

**RAPPORT CONCERNANT LE PROJET DE CONVENTION  
SUR LA RECONNAISSANCE MUTUELLE  
DES SOCIETES ET PERSONNES MORALES**

*(article 220, alinéa 3, du traité de Rome,  
instituant la Communauté économique européenne)*

présenté par M. Berthold GOLDMAN,  
professeur à la faculté de droit et des sciences économiques de Paris

# SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
<u>INTRODUCTION</u> .....	1
 <u>CHAPITRE I</u>	
- <u>Domaine et conditions de la reconnaissance</u> .....	5
 <u>Section I</u>	
- <u>Domaine de la reconnaissance</u>	
A) <u>Catégories de règles juridiques régissant les sociétés et personnes morales reconnues</u> .....	5
B) <u>La notion d'activité économique exercée normalement contre rémunération</u> ..	6
 <u>Section II</u>	
- <u>Conditions de la reconnaissance</u> .....	9
A) <u>Le critère de rattachement</u> .....	9
B) <u>Définition du siège réel</u> .....	13
C) <u>Capacité de la société ou personne morale selon sa loi d'origine</u> .....	13
 <u>CHAPITRE II</u>	
- <u>Effets de la reconnaissance</u> .....	15
 <u>CHAPITRE III</u>	
- <u>Ordre public</u> .....	18
 <u>Section I</u>	
- <u>Domaine d'intervention de l'ordre public</u> .....	19
 <u>Section II</u>	
- <u>Contenu de l'ordre public</u> .....	20
 <u>CHAPITRE IV</u>	
- <u>Dispositions finales</u> .....	22

<u>Section I</u>	
- Rapports entre la Convention et d'autres conventions .....	22
<u>Section II</u>	
- Champ d'application territorial de la Convention .....	23
<u>Section III</u>	
- Ratifications et entrée en vigueur .....	24
<u>Section IV</u>	
- Déclarations prévues aux articles 3, 4 et 12 al. 2 de la Convention .....	24
<u>Section V</u>	
- Conséquences d'admissions de nouveaux Etats dans la Communauté Economique Européenne .....	26
<u>Section VI</u>	
- Dépôt et notifications .....	28
<u>Section VII</u>	
- Durée et révision .....	28
<u>Section VIII</u>	
- Versions officielles .....	29
 <u>CHAPITRE V</u>	
- Déclarations communes .....	30
<u>Section I</u>	
- Déclaration commune n° 1 .....	30
<u>Section II</u>	
- Etats associés (Déclaration commune n° 2) .....	31
<u>Section III</u>	
- Moyens d'assurer une interprétation uniforme de la Convention (Déclaration commune n° 3) .....	31

INTRODUCTION  
\*\*\*\*\*

1. L'article 220 du Traité de Rome dispose que "les Etats membres (de la Communauté Economique Européenne) engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants :

.....

- la reconnaissance mutuelle des sociétés au sens de l'article 58 alinéa 2, le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert du siège de pays à pays et la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes".

Les négociations ainsi prévues, engagées à Bruxelles le 28 juin 1962, se sont poursuivies au cours de plusieurs réunions d'experts gouvernementaux désignés par les six Etats, avec l'assistance des représentants de la Commission de la Communauté Economique Européenne (en particulier, de la Direction du rapprochement des législations dépendant de la Direction Générale de la Concurrence) et en présence de M. le Secrétaire Général de la Conférence de La Haye de Droit International Privé. Elles ont permis l'élaboration d'une convention, relative à la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales, qui fait l'objet du présent rapport.

2. L'intérêt et l'utilité d'une telle convention avaient été soulignés par la Commission de la Communauté Economique Européenne dès 1960, dans la "note de commentaire" accompagnant la proposition de programme général pour la suppression des restrictions à la libre prestation des services.

Plus généralement, les experts gouvernementaux ont considéré que la conclusion d'une convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales serait de nature à "assurer", comme le souligne le préambule de la Convention, "la réalisation de leur liberté d'établissement".

Il est vrai que les articles 58 et 66 du Traité de Rome, en assimilant aux personnes physiques ressortissant des Etats membres, pour l'application des chapitres du Traité de Rome relatifs au droit d'établissement et aux services, les sociétés et les personnes morales définies par le premier de ces deux textes, attestent qu'il était supposé, dès la conclusion du Traité, que celles-ci étaient ou seraient reconnues par les Etats membres.

Mais si cette reconnaissance était et demeure bien pratiquement acquise, dans les rapports entre les Six, ses sources sont variables et précaires, et ses conditions comme ses effets diffèrent de pays à pays.

3. Des conventions bilatérales portant reconnaissance réciproque des sociétés sont en vigueur :

- entre la Belgique, d'une part, et, d'autre part, la France (convention d'établissement du 6 octobre 1927), l'Italie (traité de commerce et de navigation du 11 décembre 1882) et les Pays-Bas (convention d'établissement et de travail du 20 février 1933);
- entre la République Fédérale d'Allemagne et la France (convention d'établissement et de navigation du 27 octobre 1956), l'Italie (traité de commerce, d'amitié et de navigation du 21 novembre 1957) et les Pays-Bas (traité sur la reconnaissance réciproque des sociétés par actions et des autres sociétés commerciales, industrielles ou financières du 11 février 1907);
- entre la France et l'Italie (convention d'établissement du 23 août 1951) et entre la France et le Luxembourg (convention d'établissement du 31 mars 1930);
- enfin, entre le Luxembourg et les Pays-Bas (convention d'établissement et de travail du 1er avril 1933), et entre le Luxembourg et la Belgique (convention concernant l'Union Economique Belgo-Luxembourgeoise du 25 juillet 1921, révisée le 19 janvier 1963).

Le réseau, on le voit, n'est pas complet, s'il est vrai, cependant, que ses lacunes sont comblées par des textes législatifs ou réglementaires de droit interne (art. 196 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, en Belgique; art. 1 de la loi du 30 mai 1857, et "décrets collectifs" de reconnaissance, en France; art. 16 des dispositions introductives au Code civil, en Italie; art. 158 de la loi du 15 août 1915, au Luxembourg) ou par des règles coutumières (en Allemagne et aux Pays-Bas). Surtout, qu'il ait abouti, dans les rapports entre les Six, à une pratique généralisée de la reconnaissance des sociétés, n'empêche pas que celle-ci soit précaire, car les conventions bilatérales sont soit de courte durée, soit assorties de clauses de dénonciation; et les textes de droit interne peuvent être unilatéralement modifiés, ou recevoir une interprétation restrictive : il en existe au moins un exemple notoire, dans la pratique administrative d'un des Etats membres, relative à l'établissement des étrangers, personnes physiques.

4. Cette insécurité n'est pas compatible avec les exigences de la libération progressive de l'établissement et des prestations de services prévue par le Traité de Rome au profit des sociétés qu'il définit.

Le régime juridique de la reconnaissance, tel qu'il résulte des sources ci-dessus rappelées, n'y répond pas davantage.

On notera en particulier, à cet égard, que les conventions bilatérales et les règles internes laissent généralement en dehors de leur domaine - ou en tout cas n'y incluent pas clairement - les personnes morales de droit public, auxquelles cependant l'article 58 du Traité de Rome confère le droit d'établissement.

