la même faculté de détermination de la loi applicable, puisque celle-ci est déterminée par le même critère, le siège social. Il a été avancé que « *dans ces pays, comme on l'a indiqué, le problème de la nationalité des sociétés n'a été envisagé qu'à travers de celui de la loi applicable aux sociétés et comme se confondant avec lui.* »¹⁴⁷

Cette analyse est somme toute logique et ne semble pas à première vue dénaturer de quelques manières que cela soit le concept de nationalité, ni celui de *lex societatis*, mais elle n'est pas exempte de critiques.

¹⁴⁵ Henri Batiffol et Paul Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 1, 8^{ème} Ed., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, n°193, p. 336

¹⁴⁶ Cour de Cassation, 1^{er} civ., 20 juin 1870, Enregistrement c/ Sté du débarcadère de Cadix, *Sirey*, 1870, 1, p.373

¹⁴⁷ Henri Batiffol et Paul Lagarde, *Traité de droit international privé*, *Op. cit.*, note 145, p. 333

L'un des principaux reproches que l'on peut opposer à cette théorie réside dans son approche et sa méthode d'analyse qui est inversée, elle procède à contrario. Elle part d'un postulat selon lequel il ne peut y avoir qu'un seul critère de détermination. Elle élimine donc progressivement, un à un, les autres critères sur les défauts qu'ils présentent, pour ne garder que le critère du siège social, et elle opère ce choix sur une gageure intellectuelle à savoir qu'il serait le moins mauvais d'entre tous¹⁴⁸, ce qui justifie son maintien, mais qui implique qu'il n'est pas forcément adapté, voire qu'il pourrait être mauvais lui aussi.

Pourtant la doctrine classique française estime que la jurisprudence, à l'instar du législateur, assimile la nationalité à la localisation du siège social réel.

Pour illustrer cette affirmation, il suffit de se pencher sur un arrêt rendu par la Cour de cassation française¹⁴⁹, dans lequel elle énonce que la nationalité est qualifiée par la localisation du siège social réel. Sur le plan strictement jurisprudentiel, il nous apparaît essentiel de dénoncer la confusion néfaste qui est opérée, et de prévenir contre l'amplitude qu'elle prend.

1.1.2 La dissociation nécessaire d'avec la nationalité

La doctrine qui défend cette opinion estime que la limitation et l'exclusion de la nationalité dans la détermination de la *lex societatis* ne porte pas atteinte au concept de nationalité en lui-même¹⁵⁰. Nous ne sommes pas d'accord avec cette conclusion, à partir du moment où l'on détache la *lex societatis* de la nationalité, il ne reste de ce concept qu'un lien de rattachement comme un autre qui peut être établi de différentes manières.

1.1.2.1 Champs opératoires différents

Le droit anglo-américain, qui n'utilise pas le même système que le droit international privé français, peut nous permettre de mieux comprendre le point de vue ici défendu. Ce droit nous donne un exemple très révélateur des différentes approches qui sont possibles, il utilise le domicile des personnes physiques pour déterminer la loi qui leur est applicable, la nationalité est réservée à d'autres domaines d'application, et dispose d'une existence décrochée de celle de la loi applicable. Toutes les deux sont donc indépendantes l'une de

¹⁴⁸ P. Bourrel et Y. Loussouarn, *Droit international privé*, 7^{ème} Ed., Dalloz, Paris, 2001, n° 701-712, p. 783-786

¹⁴⁹ Cour de Cassation, Com., 21 décembre 1987, Sté Viuda de José Tolra c/ S.O.D.L.E.R : *Rev. Crit. DIP*, Avril-Juin 1989, p. 344-360, note M.-N. Jobard-Bachelier ; *Rev. sociétés*, 1988, p398-409, note H. Synvet

¹⁵⁰ Laurent Lévy, *La nationalité des sociétés*, *Op. Cit.*, note 42, p. 116

l'autre, elles n'interviennent pas dans leur détermination mutuelle. Cet exemple présente l'avantage de démontrer qu'il est tout à fait possible et réalisable de déterminer la loi applicable sans tenir compte d'une quelconque notion de nationalité.

Mais cette vision doctrinale ne se veut pas seulement critique, elle élabore une véritable théorie qui vise à démontrer que la *lex societatis* n'a besoin que d'un seul et unique facteur de rattachement, et s'articule autour de deux points :

-Le premier consiste à attaquer le rapprochement qui est fait entre le statut personnel des personnes physiques et la *lex societatis*.

-Le second vise à démontrer que la *lex societatis* n'est pas déterminée par la nationalité de la société.

1.1.2.2 Un rapprochement du statut personnel des individus néfaste et contestable

Une première constatation se fait jour dès le début de la réflexion sur la détermination de la *lex societatis*, celle selon laquelle le statut personnel des individus est difficilement transposable aux sociétés. Les sociétés ne connaissent pas de la même manière que les personnes physiques les notions 'd'état' et 'de capacité'. Les personnes physiques peuvent se marier, divorcer ou avoir des enfants, mais les sociétés en sont strictement incapables.

Dans le même ordre d'idée, la *lex societatis* a pour vocation essentielle de régir l'organisation interne à la société, il faut en effet distinguer entre la loi qui sera appliquée à la société et celle qui sera appliquée dans le cadre de ses relations avec des tiers. Dans le cadre de la personne physique, la loi applicable sera déterminée au regard du lien particulier et unique qui unit l'État à son national, la nationalité, mais pour la société ce lien n'existe pas, surtout dans le cadre des entreprises multinationales. L'élément unique propre à toutes les sociétés est la reconnaissance par l'État d'un statut qui se matérialise par la mise en place d'un siège social dans cet État¹⁵¹. Cette relation unique entre l'entreprise et cet État, et pas un autre, est donc matérialisée par le siège social, lieu d'activité et de réunions des mandataires et des actionnaires donc lieu de fonctionnement de l'entreprise.

Cette nouvelle approche doctrinale après avoir démontré l'inapplicabilité du statut personnel des individus, va étudier en quoi la nationalité doit être écartée pour la détermination de la *lex societatis*.

¹⁵¹ Charles Leben, «La nationalité des entreprises», in *L'entreprise multinationale face au droit*, sous la direction de Berthold GOLDMAN et Phocion FRANCECAKIS, Coll. « Recherche de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris », Paris, Litec droit, 1977, p.220

1.1.2.3 La dimension spatiale de la *lex societatis*

Le postulat proposé, soit la transposition du statut des personnes physiques, n'est pas recevable, dès lors, il n'est pas satisfaisant de procéder à cet amalgame entre le droit applicable et la nationalité de la société. La législation française procède à une distinction marquée entre l'approche concernant les personnes physiques et celle concernant les sociétés.

L'article 3 du Code civil adopte une notion personnelle pour déterminer la loi applicable aux personnes physiques de nationalité française, alors que l'article L 210-3 du Code de commerce parle du siège social adoptant une vision 'spatiale' de la *lex societatis*.

Il existe au niveau légal une dissemblance entre ces deux notions qui est formalisée par les articles susmentionnés. La loi applicable aux personnes physiques françaises découle directement de leur nationalité, alors qu'en matière de *lex societatis*, la détermination découle du domicile que la société a adopté, c'est à dire son siège social. Selon cette distinction, le système judiciaire français utilisera la règle de droit adéquate qui sera désignée par le siège social de la société. Le choix s'opèrera dès lors soit entre la loi française et la loi étrangère, il n'y a alors plus de place pour l'ambiguïté. La règle de conflits de loi est alors simple et claire, et établie sur un critère stable et durable¹⁵².

Or, grâce à cette distinction, les tribunaux ne sont plus en mesure d'attribuer une nationalité étrangère à une société, par exemple une nationalité chinoise. Cette faculté relève exclusivement de la compétence judiciaire des États concernés, qui ici serait la Chine.

La détermination de la *lex societatis* est utilisée principalement dans le cadre de l'organisation et du fonctionnement interne de la société. Elle ne met donc en situation que des personnes ayant un intérêt dans la société. Ces intérêts étant des intérêts particuliers, il n'est aucunement question d'une quelconque relation entre l'État et son national, mais bien de régler des rapports privés. Or, la nationalité implique une relation entre une personne et son État de rattachement, elle implique une relation entre l'État et l'individu, mais la nationalité telle qu'elle était décrite ici ne visait aucunement à l'établissement de cette relation. Elle visait tout simplement à savoir à quelle loi serait soumise la société dans le cadre de sa constitution, son fonctionnement et sa liquidation.

¹⁵² Yvon Loussouarn et Michel Trochu, «Nationalité des sociétés», *Loc. Cit.*, note 60, p.18

Un arrêt rendu par la Cour de cassation française¹⁵³, réunie en chambre civile, a tout simplement écarté dans son attendu toute mention relative à la notion de nationalité de la société.

Dans cette affaire, il s'agissait pour la Chambre civile d'apprécier la validité d'un cautionnement donné par un dirigeant d'une société de droit étranger. Dans cet arrêt, la Cour de cassation française énonce qu'a justifié sa décision la Cour d'appel qui retient que « *le siège de la société General accident était situé en Ecosse* », et que « *l'appréciation des pouvoirs des dirigeants sociaux relevait de la loi dont dépendait la société, la loi française étant sans application en la matière* ». Cette solution ne laisse pas de place à l'ambiguïté. On ne retrouve pas de correspondance ou de référence à une quelconque nationalité, ou loi nationale. La solution est claire, pour une société constituée à l'étranger, la loi française ne trouve pas application, seule la loi étrangère est compétente dans un premier temps.

Nous soulignerons que cette distinction ne sera que plus aisée à formaliser, la jurisprudence a pris la bonne habitude de mentionner les sociétés comme étant des sociétés de droit étranger et non comme des sociétés étrangères, ce qui dénote une fois de plus l'inadéquation de la notion de nationalité des sociétés. A titre d'exemple, dans l'un des arrêts, il est fait mention d'une « *société de droit espagnol*¹⁵⁴ » et non pas d'une société espagnole. Ceci permet de mettre en évidence que la question porte sur la loi applicable et non sur la nationalité de la société. Il est d'ailleurs, à notre avis, infondé que le professeur Libchaber vienne remettre en question l'utilisation de cette terminologie¹⁵⁵. Selon lui, on ne peut pas savoir si la Cour de cassation française a entendu affirmer que les sociétés en question sont soumises au droit de l'État où leur siège social se situe, ou, si elles doivent être considérées comme des sociétés disposant de la nationalité de l'État où leur siège social se situe.

Si, certes, on peut estimer que la formulation de la Chambre commerciale est un peu confuse avec la référence qu'elle fait à la notion de loi nationale, il nous paraît cependant inapproprié de vouloir complexifier la compréhension de l'arrêt de cette manière. Lorsque la Cour de cassation française utilise la notion de société de droit espagnol, elle le fait volontairement au détriment de l'expression de société espagnole utilisée auparavant. Elle opère donc une modification dans sa formulation, et dans son approche, qui au regard de ces précédents arrêts nous indique la manière selon laquelle elle doit être interprétée, alors, pourquoi vouloir lui faire dire ce qu'elle ne dit pas. D'autant que la Cour de cassation

¹⁵³ Cour de Cassation, 1^{er} civ., 8 décembre 1998, n°1872 P, Sté General accident c/ BNP et autres, *Bull. Joly*, Avril 1999, p.459-464, §95, note Michel Menjucq

¹⁵⁴ Cour de Cassation, Com., 9 avril 1991, Sté professionnelle des papiers de presse (SPPP) c/ Sté Interpart, *Rev. sociétés*, p.746-760, note Rémy Libchaber, « La loi applicable aux sociétés et aux pouvoirs des dirigeants sociaux »

¹⁵⁵ *Id.*, n°3, 2§

française a, dans le passé¹⁵⁶, utilisé cette notion de société de nationalité X ou Y, et qu'elle a donc changé pour reprendre celle de société de droit X ou Y.

Enfin, nous tenons bien à souligner combien il nous paraît important et déterminant pour l'avenir que la Cour de cassation française harmonise sa jurisprudence pour clarifier une situation juridiquement erronée et qui n'a plus lieu de l'être. Si la distinction est réalisable en jurisprudence, il convient de s'interroger sur sa réalisation en matière législative, car celle-ci nécessitera peut-être des modifications.

1.2 La détermination de la *lex societatis* par le siège social

Au cours du développement nous avons vu qu'en France la *lex societatis* est déterminée par la loi du lieu où se trouve le siège social de la société, or il nous apparaîtrait pertinent de reproduire ce schéma au niveau international.

Une application stricte des textes impliquant une détermination exclusive de la *lex societatis* par le critère du siège social doit être retenue. Le critère du contrôle, ainsi que les autres critères communément avancés, doivent être écartés, pour retenir l'utilisation du siège social statutaire et non du siège social réel. Le siège statutaire est considéré comme le lieu désigné dans les statuts, il s'apparente au domicile¹⁵⁷ de la société. Le siège social réel et sérieux se distinguerait donc du siège social statutaire, il aurait pour objectif de contrebalancer les abus possibles dans la cadre du siège statutaire. Il permettrait de s'assurer que le siège statutaire n'est ni fictif ni frauduleux¹⁵⁸.

Le siège social est le lieu où la société a établi « ses organes de direction et de contrôle », le lieu où elle délibère son action et organise ses moyens, le lieu enfin où les tiers peuvent entrer en relation avec elle. Le siège social statutaire doit aujourd'hui être le critère de principe en matière de *lex societatis*. Cette situation résulte logiquement de la confiance qui est faite aux fondateurs de la société, ils ne peuvent pas être présumés être de mauvaise foi, il est donc normal que l'on retienne le siège social établi dans les statuts comme étant le siège social de principe pour la détermination de la *lex societatis*.

Il convient de s'interroger sur les raisons pour lesquelles le critère du siège social réel et sérieux ne soit pas retenu pour déterminer la loi applicable à la société. Dans sa thèse, M. Synvet en explique les raisons, il énonce que le critère du siège social réel ne peut

¹⁵⁶ Cour de Cassation, Req., 22 décembre 1896, *Sirey*, 1896, I-84

¹⁵⁷ Lexique des termes juridiques, R. Guillien et J. Vincent sous la direction de S. Guinchard et G. Montagnier, Edition Dalloz, 10^{ème} édition, p.507

¹⁵⁸ Yvon Loussouarn et Michel Trochu, « Nationalité des sociétés », *Loc. Cit.*, note 60, p.20, n° 167 et s.

être indiscutablement établi comme étant le critère de détermination de la loi applicable¹⁵⁹. Il serait nécessaire que les sociétés constituées à l'étranger, mais dont le siège social serait dans un autre État, soient soumises à la *lex fori* dans les cas où les fondateurs n'auraient commis aucune fraude.

La jouissance de la personnalité morale ne dépend plus en France du contrat de société existant entre les fondateurs¹⁶⁰, mais plus de l'enregistrement par ces derniers de la déclaration du contrat par l'autorité publique. Certains y ont vu la condamnation de la théorie de la réalité de la personnalité morale¹⁶¹ consacrée par le droit positif français avant la loi du 24 juillet 1966. Mais, cette position doit être atténuée par certaines décisions¹⁶² qui sont venues accorder la personnalité morale à des groupements auxquels la loi ne la reconnaissait pas, il semblerait que la « *personnalité morale redeviendrait une réalité que le juge ne pourrait plus méconnaître* »¹⁶³.

Logiquement le choix se tourne vers l'utilisation du critère du siège social statutaire comme critère de détermination de la *lex societatis* au détriment du critère du siège social réel et sérieux. Dans les litiges entre les tiers et la société, le siège social réel reprend ces droits, alors que, dans les relations internes, les associés ne peuvent pas se prévaloir du caractère fictif du siège social statutaire à moins de démontrer l'existence d'une fraude à leur égard. Le siège réel n'intervient qu'à la demande des tiers qui disposent d'une option entre l'usage du siège statutaire ou du siège réel, mais aussi à la demande de tout intéressé en cas de fraude ou de caractère fictif du siège statutaire.

Nous noterons simplement que la jurisprudence n'a jamais refusé d'appliquer le droit français à une société immatriculée en France bien que son centre de décision soit situé dans un autre État¹⁶⁴. Le siège réel n'interviendrait que dans l'autre hypothèse, où la société est immatriculée dans un pays étranger alors que son centre de décision est en France. Le siège statutaire est le critère de principe en matière de *lex societatis* sauf en cas de fraude.

Nous avons établi le critère de détermination de la *lex societatis* tout en opérant une différence avec la nationalité. Or, il convient désormais de s'interroger sur les modes de

¹⁵⁹ Michel Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Op. Cit., note 142, p.88, n°72

¹⁶⁰ Georges Ripert et René Roblot, *Traité de droit commercial*, Loc. Cit., note 56, p.11

¹⁶¹ Yves Guyon, *Droit des affaires*, Op. Cit., note 63, p. 134, n°129

¹⁶² Cour de Cassation, Crim., 12 novembre 1990, *Revue des sociétés*, 1992, 39, note Roujou de Boubée

¹⁶³ Cour de Cassation, Soc., 21 juillet 1986, Syndicat CGT Usines des ciments de français c/ Sté des ciments français, *Rev. Sociétés*, 1987, note Guyon, p.45, II, 2§

¹⁶⁴ Jacques Béguin, « La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Mélanges en l'honneur de P. Catala*, Paris, Litec, 2001, p.865

détermination de la nationalité qui ne peuvent-être semblables à ceux de la *lex societatis* au risque de revenir à la confusion entre ces deux notions.

Nous avons vu que la nationalité des personnes physiques dispose de facteur de rattachement stable et fixe qui s'exprime par le *jus sanguinis* et le *jus soli*. Telle n'est pas le cas pour la nationalité de la personne morale, celle ci peut faire l'objet de nombreux facteurs de rattachement présentant, les uns et les autres, des avantages et des inconvénients. Mais nous allons commencer par regarder les défauts inhérents au concept qui sont démultipliés dans le cadre des entreprises multinationales.

CHAPITRE II

L'inapplicabilité de la nationalité aux groupes multinationaux

Le mode organisationnel des groupes multinationaux est bien connu, mais cette réalité économique connaît toutes les difficultés à être transposée en droit¹⁶⁵. Les groupes multinationaux qu'elles constituent sont très difficiles à appréhender en droit car il est quasiment impossible de retranscrire leur mode organisationnel avec acuité. Les défauts inhérents à la nationalité des entreprises sont démultipliés lorsque l'on applique cette dernière aux entreprises multinationales. Nous étudierons tout d'abord les lacunes inhérentes au concept de nationalité (I), puis nous étudierons les lacunes découlant de ses critères de rattachement (II).

2.1 L'aggravation des problèmes classiques de la nationalité

Depuis une trentaine d'années, les auteurs contemporains sont d'accord pour affirmer que les entreprises multinationales ont modifié l'approche classique de la notion de nationalité des entreprises que l'on arborait¹⁶⁶. Les entreprises multinationales sont une source de relance du débat doctrinal sur la pertinence de la nationalité des entreprises. Cette

¹⁶⁵ Michel Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, *Op. Cit.*, note 142, p.102

¹⁶⁶ Charles Leben, «La nationalité des entreprises», *Loc. Cit.*, note 151, p.187

relance était toutefois prévisible au regard des énumérations faites précédemment, en effet, le mode opératoire adopté par ces entreprises multinationales a pour conséquence d'écarter les idées d'allégeance politique (A) et de personnalité juridique (B) qui sont comme nous l'avons vu à la base du concept de nationalité¹⁶⁷ entraînant l'impossibilité de pouvoir bénéficier de la protection diplomatique en principe (C).

