

Deux éléments encadrant la théorie de *lex societatis* (summary)

Yoshiaki KOHARI

Professeur, Hiroshima University Law School

C'est bien connue qu'en ce qui concerne *lex societatis* ou le principe de rattachement des sociétés, il existe deux théories bien distinctes. L'un des deux est la théorie de l'incorporation, qui fait rattacher une société au pays de son incorporation, quelque soit situé son siège réel. L'autre, la théorie du siège, par contre, détermine le pays de rattachement d'une société selon la localisation de son centre d'administration effective, en dépit du pays dont la loi la fait incorporer. À l'heure actuelle, la première est plus dominante. Par exemple, le congrès de l'International Law Association, tenu à Hamburg en 1960 pour discuter le droit international des sociétés, a adopté le projet de résolution faite sur la base de la théorie de l'incorporation. Les pays comme la Suisse, le Pays-Bas ou encore l'Italie, qui ont, tous les trois, la tradition de la théorie du siège, ont modifié récemment leurs lois du droit international privé pour la théorie de l'incorporation. C'est parce que la théorie de l'incorporation, que la jurisprudence de l'Angleterre et les États-unis applique depuis si longtemps, est considérée plus favorable aux activités des entreprises. Les avantages que ce théorie offre aux sociétés sont nombreux; une société peut étendre son réseau commercial sans établissement effectif dans les pays étrangers; une société peut changer la place de l'opération principale sans résolution de société existante ni création d'une nouvelle société. Ce avantage de continuité d'une société est aussi favorable pour ses créanciers, parce que ils peuvent continuer les opérations avec elles sans liquidation de créances existantes. Par contre, la théorie du siège n'a pas des avantages opérationnels sauf la suppression de constitution d'une société étrangère en fraude. Mais les pays comme la France, l'Allemagne maintient toujours la théorie du siège. Pourquoi ?

L'auteur a l'opinion que le choix de la théorie de *lex societatis* n'était pas fait intentionnellement. On n'avait pas choisi l'un des deux avec connaissance profonde des avantages et désavantages des deux théories. La théorie anglaise de l'incorporation est encadrée par les principes juridiques fondamentaux de ce pays et il en va de même pour la France. Il est certain que la Suisse, le Pays-Bas et l'Italie ont changé pour la théorie de l'incorporation avec plein de réflexion, mais cet effet nous montre plutôt que les trois pays, dont la tradition juridique est identique à la France, ont suivi la théorie de ce dernier pays sans accepter

la théorie anglaise. Alors quels sont les principes qui ont encadré la théorie de *lex societatis* ?

L'auteur a opinion, qu'il y a deux éléments qui ont encadré la formation de deux théories de *lex societatis*. Ce sont l'argument sur la nature juridiques des sociétés commerciales et la théorie du droit international privé.

En ce qui concerne la nature juridique des personnes morales, l'un dit qu'elles ne soient que les choses fictives ou artificielles, tandis que l'autre admet qu'elles ont des entités réelles. Le premier est compatible avec la théorie de l'incorporation, parce que c'est la souveraineté seule qui peut créer une chose fictive et qu'une société la dépend entièrement. Le deuxième va mieux avec la théorie du siège, car si une personne morale existe réellement, elle doit être traitée en plein droit comme une personne physique.

En ce qui concerne la théorie du droit international privé, la Manche la divise en deux; la doctrine anglo-américaine de territorialité et la doctrine continentale de *statutaires*. La doctrine de statutaires divise les lois en statuts personnels et statuts réels. Si l'on considère qu'une société est une entité réelle, on doit l'attribuer les statuts personnels, soit sur la base de son localisation, soit sur la base de sa nationalité.

Dans cet article, l'auteur essaie d'expliquer que la doctrine d' Innocent IV de *persona ficta* domine toujours dans la théorie anglo-américaine. Ce doctrine est suivie et, pendant le dernier siècle, la positivisme et pragmatisme juridique fait abandonner la raison-d'être de l'argument de "Corporate Personality". Par contre, en France depuis le milieu de 19^e siècle, l'on voit un changement du courant d'air dans l'argument sur la nature doctrinale des personnes morales. La doctrine soutenue par surtout Professeur François Laurent qui considère que la Dieu seule peut créer une personne était critiquée par les professeurs nombreux, comme Professeur Armand Lainé et Léon Michoud, qui ont pris l'étendard de la doctrine admettant la réalité des personnes morales.

Cet article est écrit parce que la loi japonaise du droit international privé manque l'article sur le point de rattachement d'une société. Ce fait est plus étonnant, quand l'on sais que la loi a été modifié en 2009. La personne chargée de ce modification explique ce non-choix, en disant qu'au Japon il n'y a pas des arguments suffisants sur *lex societatis*. L'auteur essaie dans cet article un point de vue nouveau sur ce problème. L'auteur pense que par l'introduction de deux éléments encadrant la formation de *lex societatis* on peut mieux comprendre la raison-être de la disposition de reconnaissance des sociétés étrangères dans le Code civil japonais et le sens d'une société étrangère en fraude. Les législations précé-

dentes de la Suisse, le Pays-Bas et l'Italie nous donnent des bons exemples pour déterminer les portées de *lex societatis*.