Le critère de rattachement d'une société à un pays étranger (duquel dépend, en définitive, sa reconnaissance comme société étrangère) a cessé, d'autre part, d'être uniforme dans les six Etats, depuis que les Pays-Bas ont rejeté, par la loi du 25 juillet 1959, toute prise en considération, à ce titre, du siège social réel, s'en tenant désormais à la loi de constitution et au siège statutaire.

Les effets de la divergence entre le siège statutaire et le siège réel sont également variables : non reconnaissance de la société en Allemagne et en France; application du droit national des sociétés à celles qui fixent leur siège social sur leur territoire, par la Belgique (loi 18 mai 1873, art. 197), l'Italie (Code civil, art. 2505) et le Luxembourg (loi 15 août 1915, art. 159).

Enfin, l'obstacle que l'ordre public, unilatéralement apprécié, peut opposer à la reconnaissance tient une place croissante dans les documents mêmes qui consacrent conventionnellement la reconnaissance mutuelle des sociétés : le paragraphe 3, a), du protocole ajouté à la convention franco-allemande du 27 octobre 1956 en fournit un exemple significatif, qui dispose que "chaque Partie a le droit d'apprécier selon des critères nationaux dont elle est seule juge les raisons relatives à l'ordre public, à la santé publique, à la sécurité et aux bonnes moeurs qui peuvent s'opposer ... à la reconnaissance des sociétés de l'autre Partie qui y ont leur siège social".

5. Aussi bien les Etats membres de la Conférence de La Haye de Droit International Privé, - parmi lesquels figurent, on le sait, ceux qui allaient, par la suite, former les Communautés Européennes - avaient-ils parfaitement conscience des insuffisances du droit en vigueur, commun ou conventionnel. La question des "personnes morales étrangères", déjà inscrite à l'ordre du jour de la Sixième Session de la Conférence en 1928, fut discutée à la Septième Session en 1951. La "Convention concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères", dont le projet fut élaboré au cours de cette session, a été conclue le 1er juin 1956, mais n'est pas encore en vigueur, n'ayant pas recueilli, à ce jour, les cinq ratifications nécessaires (art. 11 de la Convention : signée par la Belgique, la France, les Pays-Bas, l'Espagne et le Luxembourg, elle a été ratifiée par ces pays, sauf l'Espagne).

La Convention de La Haye pourrait, certes, fournir un très important apport au développement du droit international de la reconnaissance des sociétés; son texte, comme ses travaux préparatoires, ont été de précieux instruments de documentation pour les experts gouvernementaux réunis à Bruxelles en vue de préparer la convention prévue à l'article 220 du Traité de Rome, dont les travaux ont bénéficié aussi, on l'a rappelé, du concours éclairé de M. le Secrétaire Général de la Conférence de La Haye de Droit International Privé.

Mais serait-elle même en vigueur, que la Convention de La Haye ne saurait satisfaire aux besoins spécifiques des Communautés européennes en matière de reconnaissance des sociétés et personnes morales.

Son domaine est, à cet égard, à la fois trop large et trop restreint : trop large, parce qu'il embrasse les groupements désintéressés, alors que l'article 58 du Traité de Rome exclut expressément du droit d'établissement les "sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif"; trop restreint, parce qu'il résulte sans conteste, sinon de la lettre de ses textes du moins de ses travaux préparatoires, que la Convention de La Haye ne vise pas les personnes morales de droit public, expressément mentionnées, au contraire, par l'article 58 parmi les bénéficiaires du droit d'établissement.

D'autre part, en ce qui concerne le rattachement d'une société à un Etat déterminé (et partant, sa reconnaissance par les autres comme société relevant de cet Etat), la Conférence de La Haye de Droit International Privé n'est parvenue à concilier les doctrines opposées de l'incorporation et du siège social réel qu'en consacrant, en son principe, la première (art. 1), tout en ouvrant à tout Etat contractant "dont la loi prend en considération le siège réel" la faculté de ne pas reconnaître une société "incorporée" dans un autre Etat, mais dont le siège se trouve sur son territoire, ou sur le territoire d'un Etat tiers partageant la même conception (art. 2). Or, pareille faculté de non reconnaissance ne paraît pas compatible avec le droit d'établissement prévu par l'article 58 au profit de sociétés pouvant cependant se trouver, on le verra, en une telle situation, - sans que pour autant ce texte fasse nécessairement obstacle à un aménagement des conditions ou des effets de la reconnaissance qui tienne compte de l'attachement de la plupart des Etats membres de la Communauté Economique Européenne à la conception du siège réel.

6. La dernière observation suffirait à montrer enfin que l'article 58 lui-même ne pouvait en aucune manière dispenser les Etats membres de négocier et de conclure la convention prévue à l'article 220, pour fournir une assise juridique stable et uniforme à la reconnaissance mutuelle des sociétés. Ne concernant que l'établissement, l'article 58 implique sans doute, comme on l'a dit, que les sociétés ou personnes morales auxquelles il en ouvre l'accès sont ou seront reconnues. Il peut ainsi guider les Etats dans la détermination du domaine de la reconnaissance; mais il n'en définit pas les conditions ni les effets propres, et n'avait pas à le faire; pas davantage il ne précise dans quelle mesure l'ordre public pourra, dans les rapports entre les Etats membres, s'y opposer.

7. C'est l'objet de la Convention de résoudre ces questions. Elles y sont traitées dans les trois premiers chapitres : Domaine et conditions de la reconnaissance (Chapitre I, art. 1 à 5); Effets de la reconnaissance (Chapitre II, art. 6 à 8); Ordre public (Chapitre III, art. 9 et 10). Le quatrième chapitre (art. 11 à 20) comprend les dispositions finales.

C'est dans le même ordre que ces dispositions seront commentées dans le présent rapport; un dernier chapitre sera consacré aux trois déclarations communes annexées à la Convention.

Ces diverses dispositions, qui concernent la reconnaissance des sociétés et personnes morales au regard des règles du droit international privé, n'auront pas d'incidence dans le domaine des impôts, qui relève de la compétence du droit fiscal, sans que cependant la reconnaissance elle-même puisse être mise en cause.

C H A P I T R E I  
-----

DOMAINE ET CONDITIONS DE LA RECONNAISSANCE

SECTION I

DOMAINE DE LA RECONNAISSANCE  
-----

8. Les diverses catégories de sociétés ou personnes morales pouvant bénéficier de la reconnaissance - si elles en remplissent, par ailleurs, les conditions - sont définies à l'article 1 (initio) et à l'article 2 de la Convention :

"Article 1 - Sont reconnues de plein droit les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives (constituées, etc. ... : la suite du texte fixe les conditions de la reconnaissance)".

"Article 2 - Sont également reconnues de plein droit les personnes morales de droit public ou de droit privé, autres que les sociétés mentionnées à l'article 1 (remplissant les conditions prévues à l'article 1), qui, à titre principal ou accessoire, ont pour objet une activité économique exercée normalement contre rémunération ou qui, sans contrevenir à la loi en conformité de laquelle elles ont été constituées, se livrent en fait, d'une manière continue, à une telle activité".

Le domaine de la reconnaissance est ainsi défini à un double point de vue : d'une part, au regard des diverses catégories de règles juridiques régissant les sociétés et les personnes morales; d'autre part, sous l'angle de l'activité qui forme leur objet ou qu'elles exercent en fait.