2.1.1 L'allégeance

Le rattachement d'une entreprise s'opère notamment par l'utilisation du principe de l'allégeance politique qui est un élément substantiel de la nationalité comme nous l'avons vu tout au début de notre étude. Il est très difficilement identifiable ou qualifiable dans les entreprises multinationales, ces groupements exercent leurs activités un peu partout au travers du globe, opérant comme s'ils se trouvaient dans une épicerie à système juridique lorsqu'ils choisissent l'État où ils désirent s'implanter. Ils piochent dans les différents systèmes juridiques ce dont ils ont besoin, et cette présence à travers le monde complique énormément la possibilité de leur conférer une quelconque allégeance politique, et du même coup de leur fixer un État de rattachement.

Aujourd'hui, il est pourtant clair qu'elles ont intégré dans leur politique de positionnement sur les marchés la nécessité de mettre en avant leur caractère national¹⁶⁸. Il ne s'agit bien sûr que d'un instrument marketing, et d'un argument de vente des biens et services qu'elles offrent. Cela ne devrait pas nous faire oublier la position adoptée par certaines d'entre elles à l'origine, ou au commencement de leur montée en puissance et de leur émergence sur la scène internationale. Elles se targuaient bien souvent de cette absence de rattachement à un État, ou de l'impossibilité d'en produire un, comme représentant un avantage pour ces dernières qui ne sont plus soumises au bon vouloir d'un de ces États. Certaines maintiennent cette position, mais dans l'ensemble elles ont changé d'approche. De plus, ce qui était valable à l'époque l'est d'autant plus aujourd'hui lorsque l'on voit l'augmentation du nombre de ces multinationales, tout comme leur montée en puissance au cours des deux dernières décennies.

Nous constatons donc que l'allégeance politique ne se retrouve pas dans les entreprises multinationales au niveau de toutes leurs filiales. Mais, l'allégeance politique n'est pas le seul élément qui leur fait défaut, puisqu'en tant que groupe multinational, elles n'ont

¹⁶⁷ Raymond Redlob, «Le principe des nationalités», *Loc. Cit.*, note 14, p. 9

¹⁶⁸ Charles Leben, «La nationalité des entreprises», *Op. Cit.*, note 151, p.191

pas non plus de personnalité juridique¹⁶⁹. Ces groupes forment des unités économiques, avec une politique déterminée pour l'ensemble du groupe par une direction centralisée, mais qui sont perçues comme un corps fractionné en raison des différentes réglementations internationales et nationales auxquels sont soumis leurs entités. La réalité économique ne correspond donc pas à la réalité juridique qui ne reconnaît pas à ces groupes une supériorité hiérarchique aux entités individualisées qui le composent, à savoir les filiales. La réalité n'est pas celle d'un groupe d'entreprises qui se rassemblent au cours d'assemblées, et discutent de l'orientation que l'entreprise doit suivre, mais bien celle d'une direction qui impose une politique au groupe. Il convient de se pencher sur ce point.

2.1.2 L'appréhension des groupes multinationaux par le droit

2.1.2.1 L'absence d'appréhension du groupe dans sa globalité

Nous avons vu tout au long de notre développement l'idée plus ou moins récurrente selon laquelle au sein des entreprises multinationales, il y a souvent la présence d'une entreprise dominante qui se traduit par l'adoption d'une structure organisationnelle qui leur permet de décider pour d'autres entreprises faisant partie du groupe¹⁷⁰. Il existe en droit des approches qui ont tenté d'appréhender cette situation, l'une d'entre elles est l'approche dite unitaire qui voit dans le groupe la réunion de plusieurs entités dans un ensemble économique international s'inscrivant dans une unité économique à finalité commune¹⁷¹.

Cette approche rejoint celle développée dans le cadre de la présentation du critère du centre de décision réalisée un peu plus loin dans cette étude, et qui appréhende le groupe comme un ensemble homogène et hiérarchisé qui ne peut être saisi qu'en son centre, et que nous analysons plus après. Comme nous l'avons vu les entités sont censées être indépendantes, il s'agit d'ailleurs d'une des raisons pour lesquelles la personne morale leur avait été reconnue. Mais si le postulat adopté est qu'au sein des groupes il existe une hiérarchie et une relation de dominant-dominés, cela nie nécessairement à l'indépendance de certaines entités soumises aux directives émanant d'organes supérieurs.

¹⁶⁹ Michel Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Op. Cit., note 142, p. 115

¹⁷⁰ Roberto Bruno, «Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis», *Loc. Cit.*, note 97

¹⁷¹ Michel Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Op. Cit., note 142, p. 115

Selon la théorie de l'unicité, cet état de fait ne devrait pas rester sans effet au niveau juridique¹⁷². Les droits nationaux, à l'exception du droit allemand, n'ont pas développé de droit général des groupes, et ont adopté une approche ponctuelle qui traite des groupes dans certains cas bien particuliers¹⁷³. Le droit international privé a eu à faire face à la difficulté de prendre en considération cette unité du groupe qui en droit n'était pas reconnue ou intégrée. La solution la plus évidente a paru consister dans l'application à tout le groupe d'une loi unique et d'une nationalité unique.

Il conviendrait de trouver un critère de détermination de cette loi unique, et la règle de l'unicité semblerait tout naturellement désigner la loi de l'entité au sommet de la pyramide structurelle. Cette position doit pourtant être rejetée, elle opère une confusion entre *lex societatis* et nationalité que nous avons déjà critiquée et contredite. De plus, comme nous l'avons vu l'organisation structurelle des entreprises multinationales peut revêtir de nombreuses formes¹⁷⁴, et pas nécessairement, celle d'une organisation de type pyramidale.

Le groupe est un organisme en évolution, ou plutôt en mutation constante, il se transforme, s'adapte aux évolutions des marchés, aux systèmes juridiques et aux contraintes juridiques auxquels il doit faire face. Cette vision du groupe comme un ensemble non figé, et en évolution constante conteste la perception statique qui est fournie par la théorie unitaire du groupe. Ainsi, des entités apparaissent et disparaissent en son sein en fonction de l'évolution de l'intérêt du groupe, or, ces changements empêchent d'avoir une image précise du groupe, et si il n'est pas possible de cerner le groupe avec précision, il n'est pas non plus possible de lui appliquer un critère unitaire de détermination de la loi applicable. Celles-ci seront obligatoirement choisies de manière arbitraire, car elle ne prendrait pas en compte tous les éléments constitutifs du groupe, et pertinents dans la détermination de la loi qui lui est applicable¹⁷⁵.

Un des obstacles majeurs réside dans l'absence d'harmonisation des règles internationales sur les groupes. Ces derniers opèrent dans différents systèmes juridiques qui n'adoptent pas les mêmes règles de détermination d'existence de liens entre les entités qui composent le groupe. Comme nous l'avons vu, les entreprises multinationales sont des organismes complexes, et ceux notamment au regard des relations qui sont entretenues par les entités au sein du groupe. Ces relations vont permettre d'établir les liens qui existent

¹⁷² Berthold Goldman, in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1966-1969, Paris, Dalloz, 1971, p.231

¹⁷³ Michel Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, *Op. Cit.*, note 142, p. 253

¹⁷⁴ Roberto Bruno, «Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis», *Loc. Cit.*, note 97

¹⁷⁵ Michel Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, *Op. Cit.*, note 142, p.260

entre les différentes entités du groupe, et selon le critère unitaire, le lien hiérarchique qui existe entre les unités est à lui seul suffisant pour établir la nature de ces liens. Cette vision est trop simpliste, et elle ne prend pas en compte les différentes sortes de relations qui existent au sein du groupe et qui peuvent conférer un pouvoir de pression qui contrebalance les liens hiérarchiques¹⁷⁶.

Ainsi, à ce titre nous pouvons évoquer l'analyse de Lyon-Caen qui distingue entre les techniques institutionnelles, matérialisées par les rapports de hiérarchie entre entités, et les techniques relationnelles, matérialisées par les éléments plus économiques comme les relations contractuelles. La théorie unitaire du groupe échoue à retranscrire l'élément relationnel qui découle des rapports contractuels. Or, pour avoir une vision précise du groupe il est essentiel que l'analyse prenne en compte lesdites relations, l'adoption d'une loi unique présenterait les défauts mis en avant dans la distinction qui doit s'opérer entre nationalité et *lex societatis*, rappelée un peu plus tôt.

L'éventuelle adoption de la position proposée par le concept unitaire du groupe aurait aussi des effets pratiques assez désastreux. Comme nous le verrons dans le cadre de l'analyse du critère du contrôle, une de ses faiblesses réside dans le caractère fluctuant des détenteurs du capital de l'entreprise. Ici, le problème serait identique, le critère du centre de décision serait une source d'instabilité juridique trop importante. En effet, les détenteurs du capital changent de manière fréquente et régulière, or il serait néfaste d'avoir un changement de loi à chaque fois que se réaliserait un changement de contrôle dans le capital. Les filiales verraient leur rattachement à une loi nationale évoluer au gré des marchés et de l'évolution des différentes prises de contrôle qui peuvent, dans l'absolu, changer plusieurs fois en une journée.

Mais les critiques ne s'arrêtent pas là, le cas des filiales communes ou des *joint ventures* partagées entre différents groupes sont une nouvelle source de complication. Si les groupes sont eux-mêmes rattachés à des systèmes juridiques différents selon le critère du centre de décision, à quel groupe rattacherions nous ces filiales communes dans ce cas là ? Il est donc nécessaire de réfléchir à une autre approche.

¹⁷⁶ *Ibid.*

2.1.2.2 La nécessité d'une approche pluraliste

Tous ces éléments de rejets de l'approche unitaire nous contraignent à nous tourner vers l'approche pluraliste pour procéder à l'analyse des groupes¹⁷⁷.

L'objectif du groupe combinée à sa recherche d'optimisation de ses ressources, doit l'amener à tirer fortement avantage des différences qui existent entre les différents systèmes juridiques pour en tirer un profit maximum. Ainsi, tout un ensemble de facteurs juridiques internes influenceront le choix de la structure d'opération et de la localisation que va opérer le groupe.

Le rôle joué par la personnalité juridique reconnue à chaque entité est essentiel dans le cadre de l'entreprise puisqu'elle est le fondement de la reconnaissance de l'indépendance juridique des filiales, et elle permet ainsi au groupe de limiter les risques encourus en les faisant peser sur l'une des filiales du groupe qui devra en supporter l'ensemble des conséquences à terme. Il est donc indispensable de repenser l'approche juridique du groupe dans les droits internes ainsi qu'en droit international.

2.1.3 L'inapplicabilité de la protection diplomatique dans le cas des entreprises multinationales

Appliqué aux entreprises, nous avons vu que le lien effectif n'était pas requis dans l'établissement de la nationalité alors qu'il l'est pour les personnes physiques¹⁷⁸. Il s'agit d'une des critiques avancées contre la protection diplomatique des entreprises¹⁷⁹, ce lien effectif et substantiel entre l'entreprise et l'État demandeur permettrait de donner des bases solides à cette conception, mais ce lien effectif n'est pas qualifiable justement au regard de la structure des entreprises multinationales.

On a alors avancé qu'il était possible de le déterminer en regardant qui bénéficie de l'activité de l'entreprise¹⁸⁰. La question qui s'est alors posée fut celle de savoir si l'on retenait le critère de l'incorporation ou celui du '*beneficial interest*', et si tel était le cas quelle définition donnée à ce '*beneficial interest*'. Le '*beneficial interest*', n'est pas bien défini, il recoupe la

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ Roger Pinto, «Les problèmes de la nationalité devant le juge international», 9, *A.F.D.I.*, 1963, p.367

¹⁷⁹ Roberto Bruno, «Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis», *Loc. Cit.*, note 97

¹⁸⁰ *Ibid.*

notion de contrôle, et tout comme le critère de l'incorporation, n'est pas satisfaisant dans la détermination qu'il propose de la nationalité.

L'auteur estime que la solution la plus logique de prime abord aurait été de reconnaître un droit en matière de protection diplomatique à chaque État dont le ressortissant dispose d'un intérêt substantiel dans l'entreprise¹⁸¹. Nous ne pouvons affirmer aujourd'hui qu'au niveau international, il existe une solution satisfaisante, malgré et à cause de l'arrêt *Barcelona Traction*. Au regard de ce qui a été évoqué au préalable, nous pouvons soutenir que l'utilisation d'un critère de détermination peut se faire par l'application des différents critères de manière indifférente puisqu'ils ne sont pas satisfaisants, ni les uns, ni les autres ; et seul l'objectif original pourrait justifier un choix particulier.

Or, l'entreprise multinationale est désormais l'acteur principal en matière d'investissements internationaux, et comme nous tentons de le démontrer, elle ne présente pas de lien de nationalité, tout au plus un lien de rattachement à des marchés nationaux. Or, les investisseurs ont fait pression sur les gouvernements pour se voir reconnaître un droit de garantie des investissements reconnu au niveau international. S'il peut paraître assez difficile de justifier que ces entreprises puissent disposer des avantages qu'un droit local va leur offrir, et refuser dans le même temps d'avoir à supporter les risques intrinsèques à ce droit local. Leur comportement est schizophrène en particulier à certains égards, elles ne veulent pas avoir à être rattachées à un État, ou du moins un système juridique, et dans le même temps pouvoir bénéficier de la protection desdits systèmes juridiques ou des États quand elles en expriment le besoin.

Ceci nous paraît difficile à accepter, le droit doit assurer un équilibre qui n'est pas respecté. Ce système si il était poussé à son terme inviterait à se poser la question : Que se passerait-il- si demain une entreprise devenait présente sur le territoire de chacun des États constituant la communauté internationale ? Selon les derniers développements, on s'attarderait à regarder qui contrôle qui, et en retenant l'approche développée dans l'affaire *ELSI*, on soulèverait le voile corporatif pour découvrir qui se cache derrière ces entités. Mais, les participations croisées dans les entreprises multinationales sont de plus en plus fréquentes, ayant pour effet que tout le monde détient un peu de tout le monde, ou contrôle un peu de tout le monde selon la terminologie juridique, chaque État serait autorisé à agir en protection diplomatique. C'est tout simplement impensable, et reviendrait à dénaturer complètement le concept de nationalité et le lien d'exclusivité qu'il constate entre un État et

¹⁸¹ *Ibid.*

un individu. De plus cette approche porte grandement atteinte à la possibilité pour un État de déterminer sa politique et ses choix économiques pour l'avenir.

Comme l'énonce Muchlinski, « *Though in many respects they resemble various types of uninalational companies, MNEs differ in their capacity to locate productive facilities across national borders, to exploit local factors inputs thereby, to trade across frontiers in factor inputs between affiliates, to it, and to organize their managerial structure globally according the most suitable mix of divisional lines of authority. These factors permit MNEs to affect the international allocation of productive resources, and thereby to create distinct problems in the development of economic policy in the states where they operate. Consequently, MNEs can and should be treated as a distinct type of business enterprise for the purposes of economic regulation* ». ¹⁸²

Selon la définition de Muchlinski, la détermination de la nationalité de ce type d'entreprises apparaît virtuellement impossible. La structure de l'entreprise multinationale amène la question de savoir pourquoi elle serait rattachée à un État plus qu'à un autre, alors qu'elle est présente dans les deux. Il a été énoncé qu'il pourrait être avancé que l'entreprise multinationale aurait de multiples nationalités dues aux liens qu'elle possède avec ces différents États ¹⁸³. Mais ce même constat pourrait dans le même temps justifier qu'elle ne puisse disposer d'aucune nationalité puisque dans l'impossibilité de disposer d'un lien exclusif avec un d'entre eux. La raison de ce paradoxe est que la nationalité est basée sur un haut degré d'exclusivité des liens entre l'individu et l'État, or, les entreprises multinationales manquent par définition de ce lien d'exclusivité.

Il a été avancé que les choses différencieraient pour la société-mère. Mais, le raisonnement ne change pas lorsqu'on s'intéresse au lien entre l'entreprise multinationale et l'État hôte, que l'on entend comme étant celui d'incorporation de la société-mère ou celui avec lequel la société mère a le lien le plus fort. Nous ne pouvons que constater que les liens évoqués ci-dessus ne pourraient exister que dans une structure traditionnelle de l'entreprise multinationale, connue aussi comme le système hiérarchique pyramidal. Dans ce système, la société-mère est au sommet de la pyramide, et les autres entités sont totalement ou partiellement contrôlées de manière verticale. Mais ce système est loin d'être l'unique mode d'organisation de l'entreprise multinationale, comme le montre les Keiretsu japonaises, qui adoptent un schéma plus complexe.

Enfin, même si la société-mère dispose d'un lien avec son État hôte ou d'accueil, ce lien ne sera jamais aussi fort que la complexité de l'ensemble des liens qui unit les

¹⁸² Peter Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford, Blackwell, 1995, p.55

¹⁸³ Patrizio Merciai, *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p.29

différentes entités de l'entreprise multinationale entre elles¹⁸⁴. Certains sont amenés à conclure que la détermination de la nationalité ne peut pas être surmontée de manière satisfaisante, car les difficultés sont inhérentes à la nature de l'entreprise multinationale, à sa structure et à son mode opératoire¹⁸⁵. Pour ce qui est de la protection diplomatique en particulier, nous pouvons conclure qu'elle n'est pas adaptée à l'entreprise multinationale, au regard de l'importance du lien que la nationalité revêt, et ne peut être caractérisé de manière satisfaisante. Mais pour ces auteurs le risque réside dans la possibilité qu'aucun État ne soit en mesure de prétendre à la protection diplomatique de l'entreprise multinationale au regard de la solution adoptée dans l'*affaire Barcelona Traction*¹⁸⁶. Pour nous, le véritable risque réside dans la possibilité pour l'entreprise multinationale de pouvoir bénéficier de la protection diplomatique de n'importe quel État où elle aurait une entité, et dès qu'elle subirait un préjudice.

Certains ont été jusqu'à avancer qu'il n'est pas intéressant de reconnaître la protection diplomatique pour les entreprises multinationales, car il serait plus intéressant de leur reconnaître un droit direct d'agir au niveau international¹⁸⁷. Les entreprises multinationales n'ont pas besoin de protection diplomatique, elle devrait pouvoir protéger leur droit de manière plus effective sans utiliser la protection diplomatique qui est déterminée de manière arbitraire par l'État titulaire du droit. Comme l'énonce Friedmann «*elles sont comparables dans leur structure, et souvent dans leur pouvoir économique et politique aux États et aux organisations internationales (traduit par nous)*»¹⁸⁸, et il est désormais de plus en plus fréquent que les revenus des entreprises multinationales soient largement supérieur au PIB des petits États, et plus que n'importe quelle organisation internationale.

Nous ne pouvons que critiquer cette approche, il est établi que les États disposent de la qualité de sujet de droit international, non pas parce qu'ils ont un PIB plus important que les individus, mais justement parce qu'ils ont cette qualité inhérente d'État et qu'ils sont le mode d'expression d'un peuple ou d'une population. Pour ce qui est des organisations internationales, ces dernières tirent leur qualité de sujets de la délégation de pouvoirs que les États leur ont concédés, et de leur reconnaissance en tant que telle par les États¹⁸⁹, reconnaissance dont ne dispose pas les entreprises multinationales.

¹⁸⁴ Roberto Bruno, «Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis», *Loc. Cit.*, note 97

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ Wolfgang Gaston Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, New York, Columbia University Press, 1964, p.233

¹⁸⁹ Réparation des dommages subis au service des Nations-Unies, C.I.J., Recueil 1949, p.174 et s.