A) Catégories de règles juridiques régissant les sociétés et personnes morales reconnues

9. Les articles 1 et 2 de la Convention écartent toute restriction à l'applicabilité de la Convention, qui serait fondée sur l' "appartenance" juridique de la société ou de la personne morale considérée : l'article 1 vise en effet toutes les sociétés relevant d'une branche de droit traditionnellement classée dans le droit privé, et l'article 2 toutes les personnes morales autres que ces sociétés, qu'elles relèvent du droit public ou du droit privé (soit, pratiquement : les sociétés éventuellement rattachées au droit public, et toutes les personnes morales ne revêtant pas la forme de sociétés).

On sait, du reste, que ces classifications traditionnelles sont contestables et contestées. Si on les a reprises, c'est d'une part pour assurer la correspondance entre le champ d'application du droit d'établissement des sociétés et personnes morales, tel que défini à l'article 58 alinéa 2 du Traité de Rome, et celui de la reconnaissance; d'autre part, pour souligner sans équivoque que les sociétés et personnes morales de droit public peuvent, à l'égal de celles relevant du droit privé, bénéficier de la reconnaissance. La part croissante que les entreprises publiques ou semi-publiques prennent, dans plusieurs des Etats parties à la Convention, à l'activité économique - et par conséquent leur présence sur le Marché Commun - impose cette solution, en matière d'établissement et de prestation de services, comme de reconnaissance.

B) La notion d'activité économique exercée normalement contre rémunération

10. Indépendante de la catégorie où s'inscrivent les règles juridiques qui les gouvernent, la reconnaissance des sociétés et des personnes morales suppose cependant, dans le cadre du Traité de Rome et de la Convention conclue en son application, que celles-ci ne soient pas économiquement désintéressées. L'objectif général du Traité de Rome commande cette solution : celui-ci institue en effet un marché commun, sur lequel les groupements politiques, philanthropiques, culturels, sportifs, etc., interviennent, mais sans que leur objet ou leur activité soient tournés vers la production et les échanges. Il n'y a dès lors pas lieu d'étendre à de tels groupements les règles spécifiques destinées à permettre l'établissement et le fonctionnement du Marché Commun.

Au surplus, l'article 58 exclut de son champ d'application les "sociétés" (et il faut comprendre ici, en dépit de la rédaction défectueuse du texte : les sociétés et les personnes morales autres que les sociétés) "qui ne poursuivent pas de but lucratif".

11. Mais pour plusieurs raisons, cette limitation au domaine de la reconnaissance est exprimée, dans la Convention, d'une autre manière.

a) Il est apparu, en premier lieu, qu'à l'interpréter correctement, l'exigence d'un "but lucratif" eût laissé en dehors du champ de la reconnaissance des sociétés et des personnes morales qui doivent indiscutablement en bénéficier, dans le cadre de la Convention.

Poursuivre un "but lucratif" c'est, en effet, pour une société, chercher à réaliser des bénéfices, afin de les répartir, aussitôt ou plus tard, entre les associés. Or, de très importantes sociétés ou personnes morales, qui prennent une place considérable dans la vie économique, ne cherchent ni à réaliser, ni à répartir des bénéfices.

On songe ici aussitôt aux sociétés ou entreprises issues des nationalisations, ou aux sociétés d'économie mixte exploitant des services publics, ou exerçant des activités d'intérêt essentiellement collectif. Mais on a également observé que les formes modernes d'organisation de l'activité économique ont donné naissance à des sociétés de pur droit privé, aucunement désintéressées, mais ne poursuivant cependant pas un "but lucratif" ainsi exactement défini : tel est le cas, par exemple, des sociétés d'études, de documentation, de prospection ou de sondage de marchés, de défense de droits de propriété industrielle, etc., constituées par d'autres sociétés industrielles ou commerciales, groupées ou non, auxquelles elles fournissent leurs services sans recherche ni réalisation d'un bénéfice direct.

Il convenait donc de remplacer la notion de "but lucratif" par une autre, répondant à la même préoccupation, mais rendant mieux compte de l'objet et de l'activité des groupements qui ne sont pas économiquement "désintéressés". Ce faisant, du reste, les experts gouvernementaux n'ont pas eu le sentiment de s'écarter de la signification véritable de l'article 58 du Traité de Rome, mais plutôt de tenter de lui fournir, sur ce point, une expression plus adéquate.

- b) Il est dès lors apparu que c'est parce qu'elle a, ou si elle a un objet ou une activité économique, qu'une société ou une personne morale doit bénéficier de la reconnaissance dans le cadre de la Convention.

Mais cette seule qualification n'eût pas été suffisante, car elle ne s'attache qu'à la substance de l'objet ou de l'activité, sans mettre en relief le caractère intéressé qu'elle doit aussi comporter. Ainsi, une oeuvre de bienfaisance peut offrir, aux nécessiteux, un gîte temporaire et quelques repas : substantiellement, elle exerce une activité d'hôtellerie et de restauration, mais elle est désintéressée, et ne peut entrer dans le domaine de la Convention.

L'activité caractéristique des sociétés et personnes morales que celle-ci vise est donc non seulement économique, mais en outre, exercée normalement contre rémunération. La non gratuité de l'activité économique suffit à circonscrire l'application de la Convention aux sociétés et personnes morales qu'elle peut légitimement concerner. On notera, du reste, que le Traité de Rome l'utilise déjà, lorsqu'il définit (art. 60) les services comme des "prestations fournies normalement contre rémunération".

- c) Les experts ne se sont cependant pas dissimulé que l'application de la formule retenue pourrait se heurter à des difficultés, inséparables de l'extrême diversité des cas d'espèce.

Aussi bien leur a-t-il paru possible et opportun de prévenir ces difficultés, dans une large mesure, en prévoyant qu'en tout cas, la Convention s'appliquerait aux sociétés de droit civil et de droit commercial, ainsi qu'aux sociétés coopératives : pratiquement, en effet, les

entreprises constituées sous cette forme ont toutes un objet et une activité à la fois économiques et intéressés. Sous réserve de difficultés propres aux sociétés coopératives, le "but lucratif", même dans un sens plus étroit, les caractérise du reste, dans les législations de certains Etats contractants, par opposition aux associations.

12. C'est dans cette perspective que l'article 1 porte, on l'a vu, reconnaissance des sociétés de droit civil ou de droit commercial, y compris les sociétés coopératives, sans mentionner la nature de leur activité. La forme est ici déterminante, et dispense de la recherche de l'objet, de droit ou de fait.

En revanche, selon l'article 2, les personnes morales autres que les sociétés mentionnées à l'article 1, ne sont comprises dans le domaine de la reconnaissance que si leur activité est de caractère économique, et s'exerce normalement contre rémunération.

Plusieurs précisions sont apportées à cet égard par les textes, qui procèdent du souci de ne pas rendre cette qualification injustement restrictive, mais aussi de ne lui faire produire effet que si elle est régulièrement acquise, selon la loi compétente.

a) Normalement, l'activité économique formera l'objet de la personne morale, tel que défini par son acte constitutif (légal, réglementaire ou statutaire), ou par les modifications ultérieures de celui-ci.