Les arguments avancés en faveur de la reconnaissance de cette action directe des entreprises multinationales sont des arguments récurrents. Ils semblent qu'ils soient dans l'intérêt des États du Sud d'attirer des fonds vers leur territoire. Ces investissements sont freinés, par la perception qui est opérée par les investisseurs de ces États, ils sont le plus souvent perçus comme instables, et offrant peu de sécurité juridique pour les investissements. Ils seraient donc nécessaire de reconnaître un droit d'action directe au niveau international qui empêcherait les États hôtes des investissements de prendre des décisions à l'encontre des entreprises nationales, ce qui sécurisera leur système juridique, et renforcera la volonté des investisseurs de dépenser de l'argent dans ces États.

Selon cette théorie, les entreprises multinationales seraient une entité sans défense au niveau international, et cela serait inacceptable car les États pourraient agir de manière néfaste à leur égard. Elles seraient alors obligées de s'en remettre pour assurer leur protection à l'arbitraire éventuel de ces États. La reconnaissance d'un ensemble de règles et de droits favorables aux entreprises multinationales leur donnerait plus d'assurance, et serait favorable à une augmentation des richesses. Cet argument a été le même depuis près de 50 ans pour aboutir au résultat que nous connaissons aujourd'hui ainsi, les écarts entre pays pauvres et riches n'ont jamais été aussi importants.

Un autre argument avancé réside dans la meilleure protection des petits États qui en résulterait, car si l'on reste dans le cadre de la protection diplomatique, les entreprises multinationales ne s'estiment pas suffisamment bien protégées, elles auraient donc tendance à se tourner vers des modes illégaux de protection de leurs intérêts¹⁹⁰. Un tel comportement serait en partie dû à ce qu'il n'existe pas de moyens légaux pour elle de le faire, ce système ne mettrait toutefois pas un terme à ce genre d'agissements mais en limiterait certainement la proportion. Une telle solution aurait pour dernier effet bénéfique d'assainir les relations diplomatiques entre les États, car il n'aurait plus à prendre parti et engager des actions perçues comme hostile par les autres États¹⁹¹.

Nous ne saurions accepter cette position qui revient tout de même à légitimer des actions illégales et illégitimes des entreprises multinationales dans certains États pour des raisons mercantiles. Il nous apparaîtrait plus intéressant d'essayer d'encadrer ce pouvoir effrayant dont dispose ces organes privées, qui ne sont quasiment plus soumis à aucun contrôle, plutôt que d'essayer de leur en reconnaître encore plus. Il est donc plus intéressant de chercher des instruments juridiques permettant de lutter contre ces agissements, plutôt

¹⁹⁰ Roberto Bruno, «Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis», *Loc. Cit.*, note 97

¹⁹¹ *Ibid.*

que de céder sous la menace de leurs répétitions. De plus, leur permettre de bénéficier d'une action directe au niveau international, reviendrait à les mettre au même niveau que les États, alors qu'elles n'ont de compte à rendre à personne si ce n'est à leurs actionnaires. De plus, ce type d'actions est déjà en vigueur, et nous avons démontré les risques et les dérives que cela peut occasionner dans le cadre l'ALENA. Il est donc essentiel de refuser cette approche.

La protection diplomatique ne devrait pas être reconnue aux entreprises, le risque et l'aléa font partie de l'activité économique, si ces entreprises sont décidées à quitter le territoire où elles sont apparues pour réaliser des marges de profit plus importantes, ou profiter d'une situation locale favorable, notamment l'existence de normes sociales basses, elles ne devraient pas pouvoir prétendre à une quelconque protection au niveau international. Cette approche leur permet d'être toujours gagnante quelque soit la situation, or, ce ne sont pas les principes intrinsèques du commerce. Cette conception de la protection diplomatique doit être abandonnée pour cette raison, et réservée aux seules personnes physiques, car il est impossible de déterminer la nationalité d'une entreprise selon des critères satisfaisants comme nous allons pouvoir le constater dès à présent.

2.2 Les lacunes des différents critères de rattachement lorsque appliqués aux entreprises multinationales

On peut aujourd'hui dire qu'il existe deux catégories de critères de détermination de la nationalité des entreprises. La première pourrait être appelée la catégorie des critères classiques de détermination, qui ont été développés au cours du XIX^e et du XX^e siècle pour des entreprises à caractère local. Mais dès que les activités ont commencé à s'internationaliser ces critères ont montré des faiblesses et carences (A), qui ont été mises à jour de manière décuplée lors de l'explosion des échanges internationaux, avec la multiplication des entreprises multinationales. La seconde catégorie de critères est apparue en réaction à cette insuffisance des critères classiques à appréhender la nationalité des entreprises multinationales. Cette catégorie pourrait être appelée la catégorie des critères modernes qui se focalisent sur l'étude particulière des entreprises multinationales (B). L'une comme l'autre de ses catégories ont en commun leur volonté d'établir un critère pertinent dans la détermination de la nationalité, mais elles ont l'une comme l'autre échoué dans cette démarche comme nous allons tenter de le démontrer.

2.2.1 L'inefficacité des critères classiques

Il existe en droit quatre critères classiques de détermination de la nationalité des entreprises. Le premier est propre à un système juridique particulier, il s'agit du critère de l'incorporation que l'on retrouve dans les systèmes de *Common Law*. Les autres sont plus utilisés par les systèmes dits «continentaux», et nous allons les étudier dans leur ordre d'apparition chronologique, car ils ont toujours répondu à des évolutions majeures du monde des affaires. Il s'agit du critère du centre d'exploitation, puis du critère du siège social et enfin du critère de contrôle

2.2.1.1 L'incorporation, une source de fraude

Nous avons donc énoncé que ce critère se retrouve dans la *Common-Law*, et notamment en Amérique du Nord. Aux États-Unis, le critère de l'incorporation a été développé dans un souci d'effectivité et de réalité qui caractérise leur système juridique. Il permet de résoudre assez rapidement les conflits de loi et de juridictions relatifs aux statuts et au fonctionnement de l'entité. Selon cette interprétation, une entité était considérée comme un national de l'État dans lequel elle s'était faite enregistrée¹⁹².

L'incorporation doit être mise en relation avec la théorie de l'«*artificial person*» pendant anglo-américain de la notion de personnalité morale qui a prévalu dans la première partie du XIX^e siècle, et donc avant la mise en place des formulaires d'enregistrement. Elle présente l'inconvénient de limiter l'existence de cette entité au territoire de l'État qui l'a créé, et pas à l'extérieur de ses frontières. Cette conception avait pour avantage de limiter le pouvoir de ces entités, et d'affirmer la supériorité du pouvoir de l'État, mais ne convergait pas avec les intérêts du milieu des affaires. Les États ont progressivement abandonné cette prérogative et ont petit à petit reconnu l'existence de ces entités à l'extérieur de leurs frontières.

Dans le cadre du critère de l'incorporation, le postulat de départ établit que la personne morale n'existe pas d'elle-même. Pour exister, la personne morale doit être reconnue et entérinée par une loi nationale. La personne morale dans ce système n'existe

¹⁹² Linda A. Mabry, «Multinational Corporations and U.S. Technology Policy: Rethinking the Concept of Corporate Nationality», (1999), 87, *Geo. L.J.*, p. 583

que par la loi qui lui donne naissance.¹⁹³ Elle dispose de cette reconnaissance, car ses fondateurs ont bien voulu se soumettre aux prescriptions édictées. En effet, seule la loi du pays où sont réalisées les formalités de constitution peut lui conférer sa personnalité. Comme nous l'avons vu, la personnalité morale est un élément direct de la nationalité, ou plutôt, la nationalité est un attribut de la personnalité morale. Dans la réalisation de ces formalités, la constitution ou l' « *incorporation* » de la compagnie ou corporation sera suivie d'un enregistrement de la compagnie à un registre spécial, qui permettra de la rattacher à un État et, incidemment, de désigner sa nationalité¹⁹⁴.

Le siège statutaire est un critère qui laisse beaucoup de liberté aux fondateurs de la compagnie. L'utilisation du siège statutaire, par un système de droit comme instrument permettant de déterminer la nationalité, permet aussi malheureusement aux fondateurs d'établir ou de choisir par avance la nationalité qu'il souhaite voir leur entité recouvrir.

Comme on a pu le voir, le critère de l'incorporation utilisé dans les pays de *Common Law* s'appuie pour l'essentiel sur la volonté contractuelle des parties, leur permettant de choisir la loi applicable à la compagnie. Le principe de l'incorporation a pour résultat de pousser à son paroxysme la conception contractuelle de la compagnie. Ainsi, les fondateurs sont libres ou non de constituer une personne morale, ils doivent aussi disposer du droit et du pouvoir de fixer eux-mêmes l'État de rattachement de la compagnie afin de déterminer la loi applicable.

Ce critère est donc paradoxal, il soumet à l'enregistrement toute création de compagnie, adoptant une approche institutionnelle de la compagnie, mais ne tirant pas les conséquences de cette position, il adopte une approche contractuelle dans le cadre de la détermination de la nationalité. Il est totalement possible aux fondateurs de placer leur entreprise dans un régime de droit afin d'échapper à des dispositions impératives édictées par l'État dans lequel elle dispose d'un véritable rattachement ou d'un rattachement effectif. Toutefois, c'est à leur risque et péril, comme se fut le cas pour les actionnaires belges dans le cadre de l'*affaire Barcelona Traction*. Le Canada n'a pas défendu comme il l'aurait pu la compagnie détenue par des capitaux belges, mais la multiplication des traités internationaux relatifs à la protection des investissements rend ce genre de situation peu probables aujourd'hui.

¹⁹³ Bernard Audit, *Droit international privé*, 3^{ème} Ed., Paris, Economica, 2000, p.910-911, n°1081

¹⁹⁴ André Tunc, *Le droit anglais des sociétés anonymes*, 3^{ème} Ed., Paris, Dalloz, 1987, p.48, n 37

Il est très difficile de lutter contre ces effets pervers du critère de l'incorporation. Une des solutions avancée réside dans la combinaison de ce critère avec d'autres éléments¹⁹⁵, et qui ont été développés dans les nouveaux critères proposés pour mieux appréhender les entreprises multinationales. Cette étude depuis le début ne vise pas à rechercher le critère le plus adéquat, mais au contraire à démontrer que ces critères ne sont pas efficaces dans la détermination de la nationalité. Pour le critère de l'incorporation, le constat est simple, il ne suffit pas à lui seul pour déterminer la nationalité, car il peut-être une source de fraude.

A titre d'exemple nous rappellerons l'*affaire Centros*¹⁹⁶ qui a permis à des individus d'exercer des activités sur le sol du Danemark, en fraude à la loi de cet État, en ayant constitué une compagnie au Royaume-Uni dont les lois sont moins strictes, ou bien encore l'affaire Tokios Tokeles. Cependant les critères continentaux ne sont pas plus efficaces dans leur recherche de la détermination de la nationalité.

2.2.1.2 Le centre d'exploitation pas nécessairement lieu de décision

Le critère du centre d'exploitation n'a pas connu de véritable reconnaissance jurisprudentielle en droit continental, il a toujours été rejeté par les Cours françaises.

Le critère de l'exploitation axe son étude et sa détermination sur l'aspect technique de l'entreprise. Ce critère estime que ce qui est le plus essentiel dans l'entreprise réside dans les manœuvres, et spécialement les techniciens et les ingénieurs, sans lesquels elle est dans l'impossibilité de fonctionner.

Il présente l'inconvénient majeur de mettre en avant l'aspect technique, à savoir le lieu où se réalise la production de l'entreprise, au détriment du centre des intérêts de l'entreprise. De plus, le système proposé présente un certain nombre de limites, les techniciens ne sont pas des opérateurs indépendants, ils ne décident pas de la politique de la société, et notamment sur la quantité de production à réaliser¹⁹⁷.

Dans le même temps, rien n'empêche la direction de décider de déplacer son unité de production dans un autre État, les techniciens ne pourraient pas en empêcher la survenance. Les techniciens reçoivent leurs directives de leurs supérieurs hiérarchiques, eux-mêmes étant le plus souvent situés dans les locaux du siège social de la société.

¹⁹⁵ Roberto Bruno, «Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis», *Loc. Cit.*, note 97

¹⁹⁶ Voir *supra* note 80

¹⁹⁷ *Ibid.*

Pour les entreprises multinationales, supposons que nous écartions les éléments relatifs à l'ordre hiérarchique, et donc aux aspects décisionnels de ce critère, force est de constater que cela ne suffirait pas à en faire un critère pertinent.

A l'heure actuelle, les entreprises multinationales délocalisent et déplacent parfois leur centre de production à plusieurs reprises en quelques années. Elles multiplient dans le même temps leur centre d'exploitation dans les pays en développement, afin de limiter leurs coûts et leurs frais de production qui sont générés entre autres par les transports, les taxes douanières et le coût de la main d'œuvre moins élevés dans ces États.

Ces délocalisations ne sont pas en tant que telles un problème, lorsqu'elles visent à produire sur place un bien pour réduire son coût de revient, et permettre une introduction rapide et harmonieuse sur le marché visé. Elles le deviennent, et implique la question de la loyauté et de la responsabilité sociale de l'entreprise, lorsqu'elles ont pour but unique de diminuer le coût de production du produit afin de pouvoir le réacheminer vers le marché que vient de quitter l'entreprise. La question du loyalisme de l'entreprise évoquée plus tôt dans notre étude réapparaît donc. Si l'entreprise dispose de multiples centres d'exploitation, et que ce critère était retenu pour déterminer la nationalité de l'entreprise, il serait nécessaire de procéder à un arbitrage afin de déterminer quel est le centre d'exploitation principal permettant de rattacher la nationalité.

Quid dès lors que les centres d'exploitation sont sensiblement semblables et présentent la même taille et la même production ?

Il apparaît évident que ce critère ne peut pas être retenu comme critère unique de détermination de la nationalité des entreprises multinationales en raison de sa nature trop mouvante et fluctuante.

Le critère du centre d'exploitation doit donc être écarté comme critère unique de détermination pour la raison principale qu'il ne représente pas le centre des intérêts de l'entreprise souvent identifié comme se trouvant au lieu du siège social.

2.2.1.3 Le siège social réel et sérieux

Le critère du siège social est le critère le plus utilisé par les cours des systèmes juridiques civilistes dans la détermination de la nationalité. Ce critère présente de nombreux avantages notamment sa facilité de détermination, et sa stabilité qui est une source de sécurité juridique. Pour les avantages qu'ils présentent, ce critère fait l'unanimité tant en

doctrine qu'en jurisprudence pour déterminer la nationalité de l'entreprise. Il présente néanmoins des lacunes que nous allons développer et étudier.

Ses éléments de qualification semblent être les seuls en mesure de fournir une sécurité juridique aussi bien aux membres de l'entreprise qu'aux tiers qui contractent avec elle dans la détermination de la loi applicable. Nous ne reviendrons pas sur la distinction entre *lex societatis* et nationalité.

La propension à l'hégémonie du siège social comme critère de détermination unique de la nationalité doit être contestée.

Le siège social réel et sérieux a été le critère retenu par la jurisprudence lorsqu'elle a été amenée à juger en matière de nationalité, et ce au détriment du siège social statutaire. Quelle différence existe-t-il entre les deux ?

Il s'agit du lieu du principal établissement, il implique, pour être déterminé, que le juge se soumette à une analyse prenant la forme d'une enquête afin de fixer objectivement le véritable siège social de la société, et non pas celui qui a été choisi par les fondateurs de la société. Mais des problèmes se font jour au moment de déterminer la composition des caractères réel et sérieux du siège social. Que mettre à l'intérieur de ces deux caractères sans dénaturer le critère du siège social ?

Nous estimons que l'interprétation de ces caractéristiques doit être stricte. Les composants du critère doivent s'entendre strictement, sans faire appel à des notions externes ou un des critères énoncés précédemment. Si le siège social devait intégrer des critères externes tels que le contrôle ou le centre d'exploitation, il serait alors dénaturé car il ne s'agirait plus alors du siège stricto sensu, et ne présenterait plus d'intérêt à être dénommé critère du siège social, mais sans une recherche pointue il s'apparente dès lors au siège social statutaire.

Les juges ont dû créer un critère en faisant usage de notions externes au siège, pour qu'il ait un tant soit peu de prise avec la réalité économique. Nous pouvons affirmer qu'ils ont estimé que le siège social devait présenter un caractère réel, soit non fictif, et sérieux, soit non frauduleux pour être valable.

Le caractère réel du siège social. Force est de constater que le caractère réel du siège social est difficile à établir¹⁹⁸, tant à la lecture des décisions y ayant trait la notion paraît fluctuante et ne revêt pas un habit unique. Le doyen Loussouarn estime « *que dans la dans la plupart des cas une question de fait inspire aux tribunaux leurs décisions sur le caractère*

¹⁹⁸ *Id.*, p. 18

réel ou non du siège social »¹⁹⁹. En d'autres termes, c'est au cas par cas que se détermine le siège réel, et en la matière, il est impossible d'établir des règles précises et définitives, tout étant question d'espèces. La jurisprudence recherchera donc si le siège n'est pas fictif, c'est-à-dire si l'entreprise dispose bien d'un local sur le territoire, et non d'une simple boîte aux lettres. Ainsi en vertu de cette jurisprudence, l'affaire Centros aurait connu une toute autre issue. Toutefois, il ne suffira pas d'avoir un siège social réel, il devra être sérieux.

Le caractère sérieux du siège social. Le second composant est le caractère sérieux du siège social que nous assimilons au siège non frauduleux. Les tribunaux rechercheront si la société a été établie dans un but de fraude à la loi nationale. En effet, les tribunaux vont rechercher l'existence d'un véritable lien entre l'entreprise et le pays d'installation, qui serait une justification au fait qu'elle est établie son siège social dans un autre État que celui du for où elle exerce l'essentiel de son activité. Si les fondateurs ont localisé le siège social de l'entreprise dans un État, où elle n'a a priori aucun lien de rattachement avec l'État d'accueil, ou aucune raison de localiser son siège social hors de l'État du for, il y aura présomption de fraude.

Attention toutefois, la fraude ne fera l'objet d'une sanction que lorsque les fondateurs seront dans l'impossibilité de fournir un quelconque motif légitime permettant de justifier de leur choix. Il est intéressant de noter que la jurisprudence pour constater ce lien adopte une conception large qui réutilise certains critères tel le centre d'exploitation²⁰⁰. Ici, aussi, nous n'avons pu établir de règles strictes et précises de détermination de ce caractère sérieux, tout est question d'espèces ce caractère étant tout aussi fluctuant que le caractère réel.

La critique du siège social comme critère unique de détermination. Nous avons déjà énoncé les critiques formulées par Pillet sur la notion de domicile et de siège social. Ainsi que l'analogie qu'il pouvait exister entre les deux, et l'influence néfaste que cela pouvait avoir sur l'existence de la nationalité. Pour abonder dans le sens de cette critique, nous soulignerons que, comme nous l'avons déjà évoqué, la nationalité se doit d'être principalement analysée comme un lien politique entre un État et une personne. Ce critère ne se suffit pas à lui-même, il doit utiliser des éléments externes pour être caractérisé. Cette situation qui n'est pas reconnue est à l'origine de lacunes diverses mises à jour par la jurisprudence.

Le siège social ne reflète pas la dimension complète de la nationalité. Le domicile ne constate pas l'existence de ce lien, il ne constate que la présence d'une personne sur un

¹⁹⁹ *Id.*, p. 21, n°185

²⁰⁰ *Id.*, p. 14

territoire délimité, soit le rattachement d'une personne à un lieu. M. L. Lévy estime que « *le domicile se caractérise par son unité et le fait que toute personne en a un : il n'en va pas ainsi de la nationalité* »²⁰¹. En effet, toute personne parce qu'elle est physiquement présente dans une zone géographique et spatiale qui lui permet de disposer d'un domicile en cet emplacement. En tant qu'individu, nous nous trouvons obligatoirement, matériellement et physiquement, dans un lieu géographique où nous évoluons et où nous vivons. Par conséquent, nous pouvons être présents physiquement dans un État sans en avoir pour autant la nationalité.

L'utilisation par la jurisprudence du siège social dans la détermination de la nationalité. Pour démontrer qu'il ne s'agit pas à lui seul d'un critère valable pour déterminer la nationalité de l'entreprise, nous nous pencherons sur la jurisprudence de la Cour de cassation française. Ces arrêts concernaient strictement des questions de droit relatives à la détermination de la nationalité de l'entreprise, et uniquement cette question. En ce sens ils sont hautement intéressants.

Nous constatons que dans tous ces arrêts, le critère du siège social est mis à mal en ce sens qu'il n'est jamais retenu de manière explicite comme le critère unique de détermination de la nationalité des sociétés, ces arrêts contrastent avec les décisions en matière de *lex societatis*. Le siège social y apparaît, à chaque fois, être la base de la solution mais il est toujours combiné à d'autres éléments qui limitent le sentiment de stabilité qui devrait logiquement l'accompagner et si souvent allégué.

On constatera, par ailleurs, que dans un cas, la Cour de cassation française ne se prononce pas directement sur la question de la nationalité en l'éluant tout simplement²⁰², ce qui nous pousse à penser que la Cour de cassation française est fortement gênée par une notion peu pratique qui l'oblige à s'en écarter en certains cas.

Dans l'affaire du Débarcadère de Cadix²⁰³, une société civile avait été fondée pour la construction du débarcadère et la Cour de cassation française avait estimé que l'entreprise dont l'acte avait été « *passé et rédigé en France, qu'elle est soumise pour les conditions de son existence et de sa liquidation éventuelle, aux règles de la loi française, qu'elle est régie par un conseil d'administration qui se réunit en France, que les contestations à naître entre les actionnaires ou entre la société et les actionnaires doivent être jugées en France, enfin*

²⁰¹ Laurent Lévy, *La nationalité des sociétés*, Op. Cit., note 42, p. 186

²⁰² Cour de Cassation, Civ 1, 28 mai 1963, Sté les Films Roger Richebé c/ Sté Roy Export Company et Charlie Chaplin, J.C.P., 1963, II, 13347

²⁰³ Cass. Civ., 20 juin 1870, *pré-citée*, note 146

que la société a fixé son siège social en France et que c'est à ce siège social qu'elle émet, répartie et négocie ses parts ou action au porteur. »

Dans cet arrêt, la Cour de cassation française énonce toute une série d'éléments qu'elle combine avec l'utilisation du critère du siège social. Ils lui permettent d'établir que la société était française et donc soumise à la taxe sur la transmission des titres d'action. Cette pioche dans divers indicateurs montre la difficulté pour la Cour de cassation française de trouver un critère unique qui ne serait pas biaisé, et la difficulté pour la Cour de cassation française d'établir une notion qui ressemblerait un tant soit peu à celle reconnue pour les personnes physiques. Dans cette affaire tous les éléments mentionnés convergent vers la France, mais la solution aurait-elle été différente si certains avaient convergé vers un autre État ? Existe-t-il une gradation entre eux et si oui laquelle ? Autant de questions sans réponse, ainsi le manque de stabilité flagrant qui résulte de cette position ne peut ici encore que nous encourager à chercher une autre voie que celle de la nationalité des entreprises, notion trop instable.

L'affaire de la *Soie artificielle de Calais*²⁰⁴ combine le critère du siège social avec celui du centre d'exploitation pour constater la nationalité française de la société. Rien d'étonnant jusque là, si ce n'est que la société était contrôlée par des anglais. Mais la Cour de cassation française relève que la société est intégrée à l'économie française et son siège social est situé sur le territoire français, il s'agit donc bien d'une société française. En l'espèce, la société la Soie artificielle de Calais (S.A.C.) avait acquis en 1925 un terrain qu'elle a loué aux sociétés Rey et Souchon. Mais la société S.A.C. ayant « *besoin du terrain litigieux pour édifier son usine* » a informé la société Rey de son souhait de ne pas renouveler le droit au bail de cette dernière. La société Rey a donc introduit une action en justice aux fins de voir déclarer la S.A.C. société étrangère et ne pouvant pas à ce titre bénéficier du droit de reprise prévue à l'art. 4 de la loi du 30 juin 1926. Cette solution est décevante puisqu'elle reconnaît une qualité nationale à une entité composée et contrôlée entièrement par des non-nationaux, ce simple constat en lui-même constitue une aberration, et le fait que la société soit intégrée à l'économie française ne justifie en rien l'attribution d'une nationalité française. La situation décrite se rapproche plus d'une notion d'allégeance économique que nous estimons être un concept plus approprié à celui de nationalité française.

Il apparaît ici clairement que la Cour de cassation française a écarté le critère du contrôle qui aurait irrémédiablement abouti à déclarer la société de nationalité anglaise. Elle opère donc

²⁰⁴ Cass. Req., 24 décembre 1928, Rey c/ Sté la Soie artificielle de Calais, J.C.P. 1929, I, p.121

ici une combinaison de différents critères, qui milite à notre sens pour la reconnaissance d'un concept d'allégeance économique dans lequel le critère du contrôle pourrait trouver sa place.

2.2.1.4 Le contrôle, notion trop fluctuante

Le contrôle prétend être essentiellement un critère pragmatique et réaliste par comparaison avec le critère du siège social qui ne reflèterait pas toujours la réalité économique²⁰⁵. Selon certains, le critère de contrôle tente de 'lever le voile' de la société que constitue le siège social et la personne morale sur le territoire de l'État²⁰⁶. Il essaie par ce biais de déterminer qui domine et dirige réellement la société. Selon ces auteurs, le siège social serait une façade qui permettrait aux personnes qui contrôlent l'entité de se cacher derrière cette construction juridique afin de préserver leurs intérêts, et ce, tout en bénéficiant des avantages fournis par la législation nationale²⁰⁷. Donc, il s'agit ici d'identifier quels sont les individus qui tirent vraiment avantage de l'entreprise.

Il n'est cependant pas possible de détacher la naissance de ce concept du contexte historique dans lequel il a commencé à se développer. En effet, comme le souligne le doyen Loussouarn, les hommes étant mus par leurs sentiments, il est dans l'ordre des choses qu'en temps de guerre ils aient pratiqué une discrimination envers les personnes d'origine de la nation ennemie, même si cela n'était pas toujours justifié²⁰⁸. Ce fut bien évidemment ce qu'il se produisit durant la première et la Seconde Guerre mondiale, et il apparut à ce moment nécessaire de savoir quelles entreprises étaient détenues par des ressortissants dits «ennemis». Ce souci de réalisme s'explique très bien par la période trouble dans laquelle le critère est apparu, il est d'ailleurs peu étonnant qu'il ait été instauré dans tous les États européens.

Mais cet usage avait été renforcé par la position des pouvoirs publics sur la question à l'époque. Ils avaient adopté un certain nombre de textes législatifs et de textes réglementaires. Mais à période spéciale, législations et solutions spéciales, qu'en est-il alors de l'usage de ce critère en dehors de ces périodes exceptionnelles?

Certains auteurs ont tenté de défendre la généralisation du critère de contrôle comme critère de détermination de la nationalité en dehors des périodes de guerre ; et plus

²⁰⁵ Jacques Béguin, « La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique », *Loc cit.*, p. 864

²⁰⁶ Yvon Loussouarn et Michel Trochu, « Nationalité des sociétés », *Loc. Cit.*, note 60, p.16

²⁰⁷ Jacques Béguin, « La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique », *Loc cit.*, p. 867

²⁰⁸ Yvon Loussouarn et Michel Trochu, « Nationalité des sociétés », *Loc. Cit.*, note 60, p.15

particulièrement au sortir de la Première Guerre mondiale. Cependant ce critère présente dès le départ un écueil, il se heurte aux conditions de sa détermination. De tous les critères énoncés jusqu'à présent, celui-ci est le plus instable et le plus fluctuant, en serait-il pour autant moins pertinent ? Qui ou que se cache derrière ce terme de contrôle ? S'agit-il des associés ? S'agit-il des dirigeants ou du gérant ? Des actionnaires dans les sociétés anonymes ? Du conseil d'administration ? De l'origine des capitaux investis dans la société ? Et la liste pourrait continuer longuement comme ça.

Alors quelles caractéristiques choisir ? À l'heure actuelle, la question n'est pas tranchée, d'ailleurs, nous pouvons légitimement nous interroger sur le fait de savoir si elle mérite de l'être. Il ne faut jamais perdre de vue dans l'analyse de ce critère, que le but fixé à cette notion est de lutter contre l'apparence de l'entreprise, elle implique donc l'analyse la plus précise de celle-ci et la recherche d'un maximum d'éléments. Là encore, ce critère ne nous paraît pas pertinent, et nous sommes contraints de nous rallier à la position qui énonce que le « *contrôle peut, alors s'apprécier en contemplation de la nationalité des dirigeants sociaux, des associés majoritaires ou de l'origine nationale des capitaux*²⁰⁹ ». Nous allons voir les éléments susceptibles de caractériser le contrôle pour réaliser que chacune de leur forme présente des inconvénients.

Chacune de ces formes de contrôle dans leur analyse présentent de nombreux inconvénients.

Le contrôle par des associés étrangers. Le contrôle des associés semble révélateur lorsqu'il concerne les entreprises de personnes qui ont un fort *intuitu personae*, comme nous l'avons déjà évoqué dans le cadre de la protection diplomatique. Mais peut-on dire qu'il en est de même dans les entreprises de capitaux où les titulaires de titres changent assez fréquemment ? Par exemple, nous pourrions envisager le cas d'un actionnaire qui détient 35% du capital de l'entreprise, et qui dans le même temps soit actionnaire majoritaire alors qu'il est d'une nationalité étrangère. Et nous pourrions supposer que les 65% restant seraient détenus par des titulaires locaux, comment alors arbitrer en faveur de la nationalité étrangère ou non de l'entreprise ? Les actionnaires soulèvent de véritables interrogations en droit interne, tant quant à leur détermination que sur l'importance qui doit leur être accordée.

En effet, même s'il est minoritaire, le nombre des actionnaires étrangers disposants de titre de sociétés admis sur les marchés réglementés va en augmentant. Il s'agit, la plupart du temps de fonds de pensions états-uniens ou japonais ainsi en France ces fonds

²⁰⁹ Jacques Raynard et Jean-Marc Mousseron, *Droit du commerce international : droit international de l'entreprise*, 2000, 2^{ème} Ed°, Litec, p.25 , n°43

détiendraient environ 35 % du capital des 40 plus grands groupes français. Cette situation n'est pas unique, elle se retrouve dans de nombreux États, et nous pouvons nous réjouir de la présence de ces investissements étrangers sur des territoires variés qui pallient le manque d'investissements locaux, mais les retours sur investissement qui sont souvent générés, quittent majoritairement le circuit national pour réintégrer le marché étranger dont sont originaires les investisseurs.

Un des effets néfastes, déjà mentionnés, réside dans la manière dont l'actionnaire procède à la gestion de ses intérêts. C'est en toute logique qu'il fait prévaloir son intérêt particulier, ce qui ne présente pas spécialement de problèmes, sauf lorsqu'ils vont se heurter à l'intérêt national comme c'est souvent le cas lorsqu'il souhaite procéder à des délocalisations pour augmenter les dividendes qu'ils vont percevoir. Ainsi, « *même si les capitaux n'ont pas à proprement parler de nationalité et si dans les sociétés anonymes les actions comptent plus que les actionnaires, la présence d'étrangers bouleverse des habitudes acquises et modifie les conventions et fonctionnement des personnes morales* »²¹⁰.

En matière d'actionnariat étranger, le critère de contrôle sera d'autant plus difficile à mettre en œuvre lorsque les actionnaires seront eux-mêmes des entreprises. Il faudra faire subir le même test aux entreprises qui sont actionnaires qu'à celle que l'on est en train de contrôler. Les tribunaux seraient donc obligés d'aller plus en avant dans leur recherche pour savoir si l'entreprise est ou non nationale. Et une fois de plus on fera face à la difficulté soulevée par le mode organisationnelle de l'entreprise multinationale, qui contribuera encore à affaiblir ce concept de nationalité des entreprises.

M. Levy par une critique pertinente a mis en avant la difficulté à établir qui contrôle la société²¹¹. A ce titre, il prend un exemple : le cas de deux entreprises qui à l'origine sont devenues partenaires dans le cadre d'une 'joint venture' ; puis elles ont créé une filiale commune. Qui en a le contrôle ? Cet exemple est fort intéressant, mais ici encore, on pourrait estimer que les tribunaux dans leur pouvoir d'appréciation pourrait se pencher sur la question de savoir si oui ou non l'exploitation de cette filiale est bénéfique pour l'économie locale ou si elle sert d'autres intérêts que ceux de l'État d'accueil. En fonction du résultat obtenu, le tribunal optera pour la reconnaissance ou non d'un rattachement à l'économie

²¹⁰ Yves Guyon, « Les actionnaires étrangers », Mélange offerts à Pierre Van Ommeslaghe, Bruylant, 2000, p.497, n²

²¹¹ Laurent Lévy, *La nationalité des sociétés*, Op. Cit., note 42, p. 28

nationale, cela ne signifie pas à notre sens l'attribution d'une nationalité, tout au plus un bénéfice pour une économie donnée.

Cependant, nous ne saurions rejeter le critère au nom des lourdes recherches qu'il implique. En effet, comme au début du XXe siècle et l'affirmation de Niboyet, nous estimons « *il serait d'une méthode dangereuse de se refuser à considérer un mal et à y remédier pour ce motif que la chose est difficile*²¹² », et le critère de contrôle demande un fort investissement en terme d'analyse et de recherche de la part des tribunaux et cours. Ceci nous paraissant tout à fait justifié eu égard à la nécessité de mettre à jour la réalité de l'entreprise et protéger l'intérêt national. Cette recherche pourrait être hautement nécessaire à l'établissement d'un rattachement à l'économie nationale d'un État. Il n'est donc pas question de s'en passer, et s'assurer du contrôle de son économie par un État est une des tâches essentielles à réaliser par les tribunaux et les cours.

On note que l'actionnaire étranger dispose aujourd'hui quasiment des mêmes droits que l'actionnaire local grâce aux traités internationaux. Cela s'explique aussi par la nécessité pour les économies locales d'attirer à elles les investissements étrangers. Certains pour soutenir cette situation argueront que l'État ne peut donc pas dans le même temps tenter d'attirer les investisseurs étrangers et les « *réduire à une portion congrue* »²¹³ quand il s'agit d'exercer leur prérogatives d'actionnaires. Mais il ne s'agit pas de les brimer dans cet exercice, mais simplement de mieux l'encadrer. Quoi qu'il en soit si les actionnaires jouent certes un rôle vital dans la vie de l'entreprise, les dirigeants ont pris de plus en plus de poids ces dernières années.

Le conseil de direction. On peut adopter le même raisonnement à l'égard des dirigeants de nationalité étrangère à l'État d'accueil de l'entreprise. Les dirigeants ne sont plus assurés de leur poste, et sont, ces derniers temps, dans les grandes sociétés souvent assis sur des sièges éjectables, ce qui n'est pas sans rappeler les transferts des grands entraîneurs dans le monde du football qui nt d'un club à un autre club au gré des résultats. De plus, les conseils d'administration et l'équipe dirigeante de l'entreprise sont de plus en plus cosmopolites. Comment alors s'appuyer sur la nationalité des dirigeants pour déterminer la nationalité de l'entreprise, quand ils sont soumis à des variations et mutations continues ? S'il ne permette pas de savoir la nationalité d'une entreprise, ils peuvent permettre de réaliser la volonté de rattachement à un État et de formations de ses nationaux.

²¹² Jean-Paulin Niboyet, « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », *Loc. Cit.*, note 20, p. 415, n°47

²¹³ Yves Guyon, « Les actionnaires étrangers », *Loc. Cit.*, note 210, p.499, n°3

L'étude de ce caractère doit contribuer à l'étude dans l'entreprise en question, mais en aucun cas ne saurait servir comme caractère de détermination du contrôle.

La recherche des intérêts nationaux qui profitent de l'activité des entreprises.

Mais les critiques vis à vis de ce critère ne s'arrête pas à cela. Dans leur volonté de défense du critère, certains auteurs avancent que par le biais du contrôle ils souhaitent mettre à jour quels intérêts nationaux l'entreprise privilégie²¹⁴. Ils ne veulent pas s'attarder uniquement sur les intérêts particuliers pour lesquels elle travaille, ils ne souhaitent simplement pas s'en tenir aux seuls actionnaires. Ainsi, ils vont « *rechercher, non pas au profit de quels intérêts particuliers elle travaille, mais au delà de ceux-ci, au profit de quels intérêts nationaux c'est à dire quel est l'État qui se trouve le bénéficiaire, indirect, peut-être, mais certain et final ; des activités de cette société, lesquelles s'insèrent dans l'économie générale de cet État.* »²¹⁵. Cette analyse est discutable, nous voyons que le contrôle ne permet donc absolument pas d'atteindre la stabilité et l'exclusivité que la nationalité implique. Il est pourtant considéré comme le concurrent du siège social dans la détermination de la nationalité²¹⁶. Mais au delà de sa difficulté de caractérisation il présente des inconvénients dans le cadre de son éventuelle utilisation, et les effets qu'elle peut présenter.

2.2.1.5 Les critiques formulées à l'encontre du critère de contrôle

Les critiques portent principalement sur deux axes : la négation de la personnalité morale qu'il opère et le respect de la théorie de l'apparence en droit des affaires.

L'atteinte à la notion de personnalité juridique de la société. Certains auteurs reprochent au contrôle, la négation de la réalité de la personne morale et le refus de reconnaître l'indépendance de l'entreprise vis à vis des personnes physiques ou morales qui la composent²¹⁷. Nous pensons qu'il est vrai que le critère de contrôle amoindri la force de la personnalité juridique attribuée à l'entreprise, mais on ne peut que s'incliner devant la réalité selon laquelle, cette personnalité est parfois utilisée abusivement comme un paravent qui permet de masquer d'autres intentions ou intérêts.

A ce titre, il suffit de prendre l'exemple de la situation pendant la Première Guerre mondiale où tout le monde estimait normal de procéder à ce type de recherche du contrôle des

²¹⁴ Jacques Béguin, « La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique », *Loc cit.*, p.868

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ Yvon Loussouarn et Michel Trochu, « Nationalité des sociétés », *Loc. Cit.*, note 60, p.11, n°67

²¹⁷ Cass., 1^{ère} civ., 30 mars 1971, CCRMA c/ MARM, Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé, 2001, p. 468

entreprises. Si on peut estimer qu'elle diminue la force de la personnalité juridique, il convient d'opérer une distinction temporelle composée de deux phases. Dans un premier temps, l'entreprise qui subit l'examen du contrôle voit une atteinte portée à sa personnalité juridique. Elle doit s'analyser comme une atténuation de la théorie de la personne morale. Deux possibilités apparaissent alors soit l'entreprise est effectivement considérée comme une société rattachée à une économie étrangère. Dès lors, la personnalité morale a fait l'objet d'une atteinte justifiée par la nécessité de mettre à jour le caractère étranger des personnes qui la contrôlent et donc de la possibilité de mettre à jour un rattachement à l'économie de l'État insuffisant. Mais, si suite à cet examen du contrôle, le rattachement à l'économie nationale est reconnu par les tribunaux ou les cours nous rentrons dans la seconde phase. Il apparaît alors que le concept de personne morale en ressort renforcé, suite à l'examen qu'elle subit, on confirme la séparation qui existe entre les personnes physiques et morales qui composent l'entreprise, et l'entreprise elle-même²¹⁸.