Mais l'on n'a pas voulu limiter la reconnaissance aux personnes morales dont cette activité est l'objet principal. Il se peut, par exemple, qu'un groupement professionnel ait pour objet, à titre accessoire, le maintien et l'amélioration de la qualité des produits fabriqués par ses membres, en même temps que sa garantie, par l'institution de procédés et de services de contrôle : c'est là une "activité économique exercée normalement contre rémunération", et elle suffit à justifier la reconnaissance.

b) D'autre part, on a estimé que si une telle activité était effectivement exercée, de manière continue, par une personne morale, alors qu'elle n'était cependant pas expressément comprise dans son objet, cette personne morale devrait également entrer dans le domaine de la reconnaissance.

Toutefois, il n'en peut être ainsi que si, en exerçant une activité économique, la personne morale ne contrevient pas à la loi en conformité de laquelle elle a été constituée.

Des difficultés pourraient provenir ici de la diversité des législations. Il est donc précisé que c'est la loi en conformité de laquelle la société s'est constituée qu'il faudra consulter pour décider si agissant à l'encontre de ses statuts la personne morale a agi ou non en même temps en violation de la loi.

SECTION II

CONDITIONS DE LA RECONNAISSANCE

13. Une société ou personne morale entrant dans le domaine de la reconnaissance ne peut bien entendu être effectivement reconnue, dans le cadre de la Convention, que si elle se rattache juridiquement à l'un des Etats contractants : la Convention devait donc définir le critère de rattachement (A). La définition de ce critère de rattachement faisant surgir la question du siège réel, cette notion a du être définie (B). La reconnaissance suppose, en outre, que la société est dotée d'un minimum de capacité par sa loi d'origine (C)

A) Le critère de rattachement

14. On sait que le droit d'établissement et de prestation de services est accordé par les articles 58 et 66 du Traité de Rome, par voie d'assimilation aux personnes physiques ressortissant des Etats membres, aux "sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté" (art. 58, al. 1). Les controverses auxquelles avait donné lieu l'interprétation de ce texte sont actuellement dépassées. Il est acquis que les termes de la deuxième des conditions auxquelles il subordonne le droit d'établissement ne sont pas cumulatifs, mais alternatifs. Il en résulte en particulier qu'une société ou personne morale constituée en conformité de la loi d'un Etat membre et ayant soit son siège statutaire, soit son administration centrale (c'est-à-dire, selon la définition retenue par la Convention, son siège réel : V. infra, n° 19), soit son principal établissement à l'intérieur de la Communauté, bénéficie du droit d'établissement, -sous réserve d'une condition supplémentaire découlant, le cas échéant, des programmes généraux de libération de l'établissement et des services (V. infra, n° 17, b). Or, on a souligné, par ailleurs, que pour assurer la réalisation du droit d'établissement, il convenait de reconnaître les sociétés qui en bénéficiaient, et spécialement, par conséquent, une société constituée selon la loi d'un des Etats contractants, mais dont le siège statutaire ne coïnciderait pas avec le siège réel.

15. Or, cette solution ne serait pas, dans tous les cas, compatible avec les systèmes juridiques de ceux des Etats contractants qui fondant le rattachement juridique des sociétés sur la localisation de leur siège réel refusent, on l'a rappelé, de reconnaître celles qui établissent leur siège réel dans un pays autre que celui de leur constitution, et en particulier sur leur propre territoire ; elle ne le serait pas non plus, sans aménagements importants, avec les systèmes juridiques des Etats qui sans aller, dans de tels cas, jusqu'à refuser la reconnaissance, s'attribuent compétence pour régler les sociétés constituées à l'étranger, mais dont le siège réel se trouve à l'intérieur de leurs frontières.

Après de longues et fructueuses discussions, constamment animées par la volonté de toutes les délégations d'aboutir à des solutions réellement communautaires, celles-ci ont pu être dégagées et ont trouvé place dans les articles 1, 3 et 4 de la Convention.

16. L'article 1 (relatif, on le rappelle, aux sociétés de droit civil et commercial, y compris les sociétés coopératives, mais auquel l'article 2, ayant trait aux personnes morales autres que ces sociétés, se réfère purement et simplement quant aux conditions de la reconnaissance) dispose que "sont reconnues de plein droit les sociétés, etc... constituées en conformité de la loi d'un Etat contractant ... et ayant leur siège statutaire dans les territoires auxquels s'applique la présente Convention".

On a ainsi transposé, comme conditions nécessaires, et, sauf cas particuliers, suffisantes de la reconnaissance, la première condition de l'établissement selon l'article 58 (constitution selon la loi d'un Etat membre) et le premier terme de l'alternative constituant, d'après ce même texte, la seconde condition de l'établissement (fixation du siège statutaire à l'intérieur de la Communauté).

Simplement, "les Etats Membres" sont remplacés par les "Etats contractants", puisqu'il s'agit ici d'une convention internationale juridiquement distincte du Traité de Rome ; d'autre part, la localisation du siège statutaire "dans les territoires auxquels s'applique la présente Convention" a été substituée à sa fixation "à l'intérieur de la Communauté" pour cette même raison, et aussi parce qu'aux termes de l'article 12 la Convention s'appliquera ou pourra s'appliquer à des pays ou territoires associés à la Communauté (V. infra, n° 34).

Enfin, il n'a pas été jugé nécessaire de reprendre, dans la définition du critère de rattachement, les deux autres termes de la condition alternative de l'article 58 (administration centrale ou principal établissement se trouvant dans les territoires où s'applique la Convention). Les explications fournies au cours des travaux ont permis en effet de s'assurer que les sociétés constituées en conformité de la loi de l'un quelconque des Etats contractants doivent fixer, ou en tout cas fixent pratiquement toujours, leur siège statutaire sur le territoire de cet Etat. Il n'existe par conséquent aucun risque qu'une telle société puisse se voir refuser la reconnaissance, bien qu'ayant son administration centrale ou son principal établissement à l'intérieur des territoires d'application de la Convention, mais au motif qu'elle n'y aurait pas son siège statutaire.

17. Mais ceci admis, il fallait précisément trancher les difficultés qui surgissent lorsque siège statutaire et siège réel divergent.

Cette divergence peut apparaître dans trois situations de fait différentes, auxquelles correspondent des solutions également spécifiques.

a) La plus simple est celle où la société, constituée dans un pays contractant A, fixe son siège réel dans un pays contractant B, et invoque le bénéfice de la reconnaissance dans un pays contractant C.

Il a été considéré qu'il ne devait être apporté, dans ce premier cas, de restriction ou aménagement particulier quelconque à la reconnaissance de plein droit ; le pays C ne peut en effet subir aucun préjudice sérieux du fait de l'accomplissement occasionnel, à l'intérieur de ses frontières, d'un acte juridique par cette société qui n'est pas "installée" sur son territoire.

Ce cas reste, dès lors, sous l'empire exclusif des articles 1 et 2 ; on notera que c'est là un progrès substantiel par rapport à la Convention de La Haye, qui permettrait (art. 2) la non reconnaissance par le pays C, si lui-même et le pays B "prennent en considération le siège réel".

- b) Un deuxième cas, se situant en quelque sorte à l'extrémité opposée de la gamme des hypothèses, n'a pas davantage soulevé de difficulté sérieuse : c'est celui d'une société ou personne morale mentionnée aux articles 1 et 2 (c'est-à-dire constituée selon la loi d'un des Etats contractants et ayant son siège statutaire dans les territoires d'application de la Convention), mais dont le siège réel se trouve hors de ces territoires.