Mais ici, précisément, il ne peut pas être question de nationalité, puisque cette dernière découle de la personnalité juridique, nié la personnalité revient à nier la nationalité qui en est l'accessoire. Nous sommes donc tout à fait d'accord avec l'affirmation selon laquelle « *la notion même de nationalité ne se concilie pas avec le concept de contrôle* »²¹⁹. Si, effectivement, la notion de nationalité est concomitante à la personnalité juridique reconnue à l'entreprise, tout permet d'affirmer que la nationalité disparaît avec la personnalité juridique lorsque celle-ci fait l'objet de l'examen du critère de contrôle. Mais le critère du contrôle présente un autre inconvénient.

Le problème de la théorie de l'apparence dans les relations commerciales. M.

L. Lévy dénonce le peu de cas que le critère du contrôle accorde à l'apparence, or, en droit des affaires, l'apparence est une notion essentielle. Selon lui, cette indifférence risque de poser problème car elle est source d'insécurité juridique, spécialement pour les tiers qui eux ne peuvent se prévaloir que de l'apparence des choses.

Nous avons vu que la nationalité devait se distinguer de la *lex societatis*, le siège social restant le critère à retenir pour la *lex societatis*. Il n'apparaît plus de problème avec la notion d'apparence pour les tiers qui voient leurs droits et prérogatives sauvegardés par un critère stable en matière de *lex societatis*. Si dès l'origine, on opère cette distinction, les arguments relatifs au non respect des exigences de rapidité et de sécurité s'effacent d'eux-mêmes, puisqu'il s'agira la plupart du temps pour l'entreprise en question de demander le bénéfice de

²¹⁸ Cass. Req., 24 décembre 1928, *pré-citée*, note 204

²¹⁹ Yvon Loussouarn et Michel Trochu, « Nationalité des sociétés », *Loc. Cit.*, note 60, p.12

la nationalité de l'État d'accueil qui relèvera de la relation entre les pouvoirs publics et l'entreprise elle-même, seule l'entreprise sera réellement intéressée car elle prétendra à la reconnaissance de ses droits. Nous soulignerons à nouveau que là encore le concept de nationalité ne nous paraît pas le plus adapté au regard du résultat recherché à savoir le bénéfice de certaines prérogatives reconnues aux entreprises locales.

La doctrine favorable au critère de contrôle. La doctrine favorable au critère du contrôle peut être subdivisée en trois catégories²²⁰. La première regroupe ceux qui estiment que l'entreprise dispose d'une nationalité, mais elle devrait être déterminée sur la base de celles des associés ou des dirigeants. Nous ne pouvons que nous détacher de ce point de vue. Pour le coup, elle porte sévèrement atteinte au concept de personne morale, et vise à établir le critère de contrôle comme critère unique de détermination de la nationalité des entreprises, et ce malgré toutes les lacunes que nous avons évoquées. La seconde catégorie conteste l'idée même de nationalité des entreprises, et opère une distinction entre la recherche du droit applicable et la question de la jouissance des droits. La question de la jouissance des droits doit être déterminée au regard de la nationalité des personnes qui contrôlent l'entreprise.

Nous sommes ici aussi en désaccord avec cette analyse en ce qu'elle accorde une importance trop grande au rôle des personnes qui contrôlent l'entreprise. Nous acquiesçons cependant à la distinction opérée entre loi applicable et jouissance des droits. La question de la nationalité met en avant selon nous toujours une question de jouissance de droits.

Cependant, le mode de détermination de la jouissance des droits proposés ici ne nous convient pas en ce qu'il fait du critère de contrôle le critère unique de cette détermination une fois de plus. La troisième catégorie envisage de mêler le contrôle à d'autres critères, cela permet d'en nuancer les effets néfastes. Le critère de contrôle serait combiné avec le critère du siège social et du centre d'exploitation, voire avec d'autres éléments. Elle semble apporter la réponse la plus satisfaisante aux exigences de la détermination de la jouissance de certains droits, la pluralité de critères, utilisée pour le faisceau d'indices de cette détermination, permet au juge de coller à la réalité économique de l'entreprise. Nous nous rallions à cette analyse qui nécessite de gros effort d'appréciation et d'investigation pour les tribunaux et les cours.

De plus, elle permet de trouver un équilibre entre les différents critères qui ont été analysés, tout en utilisant les avantages qui en découlent et en écartant les inconvénients. Toutefois et comme indiqué à maintes reprises le caractère mouvant de cette détermination ne peut

²²⁰ Laurent Lévy, *La nationalité des sociétés*, Op. Cit., note 42, p.200, n°151

s'accorder avec le lien de rattachement exclusif nécessité par la nationalité, mais ce critère pourrait être très largement utilisé dans le cadre de l'établissement d'un concept de rattachement à l'économie d'un État.

2.3 Les critères modernes

2.3.1 Le critère du centre de décision

Comme le prétend son auteur, ce critère est le premier qui a pour but objectif de permettre d'aboutir à la détermination de la nationalité des entreprises multinationales²²¹. Il a été élaboré avec pour objectif de lutter contre le paradoxe inhérent aux entreprises multinationales. Ce paradoxe est constitué par la possibilité pour chaque entité de disposer de la personnalité juridique, leur permettant d'être considéré en droit comme des entités indépendantes, alors qu'elles sont en réalité regroupées dans le cadre d'une unité de fait.

Ce critère est assez simple à décrire, puisque son but est de permettre d'attribuer à chaque entité la nationalité du lieu où se trouve le centre de décision, c'est-à-dire le lieu où est déterminé la politique du groupe à l'international.

L'un des arguments favorables aux yeux du professeur Leben réside en ce que «la solution aurait l'avantage de lever l'ambiguïté qui s'attache au qualificatif de multinational attribué à ces groupes, en leur attribuant» une seule nationalité²²². Cet argument est intéressant au point de vue de la sémantique, mais dénote une confusion peu importante. Le terme de multinational ne signifie aucunement que l'entreprise dispose de plusieurs nationalités comme on pourrait être amené à le penser²²³, mais plutôt la possibilité pour l'entreprise de ne pas être dépendante d'un seul et unique marché, et de pouvoir réaliser sa production de par le monde.

Mais ce critère, bien qu'il soit construit et élaboré pour répondre à la structure particulière des entreprises multinationales est lui aussi insatisfaisant. Comme les autres ils se heurtent à un certain nombre d'obstacle en matière d'entreprises multinationales. La première difficulté résulte de ce que l'on entend mettre derrière ce terme de centre de décision. L'élaboration d'une définition n'est pas comme la description du critère, à savoir

²²¹ Berthold Goldman, in *Travaux du Comité français de droit international privé*, *Op. Cit.*, note 172, p.242

²²² Charles Leben, «La nationalité des entreprises», *Op. Cit.*, note 151, p. 218

²²³ Patrizio Merciai, *Les entreprises multinationales en droit international*, *Op. cit.*, note 183, p.29

simple, au contraire elle est difficile à établir puisqu'elle doit permettre de s'adapter aux évolutions de son objet d'étude²²⁴.

Dans les entreprises multinationales, à l'instar de leur structure organisationnelle complexe, la détermination du centre de décision est tout aussi complexe. Même si cette détermination peut sembler a priori assez aisée à réaliser au sein des petits groupes, où le centre de décision se confond la plupart du temps avec le siège social réel et sérieux de la société mère, la question est d'autant plus ténue dans le cas des grands groupes multinationaux qui multiplient les tentacules à l'horizontal et à la verticale²²⁵.

Ce critère dans sa volonté et sa recherche pour démasquer le donneur d'ordre est soumis à la possibilité qui lui est laissée de retracer la prise de décision. Cette possibilité est à son tour directement tributaire de la simplicité de la structure organisationnelle étudiée qui ne cesse d'évoluer d'année en année pour adopter toujours une structure plus efficiente mais pas nécessairement plus transparente.

Dans leur souci de toujours répondre un petit peu plus au besoin de leurs clients, il a émergé le besoin pour ces groupes internationaux d'être en mesure de mieux correspondre aux attentes des marchés qu'ils investissent, ou dans lesquels ils sont présents. Cette volonté de proximité s'est traduite par la création et la mise en place d'unité dite régionale qui permet d'avoir une meilleure information. Un peu à la manière des États, les entreprises multinationales se sont mis à décentraliser leurs activités et leurs prises de décisions²²⁶. Dès lors, les prises de décisions ne se sont plus opérées de manière unilatérale, mais par un processus d'envoi et de retour d'informations permanent. Ces bureaux régionaux disposent désormais de plus en plus de pouvoirs sans remettre en cause le pouvoir de la société mère, mais qui en morcelle grandement la constitution. Ils disposent d'une marge de manœuvre accrue, les directives provenant de la part du *head office* se résumant assez souvent à la détermination d'objectifs à atteindre à la fin de chaque trimestre ou semestre.

La question naturelle qu'il convient de se poser dans ce cadre précis concerne la prise en compte ou non de ces demi-centres de décisions dans l'établissement de la nationalité. Leur prise en compte implique nécessairement un affaiblissement du critère évoqué mais aussi une complexification du mode de détermination de la nationalité, qui entraîne obligatoirement un manque de clarté et de stabilité juridique²²⁷.

²²⁴ Charles Leben, «La nationalité des entreprises», *Op. Cit.*, note 151, p. 219

²²⁵ *Id.*, p. 220

²²⁶ Michel Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, *Op. Cit.*, note 142, p. 263

²²⁷ Charles Leben, «La nationalité des entreprises», *Op. Cit.*, note 151, p. 219

Il existe des cas où l'organigramme des participations ne correspond pas aux structures de pouvoir. Cela peut résulter de deux situations principalement, soit le centre de décisions est distinct de la société regroupant les participations, soit il n'existe pas un centre unique de décision, mais une pluralité de directions partielles²²⁸.

Le premier système décrit est assez fréquent au niveau communautaire. Les groupes constituent des *holdings* qui détiennent l'ensemble des participations du groupe au sein de systèmes juridiques qui disposent d'une législation fiscale attractive comme pour les Pays-Bas.

Cette *holding* qui est en théorie la société mère du groupe, peut en réalité ne pas représenter le lieu d'où les décisions sont prises, cette impulsion pourrait très bien provenir d'une entité représentant une filiale sur l'organigramme du groupe²²⁹.

La seconde hypothèse est aussi de plus en plus présente aujourd'hui, elle correspond à une volonté de décentralisation de certains pouvoirs qui peut résulter en une atomisation du centre de décision en des directions locales multiples.

Nous assistons aussi à l'émergence d'un nouveau phénomène qui consiste à combiner, voire imbriquer, deux grandes entreprises multinationales donnant lieu à la naissance d'une seule et unique entreprise multinationale qui dispose toutefois d'une direction bicéphale comme c'est le cas pour Shell-BP²³⁰. Parallèlement émerge une multitude d'accords dits confidentiels entre entreprises, qui aboutissent souvent à des partenariats ou des prises de capital mutuelles ; il en est de même pour les *joint ventures*. Toutes ces nouvelles formes de partenariat compliquent elles aussi de manière très importante la possibilité d'établir la nationalité de l'entreprise sur le fondement du critère du centre de décision. Les autorités états-uniennes en sont arrivées au point d'engager une réflexion sur la probable nécessité de modifier leur mode d'attribution de la nationalité pour le rendre plus efficace, et en particulier dans l'objectif de mieux soutenir leurs entreprises.

Nous en concluons que ce critère comme les autres est insatisfaisant et ne réussit pas à permettre de déterminer la nationalité de manière efficiente en contact avec la réalité économique.

Bien que l'on puisse avancer l'existence d'un centre prédominant en général, il doit être mentionné immédiatement ici que les systèmes des groupes se complexifiant, la possibilité de le déterminer devient de plus en plus difficile.

²²⁸ Michel Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Op. Cit., note 142, p. 263.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ *Id.*, p. 220.

2.3.2 L'« *economic commitment test* »

Les États-Unis en tant que première puissance commerciale mondiale, essaie plus ou moins de faire la pluie et le beau temps en matière juridico-commerciale. Mais la montée en puissance de l'Europe, et une dépendance accrue aux importations sino-japonaises, les a amené à repenser leur approche face à la nationalité des entreprises.

Ils sont bien souvent en avance en matière juridique, en particulier dans le domaine commercial, et sur la question des entreprises multinationales. Ils ont ainsi élaboré de nouvelles règles s'appliquant à de nouveaux programmes de développement technologique. Nous avons vu que la nationalité servait en droit international public essentiellement à l'utilisation par les États de la protection diplomatique, et notamment des investissements. Nous avons aussi vu que ce type de protection apparaît comme désuet et inefficace pour une partie des investisseurs, et il commence par être remplacé par de nouveaux instruments juridiques internationaux qui sont plus appropriés à la protection des investissements étrangers privés. Ces instruments ont été soutenus largement par les États-Unis dans le cadre de traités bilatéraux ou autres organismes internationaux. Mais au niveau interne, les États-Unis sont en train de modifier le rapport qu'ils entretiennent avec le concept de nationalité des entreprises²³¹. La nouvelle approche s'éloigne de l'utilisation de la nationalité pour des fins diplomatiques, et elle se recentre sur une utilisation interne qui veut la rendre plus efficiente dans l'attribution de fonds pour soutenir la compétitivité de l'économie états-unienne.

Dans une approche toujours très pragmatique, trois nécessités ont principalement façonné la perception de la nationalité qui prévaut aujourd'hui sur le sol des États-Unis. Les deux premières sont relatives à des motivations gouvernementales et politiques²³².

Le gouvernement a eu besoin d'assigner une nationalité particulière pour lui permettre de distinguer entre les nationaux et des étrangers. Le critère retenu a été altéré selon les situations auxquelles il avait à faire face. La seconde concerne la perception développée par le gouvernement sur les possibilités d'évolution, et la nature, du risque posé par la participation d'étrangers à l'économie nationale des États-Unis. Le troisième et dernier élément d'influence concerne les changements de points de vue judiciaires et législatifs sur la nature de l'entreprise. Les États-Unis comme les autres États se sont à l'origine appuyés sur ce concept de nationalité pour des objectifs de résolution de conflits de loi à l'origine

²³¹ Linda A. Mabry, «Multinational Corporations and U.S. Technology Policy : Rethinking the Concept of Corporate Nationality», *Loc. Cit.*, note 192, p.661

²³² *Id.*, p. 582

avant qu'il n'évolue vers ce que nous connaissons aujourd'hui. Ces conflits concernaient principalement les questions de savoir si ces entreprises étaient soumises aux lois états-uniennes ou si elles avaient le droit de prétendre au bénéfice conféré par des traités internationaux qui établissent des droits spéciaux pour les nationaux des parties contractantes.

Mais la mondialisation actuelle, et l'évolution de l'économie mondiale, ont apporté la nécessité d'appréhender ces situations sous un angle neuf. Le nouveau critère qui est proposé n'a pas une vocation à une utilisation universelle ou exclusive²³³. C'est un critère très spécifique destiné à un usage particulier, et c'est là son premier handicap, il n'a pas une vocation à s'appliquer à toutes les situations. Cela signifie qu'il faudra estimer à chaque fois au préalable si ce critère devra être appliqué ou non. Il vise principalement à être utilisé pour déterminer qui doit ou peut bénéficier de certains programmes adoptés aux États-Unis visant à soutenir le développement économique et technologique local.

A titre d'exemple prenons l' *US High Technology Policy Initiatives* dont l'un des objectifs est d'assurer aux États-Unis un retour sur investissement en matière de développement technologique. Selon l'auteur, la participation à ce programme devrait être limitée aux seules entreprises qui sont capables de faire des recherches dans des locaux basés aux États-Unis, et dont le résultat est utilisé pour une production, elle aussi, basée dans des locaux aux États-Unis et utilisant du matériel états-unien²³⁴.

Le nouveau critère proposé s'attache à quatre facteurs principaux, le premier est l'emplacement géographique des principaux actifs de l'entreprise (1) ; la nature de ces actifs (2) ; l'organisation structurelle de l'entreprise en axant la recherche sur ce qui influence le processus dans le sens qui correspond aux objectifs du programme en question (3), et enfin ; si l'entreprise est sujette au contrôle quelconque d'un gouvernement étranger (4).

Dans la recherche de la nationalité avec ce critère, il est essentiel que l'on procède à l'identification de la localisation géographique des principaux biens et actifs de l'entreprise. Il est aussi nécessaire de procéder à l'examen de leur nature dans chaque État où ils se trouvent. La localisation des actifs de l'entreprise peut fournir une mesure assez précise des avantages qui sont alors retirés par le gouvernement suite à l'activité de l'entreprise.

Au sens de cette étude, un programme destiné à soutenir l'emploi qui pour son octroi serait soumis à ce critère, permettrait d'établir si les entreprises entrent ou non dans son cadre en fournissant les éléments d'analyse sur la capacité de l'entreprise à créer des

²³³ *Id.*, p. 672

²³⁴ *Id.*, p. 593

emplois sur le territoire des États-Unis. Nous percevons immédiatement l'intérêt de ce type de mesure ; elles permettent d'accroître les productions annexes et les services aux alentours de l'entreprise, et donc d'augmenter encore l'emploi, tout en assurant par le biais des impôts des rentrées d'argent pour l'État et qui sont donc bénéfiques. Elle agit comme une locomotive, elle draine avec elle un cercle vertueux. Mais cette analyse est ardue. Il s'agit d'identifier le type d'actifs dont dispose l'entreprise dans le pays, et s'il s'agit de lieux de production, le résultat sera des créations d'emplois.

Il s'agit de comprendre la logique qui sous tend ce type de programmes de développement, une entité rentable contribue à l'accroissement de l'économie de l'État où elle opère en produisant des dividendes qui peuvent être réinvesti dans l'économie locale. Elle génère ainsi des rentrées dans les caisses de l'État, acquitter par le biais des taxes qu'elle sera amenée à acquitter.

Le critère de contrôle ne permet pas de mesurer avec autant de précision ces éléments. La nationalité des actionnaires ne permet pas de savoir quel État capture les profits en bout de ligne²³⁵. Cela est dû à deux raisons principalement : les actions sont échangées de plus en plus vite sur les marchés d'échanges internationaux. La nationalité de leurs titulaires peut donc changer aussi rapidement qu'elles sont échangées sur les marchés. Les individus tout comme les capitaux sont de plus en plus mobiles, et il existe une possibilité pour les actionnaires, ou titulaires de ces actions, de résider ou d'investir leurs dividendes dans des États autres que les États dont ils détiennent la nationalité.

Les défenseurs de la théorie selon laquelle les entreprises détenues et contrôlées par des citoyens états-uniens doivent être considérées comme des entreprises états-uniennes, avancent l'argument selon lequel elles seraient plus enclines à générer des bénéfices secondaires substantiels à la prospérité de l'économie états-unienne. A l'appui de leurs positions, ils évoquent de nombreuses enquêtes et chiffres fournis par le Département du commerce. Les faits et documents qu'ils présentent sont difficilement critiquables, mais il n'en reste pas moins qu'ils ne retranscrivent qu'une moyenne ou une somme de comportement, et ne peuvent concerner en aucune mesure toutes les entreprises étrangères ni toutes les entreprises détenues par des fonds états-uniens. Cette présentation est trop générale et trop tranchée dans sa prise de position, il est nécessaire qu'elle soit peaufinée et précisée pour devenir plus acceptable. De plus, la difficulté d'avoir des informations de qualité et précises sur qui détient les actions dans l'entreprise donnée semble être une gageure tellement le système états-unien est laxiste sur ce point. Il plane donc un doute sur

²³⁵ *Id.*, p. 589

la qualité des informations présentées et avancées, et la manière dont le Département du Commerce les a traitées et compilées.