Aux termes de l'article 3, tout Etat contractant peut déclarer qu'il ne reconnaît pas de telles sociétés ou personnes morales "si leur activité ne présente pas un lien effectif et continu avec l'économie d'un des ces territoires, étant exclu que ce lien puisse dépendre de la nationalité, notamment des associés ou des membres des organes de gestion ou de surveillance ou des personnes détenant le capital social".

La fixation du siège réel de ces sociétés ou personnes morales hors des territoires d'application de la Convention en fait, par rapport à l'ensemble des Etats contractants, des entités économiques allogènes et le lien exclusivement juridique résultant de leur incorporation à l'intérieur de ces territoires peut être jugé, par certains des Etats contractants, trop ténu ; on autorise donc ces Etats à considérer qu'il faut le compléter par un lien économique, pour justifier la reconnaissance.

Ce faisant, la Convention a du reste littéralement transposé la condition posée par les programmes généraux de libération de l'établissement (Titre I, alinéa 6) et des services (Titre I, alinéa 3) respectivement à l'établissement secondaire et aux prestations de services dans la Communauté de sociétés qui y ont été "incorporées", mais dont le siège réel est fixé hors de la Communauté.

- c) Restait la troisième hypothèse : celle où la société étant constituée et ayant son siège statutaire dans un pays contractant A, fixe son siège réel dans un pays contractant B, où elle entend se prévaloir de la reconnaissance en vertu de la Convention.

Pour tenir compte de la prise en considération, par la plupart des Etats contractants, du siège réel, l'article 4 de la Convention leur ouvre, dans ce cas, une faculté inspirée de la solution des lois belge, luxembourgeoise et italienne, précédemment rappelées, mais aménagées de manière à respecter également au maximum la "vocation communautaire" des sociétés constituées selon la loi d'un Etat contractant.

L'Etat contractant sur le territoire duquel la société ou personne morale considérée fixe son siège réel peut, selon ce texte, déclarer qu'il lui appliquera les dispositions de sa propre loi qu'il considère comme impératives : de cette manière, tout Etat contractant peut, s'il le juge opportun, empêcher une société ou personne morale constituée à l'étranger, mais implantée sur son territoire, d'échapper à des règles auxquelles les sociétés "autochtones" elles-mêmes ne pourraient se soustraire.

En revanche, cette déclaration n'entraînera application des dispositions supplétives de la loi de l'Etat d'accueil que dans deux cas :

- soit si les statuts de la société n'y dérogent pas, cette dérogation pouvant résulter non seulement de dispositions relatives à des points particuliers, mais aussi d'une référence globale, pourvu qu'elle soit exprimée : l'autonomie de la volonté des fondateurs de la société, et la physionomie propre de celle-ci seront ainsi respectées dans toutes la mesure compatible avec le caractère déterminant que certains des Etats contractants attachent à la fixation du siège réel ;
- soit, à défaut d'une telle dérogation dans les statuts (qui est toujours suffisante pour exclure l'application des dispositions supplétives de la loi du pays d'accueil), si la société ou personne morale ne démontre pas qu'elle a exercé effectivement son activité pendant un temps raisonnable dans l'Etat contractant en conformité de la loi duquel elle s'est constituée : pareille démonstration permettrait en effet d'écarter l'hypothèse que la société s'est constituée dans un pays autre que celui de son siège réel, bien qu'ayant eu dès l'origine l'intention de se "fixer" dans ce dernier, et qu'elle aurait agi ainsi dans le but d'échapper à des dispositions législatives que ses fondateurs jugeaient moins avantageuses.

L'application de ces dispositions n'ira certes pas sans difficultés, car elle suppose la combinaison, en une seule personne juridique, de deux statuts différents. Mais il n'en faut pas moins souligner le progrès considérable qu'elles représentent par rapport à la non reconnaissance pure et simple que consacrent, en pareil cas, les législations de certains des Etats contractants, et que la Convention de La Haye eût également permise.

18. On notera également qu'à la différence de la Convention de La Haye, la Convention ne limite pas aux pays "qui prennent en considération le siège réel" la faculté de faire les déclarations prévues aux articles 3 et 4. On ne voit pas très bien, en effet, la portée pratique d'une telle restriction : car si un pays use de la faculté qui lui est laissée, c'est précisément qu'il s'attache à la conception du siège réel, - et son attachement fut-il même récent-, on ne saurait l'empêcher d'en déduire les conséquences.

Mais on s'est efforcé, par d'autres dispositions, de limiter les effets des changements que pourraient subir, en ce domaine, les conceptions juridiques des Etats contractants (V. infra, n° 22 et s.).

B) Définition du siège réel

19. La fixation du siège réel des sociétés ou personnes morales peut jouer, on l'a vu, un rôle important (V. supra n° 14 à 18).

Aussi bien était-il opportun d'en donner une définition uniforme. Tel est l'objet de l'article 5, qui dispose que "au sens de la présente Convention, on entend par siège réel des sociétés ou personnes morales le lieu où est établie leur administration centrale" : solution déjà consacrée par la Convention de La Haye, et conforme au droit interne des Etats contractants qui prennent en considération le siège réel.

C) Capacité de la société ou personne morale selon sa loi d'origine

20. La capacité de la société ou personne morale étrangère dans le pays où elle est reconnue comme telle est un effet de la reconnaissance, que l'on retrouvera (V. infra, n° 22 et s.).

Mais un minimum de capacité selon la loi d'origine constitue, au préalable, une condition de la reconnaissance. Reconnaître une société ou personne morale étrangère, c'est en effet admettre qu'elle a une existence juridique propre, c'est-à-dire concrètement, qu'elle est apte à être titulaire de droits et d'obligations; la reconnaissance est donc logiquement exclus, si cette aptitude est refusée à la société par la loi sous l'empire de laquelle elle s'est constituée.

21. C'est cette solution que traduit le membre de phrase correspondant à l'article 1 de la Convention, pour les sociétés qu'il vise (et par référence, l'article 2 pour les personnes morales autres que ces sociétés), qui dispose que "sont reconnues de plein droit les sociétés... constituées en conformité de la loi d'un Etat contractant qui leur accorde la capacité d'être titulaire de droits et d'obligations ...".

Trois observations éclaireront la portée de ce texte :

- a) A la différence de la Convention de La Haye, qui n'admet la reconnaissance de la personnalité juridique que si "elle comporte, outre la capacité d'ester en justice, au moins la capacité de posséder des biens et de passer des contrats et d'autres actes juridiques" (art. 1), la Convention se borne à exiger la capacité d'être titulaire de droits et d'obligations, sans autre détermination ni qualification.

On a entendu étendre ainsi le bénéfice de la reconnaissance à des sociétés ou personnes morales auxquelles la loi de constitution ne conférerait qu'une capacité partielle.

- b) Notons en outre, dès à présent, que la reconnaissance n'est pas subordonnée à l'octroi, par la loi d'origine, de la personnalité morale à la société qui en invoque le bénéfice (art. 8, infra n° 25).
- c) On verra enfin que l'une des déclarations communes confirme l'applicabilité de l'article 1 de la Convention à certains types de sociétés (v. infra, n° 49).

C H A P I T R E   I I  
-----

EFFETS DE LA RECONNAISSANCE

22. Les articles 6 à 8 de la Convention, formant le Chapitre II, déterminent les effets de la reconnaissance.

En revanche, la Convention ne traite pas de l'établissement et de la prestation des services de sociétés ou personnes morales reconnues, questions étrangères à son objet.

23. Conformément à une solution traditionnelle du droit international privé, également suivie par la Convention de La Haye, l'article 6 de la Convention décide que les "sociétés ou personnes morales reconnues en vertu de la présente Convention ont la capacité qui leur est accordée par la loi en conformité de laquelle elles ont été constituées" : cette loi est en effet compétente pour régir leur statut personnel, dont la capacité est un des éléments.

Réserves a cependant été faite de l'application éventuelle de l'article 4 (supra, n° 17, c), qui pourrait avoir pour effet de soumettre la société ou personne morale aux dispositions impératives, voire supplétives de la loi du pays, autre que celui dans lequel elle s'est constituée, où elle fixe son siège réel. Les dispositions de la loi du pays d'accueil, que celui-ci aurait déclarées applicables, peuvent en effet concerner la capacité.

24. Non moins généralement admise est la règle de l'article 7, qui autorise l'Etat dans lequel la reconnaissance est invoquée à refuser aux sociétés ou personnes morales reconnues en vertu de la Convention "les droits et facultés déterminés qu'il n'accorde pas aux sociétés ou personnes morales de type correspondant" (Cf. Convention de La Haye, art. 5, al. 2).

Plusieurs observations méritent cependant d'être faites, qui préciseront la portée exacte de cette solution, à la lumière du texte lui-même, ou des travaux préparatoires.

a) L'"alignement" des sociétés ou personnes morales étrangères sur les sociétés "autochtones" de type correspondant ne peut intervenir qu'au regard des "droits et facultés"; mais il ne peut avoir pour effet de "retirer à ces sociétés ou personnes morales leur capacité d'être titulaires de droits et d'obligations, de passer des contrats ou d'accomplir d'autres actes juridiques et d'ester en justice" (Convention, art. 7, al. 1, 2ème phrase), - en supposant bien entendu que la loi d'origine leur accorde toutes ces aptitudes générales, ce qui n'est pas indispensable, on l'a vu, pour qu'elles puissent bénéficier de la reconnaissance (supra, n° 20).

Autrement dit, la capacité générale, consistant en des aptitudes abstraites de participer à la vie juridique, est déterminée par la loi de constitution, sans que la loi du pays où la reconnaissance est invoquée puisse la restreindre par référence aux sociétés de type correspondant qu'elle régit ; quant aux droits et facultés déterminés, qui forment le contenu concret de la capacité générale, ils sont également définis, a priori, par la loi de constitution, mais la loi du "pays d'accueil" peut les restreindre par le jeu d'une telle référence.

- b) On s'est demandé s'il était possible et souhaitable d'établir, pour les besoins de l'application de cette règle, un "tableau des correspondances" entre les types de sociétés existant dans les Etats contractants. Le groupe a estimé qu'il convenait de laisser au juge compétent le soin d'établir, dans chaque cas, les correspondances.
- c) L'hypothèse a été également envisagée où il n'existerait, dans le pays d'accueil, aucune société ou personne morale de type correspondant à la société ou personne morale étrangère reconnue.

Il n'a finalement pas été jugé nécessaire de prévoir cette hypothèse par un texte particulier de la Convention ; mais les délégations, à l'exception de celle de l'Italie, ont exprimé le souhait que le rapport mentionnât qu'en pareil cas, seules les règles générales du droit des sociétés du pays d'accueil relatives aux droits et facultés déterminées des sociétés ou personnes morales, pourraient être appliquées à la société ou personne morale étrangère reconnue. La délégation italienne a estimé, toutefois, que ce problème ne devrait pas être traité dans le rapport, mais laissé à l'interprétation des juges.

- d) Enfin, selon le deuxième alinéa de l'article 7, les sociétés ou personnes morales reconnues "ne peuvent pas invoquer les limitations à leurs droits et facultés prévues au présent article".

On a souligné, en effet, que les actes juridiques accomplis grâce à la reconnaissance sont généralement source non seulement de droits, mais d'obligations. On ne saurait dès lors admettre qu'ayant outrepassé le contenu concret de sa capacité, tel qu'il résulterait d'une référence aux sociétés ou personnes morales autochtones de type correspondant, la société ou personne morale étrangère s'abrite ensuite derrière les limitations qu'elle aura ainsi méconnues pour échapper à ses engagements. Ces limitations lui sont opposables par les tiers ou par ses cocontractants, mais elle n'est pas autorisée à s'en prévaloir.

25. La référence à la loi de constitution pour déterminer la capacité générale de la société aurait pu faire naître une difficulté lorsque cette loi, tout en reconnaissant à la société une capacité juridique propre, ne lui accorde pas, en droit, la personnalité morale : c'est le cas, par exemple, de la "Offene Handels Gesellschaft" de droit allemand (O.H.G.).

Pour éviter toute hésitation en pareille hypothèse, l'article 8 de la Convention précise que "la capacité, les droits et facultés d'une société reconnue en vertu de la présente Convention, ne peuvent être refusés ou limités pour la seule raison que la loi en conformité de laquelle elle a été constituée ne lui accorde pas la personnalité morale".

Il faut, en d'autres termes, selon l'article 1, que les sociétés mentionnées à ce texte aient, pour être reconnues, la capacité d'être titulaires de droits et d'obligations en vertu de leur loi d'origine ; mais il n'est en revanche pas nécessaire que cette capacité prenne corps dans une règle de droit leur accordant formellement la personnalité morale.

C H A P I T R E III

ORDRE PUBLIC

26. La reconnaissance d'une société ou personne morale étrangère revient à admettre la compétence de la loi sous l'empire de laquelle elle s'est constituée, pour lui conférer une existence juridique et une capacité propres, et pour régir son statut. Il est dès lors normal que selon un mécanisme classique du droit international privé, cette compétence puisse être écartée par l'exception d'ordre public : pratiquement, il en résulte que la reconnaissance pourra être refusée, ou ses effets restreints, lorsque ceux-ci ou celle-là heurteraient les conceptions fondamentales de l'Etat où elle est invoquée.

Aussi bien la réserve de l'ordre public figure-t-elle habituellement dans les conventions d'établissement récentes ; elle a été également consacrée, en des termes très généraux, par l'article 8 de la Convention de La Haye, qui décide que "dans chaque Etat contractant, l'application des dispositions (de cette Convention) peut être écartée pour un motif d'ordre public".

Mais la généralité même de pareille formule pouvait difficilement convenir à une convention conclue entre les Etats membres des Communautés européennes. Leurs législations s'inspirent en effet de principes fondamentaux, souvent communs, ou largement semblables, et elles sont destinées à se rapprocher progressivement les unes des autres ; d'autre part, leurs relations dans le cadre des Communautés implique une confiance réciproque accrue, difficilement compatible avec la suspicion que traduit l'exception d'ordre public.

27. Aussi bien, sans l'éliminer complètement - ce qui ne paraît guère possible aussi longtemps que la coordination des législations des Etats contractants n'aura pas fait de très grands progrès - la Convention s'efforcera-t-elle de circonscrire l'intervention de l'ordre public, d'une part quant à son domaine (Section I), d'autre part quant à son contenu (Section II).