La localisation géographique des principaux actifs et leur nature à chaque endroit permettent de déterminer le seuil d'engagement d'une entreprise à l'égard d'un État. Cette localisation peut permettre de déterminer si une entreprise est destinée à rester de manière durable dans un État. Cet élément est essentiel si le programme de soutien vise à utiliser et générer des bénéfices dans des opérations à l'échelle locale, le degré d'engagement de l'entreprise dépendra au regard de cette analyse de la nature des actifs dont dispose l'entité sur le territoire.

Au regard de ces informations, il est assez aisé de déterminer la probabilité de voir l'entreprise quitter ou non le territoire. Lorsque le montant des investissements qu'elle a réalisés sur le territoire est élevé, et qu'il lui serait extrêmement coûteux de délocaliser ou fermer l'usine, les risques de la voir quitter le territoire sont moindres. Une catégorie d'investissements a été établie sur la valeur de ces derniers, qui ont pour effet de réaliser une situation d'auto-enfermement appelé *locked-in* en anglais. Les économistes ont aussi analysé et identifié certains types d'investissements avec un caractère particulier, les *sunk-cost*. Ces investissements sont particulièrement difficiles à déplacer ou à transporter. Ils rangent dans cette catégorie les lieux et matériels de production qui ne sont pas évidents à déplacer ou à utiliser à d'autres fins que celles pour lesquelles ils ont été installés. Si l'on compare les investissements locaux et les investissements étrangers, ces derniers représenteront souvent un niveau supérieur d'engagement dû aux coûts supérieurs d'établissement sur un marché étranger représentés par le temps et les études qui ont précédé cette installation. Ils auront donc a priori moins tendance à quitter le territoire après une mauvaise opération, car ils espèrent un retour sur investissement qui les oblige à rester sur le territoire jusqu'à ce qu'il soit atteint.

Ainsi, pour les programmes où le maintien de l'investissement est d'une importance clé, le test de la nationalité devrait s'attacher à déterminer dans quelles mesures les actifs de l'entreprise sur le territoire seront maintenus, en étudiant ses possibilités de mobilité. De même, s'il constitue des opérations dans lesquelles des recherches complexes et poussées sont réalisées, ne pouvant pas être aisément réalisées ailleurs, alors la nationalité devra leur être reconnue.

Des économistes ont tenté de démontrer l'intérêt pour les entreprises de se comporter en «bon citoyen» sur les marchés où elles effectuent des opérations commerciales. Leur intérêt est évidemment financier, plus une marque renvoie une bonne

image, plus les consommateurs sont sensibles à acquérir ses produits. Une solide réputation de « bon citoyen » peut présenter de nombreux avantages, elle peut par exemple permettre d'augmenter le nombre de consommateurs ou d'investisseurs potentiels. Elle peut aussi permettre d'augmenter la capacité d'une entreprise à obtenir la mise en place d'une législation plus favorable par un gouvernement, il n'existe cependant aucune définition de ce que représente un bon citoyen.

Un autre élément d'information sur le rattachement particulier qui unit l'entreprise à un État réside dans la capacité de l'État à contrôler le comportement des entreprises et d'assurer le respect des exigences gouvernementales qu'il a établi. L'exercice par un État de son pouvoir souverain pour réguler, ou réglementer, l'économie et les autres activités à l'intérieur de ses frontières a pour effet d'empêcher, en principe, l'entreprise d'adopter tel ou tel type de comportement. De fait, plus la proportion d'actifs localisés dans un État donné est importante, plus le contrôle que l'État peut exercer sur les entreprises peut être grand. Mais cet argument est certes vrai en théorie mais on constate qu'en pratique les choses sont différentes. Les entreprises prennent un certain nombre de liberté avec les réglementations établies par les États, et notamment aux États-Unis²³⁶.

Enfin, le dernier élément concerne la question du contrôle que peut exercer sur l'entité établie sur l'État d'accueil. Pour déterminer ce degré de contrôle, il faut étudier la nature et la taille des actifs de l'entreprise, mais aussi ceux dont elles disposent dans les marchés étrangers.

Il est nécessaire de mesurer l'attachement de l'entreprise à l'étranger, des économistes ont proposé la prise en compte de ce qu'ils appellent le revenu par marché. Ils ont avancé qu'à partir de 40%, ou plus de vente, vers l'étranger une entreprise ne devrait plus être considérée comme états-unienne car elle opère autant à l'étranger, ce qui implique un intérêt moindre pour les États-Unis. Ce calcul a été contesté, car pour être représentative de la réalité, le calcul proposé devrait être proportionnel à la taille du marché interne. Les États-Unis représente 25% du marché mondial, il apparaît donc normal que les entreprises constituées aux États-Unis exportent plus de produits qu'elles n'en fournissent au marché intérieur. Tant que les exportations ne dépasseraient pas 75% au sens de l'analyse de ces économistes elles sont dans la norme imposée par le marché, et à ce titre devrait être considérées comme états-uniennes.

²³⁶ Editeur, "Corporate Crime and Punishment", *The Multinational Monitor*, Juillet-Août 1999, vol. 20, en ligne, <http://www.multinationalmonitor.org/mm1999/99july-aug/editorial.html>, consulté le 15 décembre 2006

Cette analyse est pourtant tout aussi critiquable car il est possible que l'entreprise en question réalise, par exemple, 80% de ses activités à l'étranger. Elle ne réaliserait donc que 20% de son activité sur son marché d'origine, mais si l'on prenait chacun des marchés pris de manière individuels, il serait possible qu'aucun d'entre eux ne dépasse 5% des activités de l'entreprise. Cela implique qu'elle n'ait avec aucun d'entre eux un lien de rattachement plus fort que celui dont elle dispose avec son marché d'origine. Il serait donc possible que l'entreprise soit rattachée fortement à son marché d'origine, car aucun des marchés étrangers pris individuellement ne dépasse le marché de l'État d'origine.

La mise en place de ces conditions a forcé l'administration états-unienne à dresser une liste des éventuels participants sur la base de la structure des actions qu'elle souhaitait mener. Elle a alors souhaité intégrer dans sa grille d'évaluation les alliances formelles et informelles passées avec des entreprises étrangères.

Le critère de l'engagement économique ne permet pas seulement d'avoir une vue plus réelle de l'industrie aux États-Unis, mais il amène aussi les entreprises à repenser leur lien national. Il est intéressant de voir que très peu d'entreprises se sont vues refuser l'accès à ces programmes. Cela s'explique par les conditions claires d'attribution des aides qui ont amené les entreprises à ne pas présenter de demandes car elles savaient qu'elle ne serait pas éligible à ces programmes.

Nous en déduisons que bien qu'il semble y avoir une acceptation croissante de l'idée que la nationalité de l'entreprise peut et devrait être déterminée par des considérations économiques, au moins par des considérations réalistes comme celles du lieu de production, ces initiatives mettent aussi en lumière qu'au sein des gouvernements ils continuent à flotter l'idée qu'une entreprise est obligatoirement liée à l'État dont les actionnaires ou ceux qui contrôlent les affaires sont les citoyens, et dans une moindre mesure, son pays d'incorporation.

Nous ne pouvons que saluer la volonté de ce critère d'adopter un postulat adéquat à la recherche de la nationalité, en soulignant que son critère doit être affinée et n'emporte pas notre conviction. Il est avancé qu'il devrait être utilisé systématiquement, et de manière plus souple, car sinon il aurait pour effet d'opérer des distinctions infondées entre les différents programmes de développement. Toutes les nouvelles réglementations établies sur les nouvelles technologies ont le même objectif, mais il en résulte que les règles précises de détermination de la nationalité diffèrent à l'intérieur et à l'extérieur de ces programmes. En effet, selon les dispositions en vigueur on s'appuiera encore sur les critères traditionnels, or,

l'approche générale devrait être basée sur la notion d'engagement économique plutôt que sur les critères traditionnels.

Ce critère, à nos yeux met en lumière la nature profonde du lien qui unit un État à une entreprise, ce lien est économique, il n'est pas politique, rien que l'on ne sache pas jusque là, mais, il nous permet de réaliser que l'entreprise est uniquement rattachée à une économie plutôt que d'être rattachée à un État comme le serait un individu.

Ce critère met en lumière que la détermination de la nationalité devrait, ou du moins, pourrait évoluer en fonction de l'objectif du texte ou du règlement duquel elle accorde le bénéfice. Toutefois la notion de nationalité ne devrait pas être déterminée par ce critère pour deux raisons principalement. La nationalité, premièrement, ne peut pas être un critère fluctuant, elle doit être stable puisqu'elle est censée matérialiser un lien exclusif qui existe entre son titulaire et l'État qui lui consent. Deuxièmement, l'adoption de la notion de nationalité résulte d'une erreur dans le cadre de son utilisation pour déterminer le bénéfice ou non d'un texte particulier. Ce qui est recherché est de retracer un lien de rattachement entre l'État et l'entreprise, qui se matérialise par l'attribution d'une nationalité, mais qui ne correspond pas forcément à l'objectif recherché par le législateur lorsqu'il met en place un texte, et comme le critère de l'engagement économique l'a démontré. Il est nécessaire de s'écarter d'une théorie erronée afin de se recentrer sur la réalité que l'on cherche à appréhender qui concerne la recherche d'un lien de rattachement adéquat et représentatif de cette réalité économique.

Il sera aussi noté que la détermination de la nationalité dans ces programmes diffère de celle adoptée dans le cadre des questions de défense, ou de sécurité nationale. Or, ces secteurs dépendent aussi de l'implication des investissements étrangers dans le secteur des nouvelles technologies aux États-Unis. Les lois et règlements des États-Unis qui ont trait à l'exportation des technologies destinées aux forces armées ou à la conclusion des contrats de défense, ainsi qu'aux politiques relatives aux investissements dans des entreprises impliquées dans des programmes d'armements vitaux, continuent à s'appuyer exclusivement sur les règles relatives au contrôle et à la nationalité des personnes qui sont derrière la personne morale. Ces approches différentes en matière de détermination de la nationalité des entreprises, selon le programme, pourraient résulter dans des anomalies comme des entreprises qui sont éligibles pour participer à un programme de recherche financé par le gouvernement, mais qui pourraient dans le même temps se voir refuser la participation à un contrat de défense. Le concept même de nationalité ne peut accepter une telle situation, une entreprise ne peut pas avoir une nationalité pour un programme, et une autre nationalité pour

un autre programme. Toutefois, dans l'esprit de ce critère il a été proposé un nouveau critère qui reprend quasiment les mêmes attributs.

2.3.3 Le test de participation socioéconomique substantielle

Un auteur²³⁷, au même titre que le Professeur Mabry, estime que la nationalité des entreprises doit être redéfini car les critères traditionnels de détermination de la nationalité ne sont plus appropriés à leur environnement.

Selon lui, le seul élément qui devrait permettre de déterminer la nationalité doit être recherché dans la territorialité de l'État afin de se soustraire à l'emprise croissante de la mondialisation. Il propose donc d'utiliser la localisation de la force de travail, rejoignant en cela le critère du centre d'exploitation que nous avons déjà étudié.

Pour que la nationalité soit ainsi reconnue à l'entreprise, il suffirait qu'elle ait une activité sur le territoire nationale qui génère de l'emploi lequel produit des richesses dans son sillage. Mais il va plus loin que le professeur Mabry car au-delà de l'octroi d'une aide financière substantielle dans un domaine spécifique, M. Cao propose que l'octroi de cette nationalité puisse générer une déduction fiscale pour son titulaire. Il suffirait pour en disposer de répondre aux conditions du critère de la participation socioéconomique substantielle qui aurait pour objectif d'analyser la qualité et les effets des investissements réalisés par l'entreprise dans l'économie de l'État considéré, peu important la véritable origine des fonds composant le capital de la société, ce qui compte est son résultat.

La clé du raisonnement ne consiste plus dans l'entreprise mais bien en ces employés, ainsi l'élément central de l'analyse a pour objet d'identifier la nationalité de l'entreprise par rapport à la main d'œuvre nationale qui aurait été maintenu pour l'essentiel sur le territoire. Il distingue deux degrés dans son utilisation de son critère, le premier concerne la détermination de la nationalité, le second concernant l'octroi d'une déduction suite à la reconnaissance de la nationalité, la ligne directrice résidant dans l'assurance que les échanges et les investissements réalisés à l'intérieur de l'État sont réellement bénéfiques.

La reconnaissance de la nationalité est donc désormais soumise à la démonstration de deux caractères, à savoir la substantialité de l'investissement ainsi que le caractère socioéconomique de cet investissement.

²³⁷ Lan Cao, «Corporate and Product Identity in the Postnational Economy: Rethinking U.S. Trade Laws», (2002), 90, *Cal. L. Rev.*, p. 402

Il ne s'étend pas sur les conditions de détermination de ces caractères, néanmoins il indique que concernant la substantialité elle pourrait être exprimée par pourcentage dans lequel le montant de la participation est comparé à la totalité des activités et des intérêts financiers de l'entreprise.

Si la réponse est positive, l'entreprise pourra prétendre au bénéfice et avantage accordés par la législation aux entreprises US. Mais il peut tout aussi s'agir d'un montant quantifiable à l'avance à partir duquel la participation est considérée comme suffisamment importante. A l'appui de son argumentation, il mentionne que les juridictions utilisent déjà les deux approches pour déterminer la substantialité d'un investissement sans avoir jamais dégagé de critères généraux puisque selon la jurisprudence chaque cas est particulier et doit être résolu au regard des faits de l'espèce. La preuve de la substantialité pourra être rapportée par la production d'éléments relatifs aux impôts, la production, le nombre d'employés, les activités locales nécessitant des biens immobiliers et des immobilisations importantes, le travail, les liens contractuels avec les fournisseurs locaux ainsi que le réinvestissement des fonds dans l'industrie locale et en recherche/développement.

Si l'entreprise ne caractérise pas la substantialité de son investissement, elle sera soumise à la réglementation applicable aux étrangers ainsi que les taxes qui les accompagnent. Par contre, si elle démontre le caractère substantiel de son investissement sur le territoire, elle sera considérée comme un national, et par suite exonérée des taxes généralement imposés aux entreprises étrangères. Mais M. Cao propose d'aller encore plus loin, et de permettre dans un second temps d'accorder à l'entreprise étrangère concernée un droit à réduction contre les diverses taxes dont elle aura été l'objet sur d'autres produits frappé de mesures de protection à leur entrée sur le territoire. Le montant de ses exonérations ne saurait toutefois être supérieur au montant de la participation totale dans l'activité locale de l'entreprise. Ce droit à déduction serait donc conditionnelle et conditionné par la démonstration de l'entreprise de la caractérisation de la substantialité et du caractère socioéconomique qui ne sont ni plus ni moins que les éléments proposés par le professeur Mabry auquel est ajouté le nombre d'employés sur le territoire.

L'avantage notable de ce test est de fonctionner en utilisant la règle du coût/avantage largement répandue et appréciée des agents économiques avec laquelle ils travaillent au quotidien. Cela faciliterait évidemment sa prise en compte par les entreprises, la question restant toutefois entière pour les organes et l'administration publics.

Nous ne pouvons toutefois que contester une fois de plus la pertinence d'un tel critère pour déterminer la nationalité. La première critique concerne le second effet de ce test qui viserait

à encourager l'investissement à un niveau socioéconomique en exonérant en contrepartie la production non locale. Cette proposition nous paraît dangereuse, car elle place les producteurs dans une situation discriminatoire et anticoncurrentielle. Un producteur uniquement installé aux Etats-Unis ne pourra jamais bénéficier de l'exonération qui est proposé pourtant il est profondément ancré dans l'économie de son pays, alors que dans le même temps ses produits seront directement concurrencé par des produits fabriqués à un coût moins élevé bénéficiant d'une exonération totale de taxes car une partie de la production aurait été réaliser localement.

De plus, ce critère de détermination introduit aussi des distorsions entre les États puisque la détermination résultera de l'histoire propre à chaque État et des priorités qu'il se fixe, là encore les État les moins développés économiquement seront désavantagés.

CONCLUSION

A la vue de tout ce qui vient d'être développé, il est possible de remettre en cause le concept même de nationalité des entreprises multinationales, et plus largement des personnes morales. Nous avons vu que la nationalité est un concept jeune à l'échelle des idées. Sa construction s'est articulée autour de notions intrinsèquement propres aux personnes physiques. Elle n'avait pas vocation à être transposée aux personnes morales.

La nationalité est une notion juridique qui trouve une application aussi bien interne qu'internationale, au niveau interne elle permet de reconnaître ou non la jouissance de certains droits qui seraient réservés par l'État à ses nationaux. Le mode d'organisation économique des personnes physiques qui s'est progressivement transformé pour adopter des structures élaborées, et donc des personnes morales, a amené logiquement la pratique et la doctrine à s'interroger sur le bénéfice de ces textes réservés aux nationaux par les personnes morales. Comme nous l'avons indiqué, cette question a été dévoyée par le fait que les tenants et les opposants à cette notion avaient une arrière pensée qui visait directement l'existence de la personne morale.

Cette position a vicié le débat, et les auteurs favorables à cette notion ont versé dans la facilité intellectuelle favorisant l'anthropomorphisme au détriment de l'établissement d'une véritable notion de rattachement économique propre aux personnes morales. Les entreprises ne satisfont à aucun des éléments nécessaires à l'attribution d'une nationalité qui sont principalement politiques et psychologiques, qu'une entité à objet entièrement économique ne peut pas détenir. L'inconscient populaire et les vastes campagnes publicitaires ne doivent pas nous faire oublier que les entreprises se voient reconnaître le statut de personne uniquement par un mécanisme juridique, ainsi Ronald Mc Donald, le petit bonhomme aux cheveux rouges n'existe pas, il n'est qu'un instrument marketing pour opérer une empathie envers l'entreprise.

Comme nous l'avons démontré, la personne morale dispose de certaines caractéristiques qui s'avèrent devenir des lacunes lorsque combiné avec le concept de nationalité des personnes physiques. Alors, grâce à une pirouette, il a suffi d'affirmer que la nationalité des personnes morales ne devait pas s'entendre comme totalement identique à celle des personnes physiques. Cette position fut finalement retenue, et elle a convenu jusqu'au premier problème majeur que fut la Première Guerre mondiale.

La doctrine et la pratique ont alors commencé à ressortir leur vieux doute quant à cette notion. Il est apparu alors un nouveau critère qui devait permettre de mieux déterminer cette nationalité, mais en réalité, et nous l'avons rappelé, ceci revenait à nier la personnalité morale opérée par la levée du voile corporatif. Cette méthode, ainsi que sa pertinence pouvait sérieusement être remise en cause quant à sa logique et ses effets. Mais une fois la Grande Guerre terminée, les choses sont rentrées dans l'ordre et nous sommes revenus au mode de détermination antérieur.