SECTION I

DOMAINE D'INTERVENTION DE L'ORDRE PUBLIC

28. L'article 9 de la Convention dispose que "dans chaque Etat contractant, l'application de la présente Convention peut être écartée seulement lorsque la société ou personne morale contrevient par son objet, par son but ou par l'activité effectivement exercée, à des principes ou à des règles que ledit Etat considère comme d'ordre public au sens du droit international privé".

Inspiré, en particulier, de l'art. 6 de la Convention d'établissement et de navigation franco-allemande du 27 octobre 1956, qui dispose que "sont reconnues par chacune des Parties contractantes comme existant régulièrement, sous réserve que rien dans leur constitution ou leur objet ne soit contraire à l'ordre public de cette Partie, les sociétés, etc...", ce texte restreint d'avantage encore le domaine de l'ordre public ; il a notamment pour objet et doit avoir pour conséquence, d'empêcher que l'ordre public d'un Etat contractant ne soit opposé à la reconnaissance d'une société ou personne morale au motif que les règles de l'Etat où elle a été constituée, relatives à sa formation ou à son fonctionnement, y seraient contraires.

29. Il a été estimé opportun de mentionner expressément dans la Convention, une application de cette règle : elle fait l'objet du deuxième alinéa de l'article 9, aux termes duquel "si la loi en conformité de laquelle une société s'est constituée admet que celle-ci existe juridiquement si elle n'a qu'un seul associé, ladite société ne peut pour ce seul motif être considérée par un Etat contractant comme contraire à son ordre public au sens du droit international privé".

Ainsi est résolue, dans le sens favorable à la reconnaissance des sociétés, la question classique de l'"Einmanggesellschaft". Le droit allemand et le droit néerlandais admettent qu'une société peut, sinon se créer, du moins se poursuivre avec un seul associé. Cette solution est rejetée par les législations d'autres Etats contractants, mais la réaction de ces derniers à l'égard d'une règle de droit étranger qui l'admet est variable : ainsi, la jurisprudence française ne refuse pas d'appliquer une telle règle si le droit étranger qui la consacre est compétent pour régir la société dont il s'agit ; la jurisprudence belge la considère, en revanche, comme contraire à l'ordre public.

La Convention adopte, on l'a vu, la solution la plus libérale.

30. Quant à la détermination positive du domaine où l'exception d'ordre public peut intervenir, elle répond aux préoccupations exprimées au cours des travaux, par les diverses délégations :

- l'objet de la société ou de la personne morale, c'est, bien entendu, l'activité à laquelle il est déclaré, dans ses statuts ou son acte constitutif, qu'elle entend se consacrer ;
- son but, c'est le résultat qu'elle se propose d'atteindre ;
- l'activité effectivement exercée est enfin celle à laquelle la société ou la personne morale se livre en fait, alors même qu'elle ne serait pas mentionnée dans ses statuts ou son acte constitutif.

De cette manière, l'exception d'ordre public ne pourra être écartée par une définition trop habile de l'objet social, ni par le fait d'une divergence entre la définition statutaire de cet objet et l'activité réelle de la société ou de la personne morale ; mais en revanche, elle sera cantonnée dans le domaine ainsi circonscrit, ce qui constitue un nouveau progrès par rapport au droit commun, comme à une partie du droit conventionnel des Etats contractants.

## SECTION II

### CONTENU DE L'ORDRE PUBLIC

31. Il n'est pas besoin de rappeler que le contenu de l'ordre public, variable selon les pays et les époques, ne se prête pas à une détermination exhaustive. Mais cette indétermination même fait le danger de son emploi : fournissant aux Etats le moyen d'écarter unilatéralement l'application d'une loi reconnue compétente ou d'une convention internationale qui les lie, elle est source d'insécurité juridique.

Faute cependant de pouvoir la supprimer complètement, on s'est efforcé, dans la Convention, d'atténuer cette incertitude.

- a) D'une part, l'article 9 ne permet aux Etats contractants d'écarter l'application de la Convention que lorsque "la société ou personne morale qui l'invoque contrevient par son objet, etc... à des principes ou à des règles que ledit Etat considère comme d'ordre public au sens du droit international privé".

La notion d'"ordre public au sens du droit international privé", ici employée, se réfère à la distinction, classique dans les systèmes juridiques de plusieurs parmi les Etats contractants, entre les principes et les règles qui sont considérées comme d'ordre public dans les relations qui relèvent du droit international privé et ceux qui sont d'ordre interne. Seuls les premiers font obstacle à l'application d'une loi étrangère ou (si la réserve en est expressément faite) d'une convention internationale qui y contrevient ; les seconds empêchent seulement que des institutions ou contrats, soumis au système juridique dont ils font partie, y dérogent. Les premiers sont naturellement moins nombreux que les seconds, et traduisent les conceptions politiques, économiques, sociales et morales de caractère fondamental de l'Etat considéré.

En limitant expressément la possibilité de ne pas appliquer la Convention aux cas où la société ou la personne morale qui l'invoque contreviendrait à l'ordre public au sens du droit international privé, on a par conséquent restreint le contenu de l'exception, et, partant, sa fréquence prévisible d'application.

En revanche, conformément à la théorie générale de l'ordre public en droit international privé, on a dû admettre que celui-ci pourrait être composé non seulement de règles de droit positif d'application directe, mais aussi de principes, qui leur sont sous-jacents, et aussi qu'il appartiendrait à chaque Etat contractant de déterminer lui-même le contenu de son ordre public, au sens de son propre droit international privé.

- b) Toutefois, une limitation est apportée à cette compétence étatique unilatérale par l'article 10 de la Convention, aux termes duquel "ne peuvent être considérés comme étant d'ordre public, au sens de l'article 9, des principes ou des règles contraires aux dispositions du Traité instituant la Communauté Economique Européenne".

A première vue, cette disposition peut surprendre, car on n'envisage pas que les Etats contractants, qui sont en même temps membres de la Communauté Economique Européenne, puissent maintenir ou adopter des principes ou des règles contraires au Traité qui l'institue. Mais en réalité, de tels principes ou règles pourraient fort bien subsister ou apparaître dans le droit commun de ces Etats, étant entendu qu'ils ne seraient pas applicables dans leurs rapports réciproques, mais seulement à l'égard des Etats tiers (par exemple, des dispositions apportant de nouvelles restrictions à l'établissement des personnes morales étrangères). Si de tels principes ou règles présentaient un caractère discriminatoire, incompatible avec le Traité de Rome, il ne pourraient pas être opposés à l'application de la Convention, fussent-ils même considérés, en dehors de ce domaine, comme d'ordre public au sens du droit international privé (et comme pouvant, par conséquent, écarter l'application d'autres conventions, bilatérales ou multilatérales, relatives à la reconnaissance des sociétés et personnes morales).

CHAPITRE IV

DISPOSITIONS FINALES

32. Les dispositions finales (Chapitre IV de la Convention, articles 11 à 20) concernent les questions suivantes :

- rapports entre la Convention et d'autres conventions (art. 11) ;
- champ d'application territorial de la Convention (art.12) ;
- ratifications et entrée en vigueur (art. 13 et 14) ;
- déclarations prévues aux articles 3, 4 et 12 alinéa 2 de la Convention (art. 15) ;
- conséquences d'admissions de nouveaux Etats dans la Communauté Economique Européenne (art. 16) ;
- dépôt et notifications (art. 17 et 20, in fine) ;
- durée et révision (art. 18 et 19) ;
- versions officielles (art. 20).