La notion telle qu'elle a été élaborée au départ visait uniquement à servir dans l'ordre interne pour octroyer le bénéfice de droits à des nationaux, mais elle s'est très vite propulsée au niveau international. La personne morale a été très rapidement adoptée par le monde des affaires, qui a réalisé ces activités à l'étranger par son biais. Des problèmes sont alors apparus sur la reconnaissance mutuelle des personnes morales, dont nous avons traité, et se sont retrouvés rapidement l'objet de conflits étatiques nécessitant la mise en place d'une protection diplomatique.

Cette protection diplomatique a évolué vers une protection des investissements où l'auteur n'a plus besoin de la protection de son État puisqu'il peut agir directement contre l'autre Partie au traité. Or, nous avons vu que les critères développés en droit interne par les États ne sont pas pertinents à un niveau international car ils ne sont justement pas représentatif du caractère exclusif et effectif de la nationalité. Ceci abouti souvent à des décisions trop favorables à l'investisseur au détriment de l'État en contradiction avec l'esprit du traité.

Cette situation est issue du caractère multinational de ces entreprises qui s'implantent dans différents États en respectant les règles de constitution de droit interne de ces États. Par des prises de participation croisées dans les différentes entités qui la compose, ces entreprises s'assurent de bénéficier en permanence de la nationalité de l'État concerné avec une entité locale et dans le même temps une nationalité étrangère par les entités qui la contrôlent.

Ceci résulte bien évidemment directement du mode de détermination de la nationalité par les critères classiques du siège statutaire, social réel et sérieux ainsi que du contrôle qui ne peuvent pas appréhender les entreprises multinationales dans leur globalité. Certains auteurs ont essayé de proposer de nouveaux critères plus modernes qui essaient pour leur part de prendre en compte ces changements pour être plus précis et efficace dans cette détermination. Nous pensons qu'aucun de ces nouveaux critères ne parvient pourtant à

la mission qu'il s'est assigné déportant la question à notre sens des critères de détermination de la nationalité au concept même de nationalité des entreprises.

Nous avons vu qu'à l'origine de l'adoption de cette notion, elle avait été confondue avec la *lex societatis*, dès lors la distinction opérée par la nationalité des entreprises perd une partie de sa fonction et ses attributions. Il ne lui reste que la détermination du bénéfice des droits accordés par un texte, or là encore il faut envisager un autre concept que celui de nationalité qui sera autrement plus efficace.

Il convient avant tout de changer de postulat, or celui adopté pour déterminer la nationalité vise à s'attacher à la structure ou au lieu de formation de l'entreprise en utilisant un des critères susmentionnés pour établir si un texte lui est ou non applicable.

Une autre méthode, plus logique, consisterait à partir du texte applicable pour déterminer les entreprises qui pourraient prétendre à son bénéfice. Nous estimons que pour opérer ce changement de paradigme, il est nécessaire d'exploser le concept de nationalité en plusieurs autres concepts plus précis et plus efficaces.

Nous avons tenté de démontrer tout au long de notre exposé que le paradigme actuel suit un raisonnement erroné depuis l'origine et inadéquat à la situation. Les auteurs partent de la nationalité qui sera attribuée ou non à une entreprise pour lui accorder l'application du bénéfice d'un texte. Ce raisonnement suit celui applicable aux personnes physiques, chez les personnes physiques, ce qui est unique c'est le lien de rattachement politique avec l'État, le statut personnel pouvant varier comme dans le cas de la *Common Law* où le domicile est retenu, or pour les entreprises, c'est le statut juridique qui est unique. Pour les personnes physiques, on s'appuie sur le lien qui existe entre l'État et l'individu pour en tirer les conclusions nécessaires à leur statut personnel, dans le cadre des entreprises cette réalité est inversée, puisque nous ne pouvons être certain uniquement que du statut juridique de l'entreprise, alors que la détermination du lien qui unit l'entreprise multinationale à l'État est plus énigmatique eu égard à la multitude de formes qu'elle peut adopter.

Il convient donc de modifier l'approche ici qui doit tendre vers un rapprochement de celle adoptée pour les personnes physiques, et qui consiste à partir des éléments stables et facilement déterminables pour avancer vers le flou. Ainsi, peu importe où une entreprise se situe ou opère, elle dispose d'un statut juridique qui exprime son rattachement légal à un pays, et qui correspond à la *lex societatis*. Nous avons expliqué ici les modes de détermination qui devraient être attribués à la *lex societatis*, et nous ne reviendrons pas dessus. Comme les autorités des États-Unis ont commencé à l'instiller, en matière d'entreprises multinationales il est nécessaire de partir de l'étude du texte que l'on souhaite

voir appliquer pour voir qu'elle peut être la manière de le rendre plus effectif en déterminant son objectif. Une entreprise de droit national pourra se voir selon les cas reconnaître le droit ou non de bénéficier de certains textes nationaux ou internationaux, et cette discrimination ne peut se faire qu'au regard du texte en question, et du lien de rattachement, à savoir ce que nous appellerons **le lien d'allégeance économique** qui existe entre l'État et l'entreprise.

Le lien d'allégeance économique serait un mode de détermination de l'investissement et des bienfaits de l'activité de l'entreprise visé qui serait déterminée en fonction de données objectives sur l'entreprise telles que celles qui ont pu être avancées par d'autres critères, mais qui s'accompagnerait d'éléments subjectifs en relation avec l'objectif du texte dont le bénéficiaire est sollicité.

Avec ce système l'État reprend les cartes en main, puisqu'il dispose d'un nouveau moyen de contrôle sur les entreprises qui vont être obligées d'adopter des comportements moins individualistes si elles veulent pouvoir prétendre au bénéfice de certaines mesures, elles seront alors nécessairement plus respectueuses du pouvoir de l'État.

L'État pourra dans le même temps mettre en place un système de gradation dans l'application des divers textes, qui aura pour effet de reconnaître ou non la possibilité de jouir des avantages accordés par les textes selon les circonstances. Et dans cette situation, il ne sera plus choquant de voir une entreprise bénéficier d'un texte et pas d'un autre, car il ne sera plus question de nationalité mais d'allégeance économique dans un domaine d'activité donnée qui sera atteint ou pas.

Si notre étude portait sur les entreprises multinationales, ses conclusions doivent être également retenues pour toute entreprise ou entité, qu'elle soit de personnes ou de capitaux, multinationale ou locale. Une entreprise présente intrinsèquement toutes les caractéristiques des entreprises multinationales, d'ailleurs, toute entreprise qui se constitue est potentiellement susceptible de devenir un jour une entreprise multinationale, pour toutes ces raisons il est nécessaire de leur appliquer ce nouveau concept de l'allégeance économique.

Mais, malgré notre recherche et notre enthousiasme à travailler sur ce sujet, nos conclusions ne sont pas optimistes car d'une certaine façon nous ne sommes pas dupes d'une situation qui est des plus inquiétantes. Le critère de l'allégeance économique que nous mettons en avant n'emporte pas totalement notre satisfaction, et cela notamment suite à l'influence de deux éléments l'un interne, l'autre externe.

Le critère de l'allégeance économique est un critère excessivement complexe, il doit prendre en compte tout un ensemble de facteurs qui varient selon les textes envisagés et

doivent être soumis au juge pour que ce dernier dispose de l'image la plus nette possible de l'entreprise qui se trouve en face de lui. Cette complexité est l'élément interne qui vient atténuer l'enthousiasme que nous portons pour ce critère. L'analyse de tous ces éléments est bien évidemment nécessaire eu égard à l'objectif poursuivi, et souvent les sommes qu'il implique, mais nous sommes aussi conscients que cet exercice nécessite beaucoup de temps, d'énergie, d'argent et des magistrats extrêmement bien formé et spécialistes des questions. Or il s'agit d'un luxe que nombre de systèmes juridiques ne sont pas en mesure de s'offrir.

La complexité du critère que nous venons d'évoquer découle directement de l'objet qu'il tente d'appréhender, l'entreprise multinationale, il s'agit ici de l'élément externe, et à notre grand regret, le critère de l'allégeance économique ne nous apparaît que comme un palliatif à un problème beaucoup plus vaste qui est celui du contrôle que peut exercer l'État sur les entreprises multinationales.

Le rejet du concept de nationalité des entreprises permet tout d'abord de clarifier une situation floue, mais aussi de redonner un peu du contrôle que l'État avait perdu au profit de ces entreprises. Mais il ne s'agit que de l'arbre qui cache la forêt, et il s'agit à notre sens du véritable défi auquel devront faire face les juristes du XXI^e siècle.

L'entreprise multinationale dans son fonctionnement actuel, ainsi que dans sa structure, remet en cause tous les systèmes et toute l'architecture juridiques qui a été établi jusqu'à présent. Le principal effet de l'activité de l'entreprise multinationale est de remettre en cause l'État et son autorité, et même de le défier dans certains cas. Aucune autre institution n'a bafoué de manière aussi ouverte et répétée les règles élaborées et établies par l'État, et, une fois n'est pas coutume, les exemples les plus flagrants se trouvent en Amérique du Nord. Ainsi, aux États-Unis de nombreux groupes multinationaux ont été condamnés de manière assez fréquente et régulière à verser des amendes pour la réalisation d'infractions par des cours, ou à verser des indemnités dans le cadre d'arrangement hors cours.

Si dans une certaine mesure ils ont payé des amendes ou des indemnités au sens de la loi, il n'en reste pas moins un respect assez bas des standards légaux en vigueur. Leur paiement des amendes ne signifie en aucune mesure que ces derniers se soumettent aux règles établies, au contraire, ils estiment être au-dessus de ces règles car ils disposent d'assez de fonds pour acquitter les amendes, et, fondamentalement ils pensent être indispensables à l'économie du pays ce qui leur confère un pouvoir important sur les gouvernements.

Il s'agit du premier problème auquel font face les juristes, et il concerne l'ordre interne des États. A partir du moment où une règle, particulièrement pénale, n'est plus contraignante et préventive, elle n'a plus vraiment de raison d'être, son rôle étant principalement d'obliger l'agent à se conformer à un comportement déterminé.

Le second problème auquel font face les juristes se situe au niveau international. Alors que les entreprises multinationales se trouvent et agissent à un niveau international, les règles auxquelles elles sont soumises sont dans leur ensemble des règles nationales, ou tout au plus régionales. Ceci leur permet comme nous l'avons évoqué d'affaiblir les ordres juridiques nationaux, et ainsi de s'attaquer directement à l'autorité de l'État. Par ce biais, elles s'attaquent à l'État lui-même qui est la base de tout système juridique connu aujourd'hui, aussi bien au niveau national qu'international. L'État est la source du droit international tel qu'on le connaît aujourd'hui, or, à partir du moment où un opérateur quelconque sort du champ de soumission à l'État, c'est tout le système qui peut être remis en cause, puisqu'il repose justement sur ce pouvoir de l'État.

Nous pensons que l'une des solutions pour l'avenir consisterait bien évidemment à discuter d'instruments juridiques plus contraignants à l'encontre des entreprises multinationales, mais aussi de réfléchir à la reconnaissance de la personnalité morale du groupe qui pourrait permettre d'engager sa responsabilité à une autre échelle.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

I. DOCUMENTS OFFICIELS.

Conseil de l'Europe, *Règlement 2157/01 du Conseil du 08 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne*, [2001], J.O. L.294/01, p.1-21.

II. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS

ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, 4^{ème} éd., Coll. « Les grands arrêts », Paris, Dalloz, 2001, 820 pages.

ARBOUR J.-Maurice, *Droit international public*, 2^{ème} éd., Cowansville, Yvon Blais, 1992, 514 pages.

AUDIT Bernard, *Droit international privé*, 3^{ème} éd., Coll. « Droit Civil », Paris, Economica, 2000, 973 pages.

BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, *Traité de droit international privé*, Tome 1, 8^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1993, 656 pages.

BÉLANGER Michel, *Institutions économiques internationales*, 5^{ème} éd., Coll. « Droit international », Paris, Economica, 1992, 177 pages.

BELIARD Géraldine, RIQUIER Éric et WANG Xiao-Yan, *Glossaire de droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, 289 pages.

BERNARD Yves, COLLI Jean-Claude et WALRAFEN Thierry, *Dictionnaire économique et financier*, 3^{ème} éd., Paris, Seuil, 1981, 1342 pages.

BOUREL Pierre et LOUSSOUARN Yvon, *Droit international privé*, 7^{ème} éd., Coll. « Précis Dalloz. Droit Privé », Paris, Dalloz, 2001, 832 pages.

CARREAU Dominique, *Droit International*, 5^{ème} éd., Paris, Pedone, 1997, 664 pages.

CHARLESWORTH John *et al.*, *Charlesworth & Morse Company Law*, 14^{ème} éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1991, 896 pages.

CHATILLON Stéphane, *Droit des affaires internationales*, 2^{ème} éd., Coll. « Gestion internationale », Paris, Vuibert, 1999, 295 pages.

COMBACAU Jean et SUR Serge, *Droit international public*, 3^{ème} éd., Coll. « Domat droit public », Paris, Montchrestien, 1997, 799 pages.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 4^{ème} éd., Paris, Presse Universitaire de France, 2003, 925 pages.

DAILLIER Patrick et PELLET Alain, *Droit international public*, 7^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 2002, 1511 pages.

DELEBECQUE Philippe, JACQUET Jean-Michel, *Droit du commerce international*, 3^{ème} éd., Coll. « Cours Dalloz, Série droit privé », Paris, Dalloz, 2002, 500 pages.

DESPORTES Frédéric et LE GUNEHEC Francis, *Le nouveau droit pénal*, Tome 1, 9^{ème} éd., Coll. « Corpus Droit privé », Paris, Economica, 2002, 1033 pages.

DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, 3^{ème} éd., Coll. « Précis Dalloz, Série droit public », Paris, Dalloz, 1995, 590 pages.

EMANUELLI Claude, *Droit international public: les fondements, les sources, les États*, Tome I, 2^{ème} éd., Coll. « La collection bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 1993.

GIRARD Paul Frédéric, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2^{ème} éd., Paris, Rousseau, 1898, 1088 pages.

GOLDSTEIN Gérald et GROFFIER Ethel, *Droit international privé*, Tome 1, Coll. « Traité de droit civil », Cowansville, Yvon Blais, 1998.

GOLDSTEIN Gérald et GROFFIER Ethel, *Droit international privé*, Tome 2, Coll. « Traité de droit civil », Cowansville, Yvon Blais, 2003.

GROFFIER Ethel, *La réforme du droit international privé québécois*, Cowansville, Yvon Blais, 1993.

GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean, *Lexique des termes juridiques*, Serge GUINCHARD et Gabriel MONTAGNIER, dir., Coll. « Lexique », 10^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1995, 583 pages.

GUYON Yves, *Droit des affaires*, Tome 1, Coll. « Droit commercial général et société », 11^{ème} Ed., Paris, Economica, 2001, 1050 pages.

HARRIS David John, *Cases and Materials on International Law*, 4^{ème} éd., Londres, Sweet et Maxwell, 1991, 1040 pages.

HEUZÉ Vincent et MAYER Pierre, *Droit international privé*, Coll. « Précis Domat. Droit privé », 7^{ème} Ed., Paris, Montchrestien, 2001, 729 pages.

MENJUCQ Michel, *Droit international et européen des sociétés*, Coll. « Précis Domat. Droit privé », Paris, Montchrestien, 2001, 449 pages.

MARTEL Maurice et MARTEL Paul, *La compagnie au Québec : les aspects juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004.

MESTRE Jacques et PANCRAZI Marie-Eve, *Droit commercial*, 26^{ème} Ed., Coll. « Manuel », Paris, L.G.D.J., 2003, 1055 pages.

MOUSSERON Jean-Marc et RAYNARD Jacques, *Droit du commerce international : droit international de l'entreprise*, 2^{ème} Ed., Paris, Litec, 2000, 446 pages.

NIBOYET Jean-Paulin, *Manuel de droit international privé*, 2^{ème} éd., Paris, Recueil Sirey, 1928, 1043 pages.

NIBOYET Jean-Paulin, *Cours de droit international privé français*, 2^{ème} éd., Paris, Recueil Sirey, 1949, 694 pages.

OHMAE Kenichi, *The Borderless World: Power and Strategy In The Interlinked Economy*, New-York, Harper Business, 1990.

OPPETIT Bruno, *Droit du commerce international*, 1^{ère} éd., Coll. « Thémis, Textes et documents », Paris, Presses Universitaires de France, 1977.

PILLET Antoine, *Des personnes morales en droit international privé*, Bordeaux, Recueil Sirey, 1914, 434 pages.

PILLET Antoine, *Traité pratique de droit international privé*, Tome 2, Paris, Tenin, 1924.

RIPERT Georges et ROBLOT René, « *Traité de droit commercial* », Michel GERMAIN, dir., Tome 1, vol. 2, 18^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 2002, 760 pages.

SALEILLES Raymond, *De la personnalité juridique : histoires et théories; 25 leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, 2^{ème} éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1922, 684 pages.

SALMON Jean, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 pages.

SIROËN Jean-Marc, *Relations économiques internationales*, Coll. « Amphi économie », Paris, Bréal, 2002, 240 pages.

SZRAMKIEWICZ Romuald, *Histoire du droit des affaires*, coll. « Domat droit privé », Paris, Montchrestien, 1989, 343 pages

TUNC André, *Le droit anglais des sociétés anonymes*, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1987, 359 pages.

III. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, RAPPORTS

ANDREFF Wladimir, *Les multinationales globales*, Coll. « Repères », Paris, La Découverte, 2003, 123 pages.

BAUCHET Pierre, *Concentration des multinationales et mutation des pouvoirs de l'État*, Coll. « CNRS Économie », Paris, CNRS Editions, 2003, 105 pages.

BOUCHARD Charline, *La personnalité morale démythifiée*, Coll. « Les presses de l'Université Laval », Laval, LGDJ, 1997, 312 pages.

CANAL-FORGUES Éric, *Le règlement des différends à l'OMC*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, 195 pages.

CASTEL Jean-Gabriel, *Extraterritoriality in International Trade: Canada and United States of America Practices Compared*, Toronto, Butterworth's Toronto & Vancouver, 1988, 300 pages.

CHAMPAUD Claude, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Thèse de doctorat en droit, Université de Rennes, Coll. « Bibliothèque de droit commercial », Paris, Librairie Sirey, 1962, 349 pages.

CHARVIN Robert, *Relations internationales, droit et mondialisation*, Coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2000, 344 pages.

DEZALAY Yves, *Marchands de droit : La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Paris, Fayard, 1992, 293 pages.

DIVERS, *Le livre noir du capitalisme*, 3^{ème} éd., Paris, Le Temps des Cerises, 2001.

FOLSOM Ralph H., *Accord de libre-échange nord-américain*, Coll. « Études internationales », Paris, Pedone, 2004, 156 pages.

KUUSI Juha, *The Host State and the Transnational Corporation : an Analysis of Legal Relationships*, Westmead, Saxon House, 1979, 177 pages.

LANKARANI-EL ZEIN Leila, *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international*, Coll. «De droit international», Bruxelles, Bruylant, 2001, 572 pages.

LAZARUS Claude *et al.*, *L'entreprise multinationale face au droit*, Berthold GOLDMAN et Phocion FRANCESKAKIS, dir., Coll. « Recherche de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris », Paris, Litec droit, 1977, 453 pages.

LEBOULANGER Philippe, *Les contrats entre états et entreprises étrangères*, Coll. «Droit des affaires et de l'entreprise», Paris, Economica, 1985, 354 pages.

LEVET Jean-Louis et TOURRET Jean-Claude, *La révolution des pouvoirs Les patriotismes économiques à l'épreuve de la mondialisation*, Lonrai, Economica, 1992, 217 pages.

LÉVY Laurent, *La nationalité des sociétés*, Berthold GOLDMAN, dir., Coll. « Bibliothèques de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1984, 319 pages.

MICHEL Raymond, *Le contrôle économique des sociétés et ses rapports avec leur nationalité*, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris, Poitiers, 1923, 200 pages.

PATAUT Étienne, *Le principe de souveraineté et conflits de juridictions (études de droit international privé)*, Tome 298, Coll. «Bibliothèque de droit privé», Paris, LGDJ, 1999, 517 pages.

SAMPSON Anthony, *ITT, L'État souverain*, coll. « Histoire et Actualité », Paris, Alain Moreau, 1973, 471 PAGES.

SIMONART Valérie, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Coll. « Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles », Bruxelles, Bruylant, 1995, 670 pages.

WEIL Patrick, *Qu'est ce qu'un français ? Histoire de la nationalité française de la Révolution à nos jours*, Paris, Grasset, 2002, 480 pages.

IV. ARTICLES, CHRONIQUES, NOTES, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS DE JURISPRUDENCE

AFILALO Ari, « Towards a Common Law of International Investment: How NAFTA Chapter 11 Panels Should Solve Their Legitimacy Crisis », (2004), 17, *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.*, p.51-96.

AKZIN Benjamin *et al.*, « La sociologie de la nationalité », dans *La nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, Paris, Sirey, 1933, p.4-23.

BASTID Suzanne *et al.*, « La nationalité des sociétés et la protection diplomatique », dans *Travaux du Comité français de droit international privé 1966-1969*, Paris, Dalloz, 1971, p.247-265.

BATIFFOL Henri *et al.*, « Le changement de nationalité des sociétés », dans *Travaux du Comité français de droit international privé 1966-1969*, Paris, Dalloz, 1971, p.65-90.

BÉGUIN Jacques *et al.*, « Peut-on remédier à la complexité croissante du Droit ? », dans *Mélanges Henry Blaise*, Paris, Economica, 1995, p.1-21.

BÉGUIN Jacques *et al.*, « La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique », dans *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Mélanges en l'honneur de Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p.859-881.

BÉGUIN Jacques *et al.*, « Un texte à abroger : la loi du 30 mai 1857 sur la reconnaissance des sociétés anonymes étrangères », dans *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXème siècle, Mélanges en l'honneur de C. Champaud*, Paris, Dalloz, 1998, p.1-.

BÉGUIN Jacques *et al.*, « La difficile harmonisation européenne du droit des fusions transfrontalières », dans *Propos impertinents de droit des affaires Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Paris, Dalloz, 2001, p.19-41.

BEKHECHI Mohammed Abdelwahab, « Droit international et investissement international : quelques réflexions sur des développements récents », dans *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p.109-124.

BELDERBOS René, JIE-A-JOEN Clive et SLEUWAGEN Leo, « Local Content Requirements, Vertical Cooperation, and Foreign Direct Investment », (2002), 150, *De Economist*, p.155-180.

BERTREL Jean-Pierre *et al.*, « Le débat sur la nature de la société », dans *Droit et vie des affaires Mélanges Alain Sayag*, Paris, Litec, 1997, p.131-145.

BÉZARD Pierre *et al.*, « La mondialisation, la crise des marchés financiers et l'évolution de la réglementation applicable aux sociétés », dans *Aspects actuels du droit des affaires Mélanges Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p.83-113.

BISCHOFF Jean-Marc, « Aspect de droit international privé », (2002), 73, *Les Petites Affiches*, p.43-47.

BLAISE Jean-Bernard *et al.*, « Une cohabitation difficile : nationalité et libre établissement dans la communauté européenne », dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^{ème} siècle, Mélanges en l'honneur de P. Kahn*, Paris, Litec, 2000, p.585-598.

BOULOUKOS Marios, «Le régime juridique de la société européenne (SE) : Vers une société européenne ' la carte'? », (2004), 4, *Revue de Droit des Affaires Internationales*, p.489-517.

CALZOLARI Giacomo, « The Theory and Practice of Regulation with Multinational Enterprises », (2001), 20, *Journal of Regulatory Economics*, n°2, p.191-211.

CAO Lan, «Corporate and Product Identity in the Postnational Economy: Rethinking U.S. Trade Laws », (2002), 90, *Cal. L. Rev.*, p.401-484.

CARBONNIER Jean, « Il n'y a plus une définition dans la maison du droit », (1990), n°11, *Droits*, p.5-9.

CARPENTIER Chantal, « Le principe mythique des nationalités : tentative de dénonciation d'un prétendu principe », (1992), *Rev. B. D. I.*, p.351-389.

CHIFOR George, « Caveat Emptor: Developing International Disciplines for Deterring », (2002), 33, *Law & Pol'y Int'l Bus.*, p.179-282.

CRÉPEAU François *et al.*, « La difficile insertion de l'État de droit dans le paradigme de la mondialisation », dans *Mondialisation et État de droit*, MOCKLE Daniel, dir., Bruxelles, Bruylant, 2002, p.399-411.

CRÔNE Richard *et al.*, «La loi applicable aux pouvoirs des dirigeants de sociétés étrangères », dans *Travaux du Comité Français de Droit international privé 1998-2000*, Paris, Pedone, 2001, p.243-269.

DABBAH Maher M., « The Internationalisation of Competition Law and Multinational Enterprises as Non-State Actors in the Process», (2003), 3, *Non-State Actors and Int'l Law*, p.201-213.

De GEOUFFRE de LA PRADELLE G. *et al.*, « Nationalité française, extranéité, nationalités étrangères», dans *Mélanges Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, p.135-155.

De VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal *et al.*, «Le forum shopping devant les juridictions françaises», dans *Travaux du Comité Français de Droit international privé 1998-2000*, Paris, Pedone, 2001, p.49-82.

De VISSCHER Paul, « La protection diplomatique des personnes morales », (1961), Tome 102, vol.1, *R.C.A.D.I.*, p.395-513.

DECAUX Emmanuel *et al.*, « Arbitrage et diplomatie», dans *Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme Mélanges Raymond Goy*, Rouen, Publications de l'Université de Rouen, 1998, p.309-332.

DENDIAS Michel *et al.*, « Sur la théorie de territorialité des navires de commerce», dans *Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel*, Paris, Sirey, 1961, p.179-197.

DESAI Ashay B. et RITTENBURG Terri, « Global Ethics: An Integrative Framework for MNE's», (1997), 16, *Journal of Business Ethics*, p.791-800.

DEWEY John, « The Historic Background of Corporate Legal Personality», (1926), vol. 35, n°6, *Yale L. J.*, p.655-673.

DIDIER Paul *et al.*, « Une définition de l'entreprise», dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p.849-857.

DIEZ DE VELASCO Manuel, « La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires », (1974), Tome 141, I, *R.C.A.D.I.*, p.87-185.

DRUEY Jean-Nicolas *et al.*, « Pour la protection des mères, à quoi bon un droit sur les groupes de sociétés ?», dans *Aspects actuels du droit des affaires Mélanges Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p.349-358.

ELLIOTT W. Y., « Sovereign State or Sovereign Group», (1925), vol. 19, n°3, *The American Political Science Review*, p.475-499.

FORD Chris, «What Are 'Friends' For? In NAFTA Chapter 11 Disputes, Accepting Amici Would Help Lift the Curtain of Secrecy Surrounding Investor-State Arbitrations», (2005), 11, Sw. J.L. & Trade Am., p.207-256.

FREYRIA Charles, note sous Cass. Com., 20 octobre 1953 ; *J.C.P.*, 1954, II, 7898.

GIARDINA Andrea *et al.*, «La lex mercatoria et la sécurité du commerce et des investissements internationaux», dans *Nouveaux itinéraires en droit Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p.223-234.

GUYON Yves, « Les actionnaires étrangers », *Mélange offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p.497-509.

GUYON Yves, « Vers un retour à la théorie de la réalité des personnes morales », *Rev. Sociétés*, 1987, p.43-46.

HAMILTON Calvin A. et ROCHWERGER Paula I., «Trade and Investment: Foreign Direct Investment through Bilateral and Multilateral Treaties», (2005), 18, N.Y. Int'l Rev., p.1-59.

JACKSON Kevin T., « A Cosmopolitan Court for Transnational Corporate Wrongdoing: Why Its Time Has Come? », (1998), 17, *Journal of Business Ethics*, p.757-783.

JASMIN Éric, « Nouvelle économie et firmes multinationales les enjeux théoriques et analytiques : le paradigme éclectique », (2003), *Cahiers de Recherches du CEIM*, 44 pages.

JIMENEZ DE ARECHAGA Eduardo *et al.*, « L'arbitrage entre les États et les sociétés privées étrangères », dans *Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel*, Paris, Sirey, 1961, p.367-382.

JOBARD-BACHELLIER Marie-Noëlle., note sous Cass. Com., 21 décembre 1987, *Rev. Crit. DIP*, 1989, p.344-360.

KAHN Philippe *et al.*, « Les activités commerciales dans l'espace : quel droit ? », dans *Nouveaux itinéraires en droit Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p.247-262.

KELLEY Glenn, « Multilateral Investment Treaties: a Balanced Approach to Multinational Corporations », (2001), 39, *Colum. J. Transnat'l L.*, p.483-532.

KIENINGER Eva-Maria, « The Legal Framework of Regulatory Competition Based on Company Mobility: EU and US Compared », (2004), 6, *German Law Review*, p.741-770.

LABORDE Jean-Pierre *et al.*, « Droit international privé et groupes internationaux de sociétés : une mise à l'épreuve réciproque », dans *Les activités et les biens de l'entreprise Mélanges Jean Derruppé*, Paris, Litec, 1991, p.49-61.

LABORDE Jean-Pierre *et al.*, « Droit international privé et groupes internationaux de sociétés »: une mise à l'épreuve réciproque, dans *Le droit des relations économiques internationales, Mélanges en l'honneur B. Goldman*, Paris, Litec, 1982, p.49-61.

LAGARDE Paul, note sous Cass. Civ.3, 10 mars 1976, *Rev. Crit. DIP*, 1976, p.658.

LALONDE Louise *et al.*, « État de droit et modes privés de gestion des différends », dans *Mondialisation et État de droit*, MOCKLE Daniel, dir., Bruxelles, Bruylant, 2002, p.291-319.

LAMIRAND Dominique *et al.*, « Mondialisation – Dépendance – Le rôle de l'État », dans *Études en hommage à Eugène Schaeffer*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.245-260.

LAVIEILLE Jean-Marc *et al.*, « La crise du système international de marché mondial. Marché mondial cherche compétition, Humanité cherche futur », dans *Anthropologies juridiques Mélanges Pierre Braun*, coll. « Cahiers de l'Institut d'anthropologie juridique », Limoges, PULIM, 1998, p.449-487.

LEAHY Dermot, « Divide and Rule: Geographical Diversification and the Multinational Firm », (2004), 15, *Open Economies Review*, p.363-374.

LEBEN Charles *et al.*, « Retour sur la notion de contrat d'État et sur le droit applicable à celui-ci », dans *L'évolution du droit international Mélanges offerts à Hubert Thierry*, Paris, Pedone, 1998, p.247-280.

LEBOULANGER Philippe *et al.*, « L'arbitrage international Nord-Sud », dans *Études offertes à Pierre Bellet*, 1991, Paris, Litec, p. 323-340.

LIBCHABER Rémi, « La loi applicable aux sociétés et aux pouvoirs des dirigeants sociaux », *Rev. Sociétés*, p.746-760.

LIKOSKY Michael B., « Compound Corporations: the Public Law Foundations of *lex mercatoria* », (2003), 3, *Non-state actors and Int'l Law*, p.251-281.

LOUSSOUARN Yvon, note sous Trib. Conflit, 23 nov. 1959, Rev. Crit. DIP, 1960, p.180.

LOZANO J. Félix et BONI Alejandra, « The Impact of the Multinational in the Development: an Ethical Challenge », (2002), 39, Journal of Business Ethics, p.169-178.

MABRY Linda, «Multinational Corporations and U.S. Technology Policy: Rethinking the Concept of Corporate Nationality», (1999), 87, Geo. L.J., p. 563-631.

MENJUCQ Michel *et al.*, « Mondialisation et rattachement juridique des sociétés », dans *Aspects actuels du droit des affaires Mélanges Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p.831-843.

MENJUCQ Michel, « La loi applicable aux pouvoirs des dirigeants d'une société ayant son siège à l'étranger », Bulletin Joly Sociétés, 1999, p.459-464.

MERCADAL Barthélémy *et al.*, « La notion d'entreprise », dans *Les activités et les biens de l'entreprise Mélanges Jean Derruppé*, Paris, Litec, 1991, p.9-16.

MOORE Karl et LEWIS David, « Birth of the Multinational Enterprise: 2000 Years of Ancient Business History—From Ashur to Augustus », (2000), 17, Asian Pacific Journal of Management, p.187-192.

MORISSETTE Yves-Marie, « Deux ou trois choses que je sais d'elle (la rationalité juridique) », (2000), 45, R.D. Mc Gill, p.591-607.

MUIR-WATT Horatia *et al.*, « Law and Economics : quel apport pour le droit international privé ? », dans *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001, p.685-702.

MUIR-WATT Horatia *et al.*, « Les péripéties internationales de l'article 12 NCPC ou la définition contemporaine du conflit de lois dans l'espace », dans *Propos impertinents de droit des affaires Mélanges en l'honneur de Christian Gavaldà*, Paris, Dalloz, 2001, p.235-242.

MUNCHLINSKI Peter T. *et al.*, « The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Lessons for the Regulation of International Business », dans *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2001, p.114-134.

NIBOYET Jean-Paulin, « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », (1927), Rev. Crit. DIP, p.402-417.

NIBOYET Jean-Paulin, note sous Cass. Civ.1, 28 mai 1963, J.C.P., 1963, II, n°13347.

NIBOYET Jean-Paulin, note sous Cass. Req., 24 décembre 1928, Sirey, 1929, I, p.121.

OPPETIT Bruno *et al.*, « Développement économique et développement juridique », dans *Droit et vie des affaires Mélanges Alain Sayag*, Paris, Litec, 1997, p.71-82.

OPPETIT Bruno *et al.*, « Justice étatique et justice arbitrale », dans *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p.415-426.

PETERSMANN Ernst-Ulrich *et al.*, « Human Rights, Cosmopolitan Democracy and the Law of the World Trade Organisation », dans *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2001, p. 78-96.

PIERRE Jean-Luc, « Sièges sociaux, siège réel et siège de direction en fiscalité française internationale », (2003), 11, Droit des sociétés, Chronique 11.

PINTO Roger, « Les problèmes de nationalité devant le juge international à propos de l'affaire *Flegenheimer* », (1963), A.F.D.I., p.360-375.

REDSLOB Raymond, « Le principe des nationalités », (1931), III-37, R.C.A.D.I., p.1-82.

RIFFARD Jean-François *et al.*, « Mondialisation de l'économie et internationalisation du droit des affaires : une abdication de l'État de droit ? », dans *Mondialisation et État de droit* MOCKLE Daniel, dir., Bruxelles, Bruylant, 2002, p.275-290.

ROBÉ Jean-Philippe, « L'entreprise en droit », (1995), 29, Droit et Société, p.117-136.

SORENSEN Karsten Engig et NEVILLE Mette, « Corporate Migration in the European Union », (2000), Colum. J. Eur. L., p.181-208.

STERN Brigitte, « La protection diplomatique des investissements internationaux », (1990), 117, J.D.I., p.897-948.

SYNVET Hervé, « Qualification de la lettre d'intention et détermination de la loi applicable aux pouvoirs des dirigeants sociaux », Rev. Sociétés, 1988, p.398-409.

THOMA Ioanna, « The Überseering Ruling: a Tale of Serendipity », (2003), E.R.P.L., p.545-554.

TOUSCOZ Jean *et al.*, «La souveraineté économique, la justice internationale et le bien commun de l'Humanité», dans *Humanité et Droit international Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, p.315-327.

TURPIN Dominique *et al.*, « Rapport de synthèse Mondialisation et État de droit : quelques réflexions », dans *Mondialisation et État de droit*, MOCKLE Daniel, dir., Bruxelles, Bruylant, 2002, p.383-398.

VATINET Raymond, « Reconnaissance de la personnalité morale du comité de groupe et étendue de ses droits d'actions en justice », *Rev. Sociétés*, 1990, p.444-449.

WALLACE Judith, «Corporate Nationality, Investment Protection Agreements, and Challenges to Domestic Natural Resources Law: the Implications of Glamis Gold's NAFTA Chapter 11 Claim», (2005), 17, *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.*, p.365-392.

WYMEERSCH Eddy, « The Transfer of the Company's Seat in European Company Law», (2003), 40, *Common Market Law Review*, p.661-695.

ZHOU Jian, «National Treatment in Foreign Investment Law: a Comparative Study from a Chinese Perspective», (2000), 10, *Touro Int'l L. Rev.*, p.39-153.

ZYGLIDOPOULOS Stelios C., « The Social and Environmental Responsibilities of Multinationals: Evidence from the Brent Spar Case», (2002), 36, *Journal of Business Ethics*, p.141-151.

V. JURISPRUDENCE.

Affaire Nöttebohm (2^{ème} phase) (Liechtenstein c. Guatemala), [1955], C.I.J. rec.

Affaire Barcelona Traction Light and Power Company (2^{ème} phase) (Belgique c. Espagne), [1970], C.I.J. rec.

Affaire de l'Elettronica Sicula S.p.A. 'ELSI' (Etats-Unis d'Amérique c. Italie), [1989], C.I.J. rec.

C.I.R.D.I., *Tokios Tokeles c. Ukraine*, ARB (AF)/02/18.

C.I.R.D.I., *Enron Corporation et Ponderosa Assets L.P. c. Argentine*, ARB (AF)/01/3.

C.I.R.D.I., *Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique*, ARB (AF)/98/3.

Cour de cassation, Chambre Commerciale, 20 octobre 1953, *Enregistrement c/ Sté Mayol Frères*, J.C.P., 1954, II, 7898.

Cour de Cassation, Chambre des Requêtes, 24 décembre 1928, Rey c/ Sté la Soie artificielle de Calais, J.C.P., 1929, I, p.121.

VI. ENCYCLOPÉDIE

Juris-classeur Droit international commercial, «Nationalité des sociétés», fasc. 564-10, par Yvon Loussouarn et Michel Trochu

VII. RAPPORTS ET ÉTUDES INTERNATIONAUX.

OCDE, *Investissement international et entreprises multinationales : structure et organisation des entreprises multinationales*, Paris, OCDE, 1987.

OCDE, *La déclaration et les décisions de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales (texte de base)*, Documents de travail n°20, vol.V, Paris, OCDE, 1997.

OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE dans un monde en voie de mondialisation*, Documents de travail n°66, vol. VII, Paris, OCDE, 1999, 14 pages.

OCDE, *Structures et organisations des entreprises multinationales*, Investissement international et entreprises multinationales, (1987).

VI. COUPURES DE PRESSE ET REVUES GÉNÉRALISTES.

DE LA CASINIÈRE N, « Embauchés à Bombay, en galère à Saint-Nazaire », *Libération*, 14 mars 2003.

DEFOULOY E., « Les ouvrières sacrifiées de Lévi Strauss », *Le Monde Diplomatique*, octobre 2001.

« Faut-il avoir peut des entreprises sans frontières ? », *Le Monde* (supplément Le Monde de l'Économie), 16 mars 1999, p.1-5.

«Des entreprises multinationales plus riches que des pays», *L'Expansion*, (13 août 2002), consulté en ligne le 23 septembre 2005 : L'Expansion.com : <<http://www.lexpansion.fr/html/A61444.html>>.