Ces diverses questions seront étudiées ci-après dans l'ordre indiqué, et en autant de sections.

SECTION I

RAPPORTS ENTRE LA CONVENTION ET D'AUTRES CONVENTIONS

33. Le premier alinéa de l'article 11 dispose que "dans les relations entre les Etats contractants, la présente Convention est applicable nonobstant toutes dispositions contraires relatives à la reconnaissance des sociétés ou personnes morales, contenues dans d'autres conventions, auxquelles les Etats contractants sont ou seront parties".

Ainsi, en cas de conflit entre la Convention et d'autres conventions, actuelles ou futures, liant des Etats contractants entre eux, la préférence devra être donnée à la première.

Toutefois, cette préférence ne pourrait pas avoir pour effet de limiter les engagements découlant ou qui découleraient à l'avenir pour les Etats contractants, dans leurs rapports réciproques, de telles conventions (art. 11, al. 2) : par exemple, si une convention bilatérale exclut ou excluerait à l'avenir, dans les rapports entre des Etats contractants, la faculté d'application de la loi de l'Etat du siège social, ou l'intervention de l'ordre public, ces dispositions devraient être respectées.

De même, la Convention n'aura pas pour effet d'empêcher l'application des droits internes actuels ou à intervenir qui pourraient prévoir une reconnaissance dans des cas où elle n'est pas prévue par la Convention, ou avec des effets plus étendus que ceux définie par celle-ci. De cette manière la Convention apparaît comme établissant, dans les rapports entre les Etats contractants, un minimum d'engagements, ne faisant pas obstacle à des solutions plus libérales. Il est cependant précisé que ces solutions devront en tout cas rester compatibles avec le Traité de Rome; en particulier, elles ne pourraient pas aboutir à une discrimination entre les sociétés ou personnes morales relevant des Etats membres de la Communauté Economique Européenne.

## SECTION II

### CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL DE LA CONVENTION

-----

34. Il est prévu, naturellement, que la Convention s'appliquera aux territoires européens des Etats contractants (art. 12, in fine).

Mais en outre, la Convention s'appliquera, ou pourrait s'appliquer, à deux autres catégories de territoires :

- a) Les départements français d'Outre-Mer ainsi que les territoires français d'Outre-Mer associés à la Communauté (art. 12, al. 1).
- b) Les pays ou territoires dont un Etat contractant assure les relations internationales, et qui sont associés à la Communauté, pourvu que ledit Etat contractant déclare que la Convention s'appliquera à ces pays ou territoires, ou à l'un ou certains d'entre eux (art. 12, al. 2).

Présentement, cette deuxième disposition ouvre la possibilité d'application de la Convention à Surinam et aux Antilles Néerlandaises, pays faisant partie du Royaume des Pays-Bas, et dont celui-ci assure les relations internationales.

35. Pour ces deux pays, comme pour les territoires français d'Outre-Mer, la délégation néerlandaise et la délégation française ont respectivement assuré que le droit des sociétés qui s'y applique est et doit demeurer identique, ou substantiellement semblable à celui des territoires européens des Pays-Bas et de la France.

Le représentant du Service Juridique de la Commission a exposé, d'autre part, que les mesures de libération progressive de l'établissement et des prestations de services s'appliquent et s'appliqueront à ces pays et territoires - moyennant, le cas échéant, des adaptations qui n'en modifieraient pas la substance - en raison de leur association à la Communauté : aussi bien cette association a-t-elle été expressément mentionnée dans le texte, qui ne pourrait dès lors point emporter application de la Convention à des pays ou territoires, même unis par des liens particuliers avec un Etat contractant, mais non associés à la Communauté.

### SECTION III

#### RATIFICATIONS ET ENTREE EN VIGUEUR

36. L'article 13 de la Convention prévoit, selon la solution traditionnelle, que celle-ci sera ratifiée par les Etats contractants en conformité de leurs règles constitutionnelles respectives; la charge de recevoir le dépôt des instruments de ratification est confiée au Secrétariat des Conseils des Communautés Européennes, puisqu'aussi bien c'est dans le cadre de celles-ci que la Convention intervient.

37. Selon l'article 14, la Convention "entrera en vigueur le premier jour du troisième mois qui suivra le dépôt des instruments de ratification de l'Etat signataire qui procédera le dernier à cette formalité" : il en résulte que pour entrer en vigueur la Convention devra être ratifiée par tous les Etats signataires.

### SECTION IV

#### DECLARATIONS PREVUES AUX ARTICLES 3, 4 ET 12 AL. 2 DE LA CONVENTION

38. Les articles 3 et 4 prévoient, on s'en souvient, des déclarations :

- de non reconnaissance de sociétés ou personnes morales ayant leur siège réel hors des territoires d'application de la Convention, et dont l'activité ne présente pas un lien effectif et continu avec l'économie d'un de ces territoires (art. 3; V. supra, n° 17, b),
- et d'application, par l'Etat déclarant, de sa propre loi aux sociétés et personnes morales dont le siège réel se trouve sur son territoire, bien qu'elles aient été constituées selon la loi d'un autre Etat contractant (art. 4; V. supra, n° 17, c).

39. S'il en est fait usage, la faculté laissée aux Etats contractants de faire ces déclarations sera inévitablement source de disparités dans le traitement juridique des sociétés ou personnes morales qu'elles peuvent concerner; du moins s'est-on efforcé d'éliminer pour celles-ci tout risque d'insécurité juridique en prescrivant aux Etats contractants de faire ces déclarations "au plus tard au moment du dépôt des instruments de ratification de la présente Convention", et en précisant "qu'elles prennent effet le jour de l'entrée en vigueur de celle-ci" (art. 15, al. 1).

De cette manière, les sociétés ou personnes morales se trouvant - ou envisageant de se placer - dans l'un des deux cas respectivement prévus aux articles 3 et 4 de la Convention, sauront "dès le départ" que dans tels Etats contractants, elles ne seront pas reconnues, ou se verront appliquer les dispositions impératives, voire supplétives, de la loi de cet Etat.

En outre, l'exigence d'une déclaration globale, faite au plus tard lors du dépôt des instruments de ratification, fait obstacle à une appréciation "cas par cas" par l'Etat intéressé, au résultat de laquelle celui-ci se serait réservé d'exercer ou non, au regard de chaque société ou personne morale déterminée, l'une ou l'autre des facultés offertes par les articles 3 et 4.

40. On n'a pas voulu cependant empêcher un Etat contractant ayant originellement fait les déclarations prévues aux articles 3 et 4, d'admettre, au cours de l'application de la Convention, une reconnaissance sans conditions supplémentaires, ni application de sa propre loi, des sociétés et personnes morales mentionnées à ces textes.

Aussi bien, l'article 15 dispose-t-il, dans son 2ème alinéa, que "tout Etat contractant peut, à tout moment, retirer les déclarations faites en vertu des articles 3 et 4 ou l'une d'entre elles".

"Ce retrait", poursuit le texte, "prend effet le premier jour du troisième mois suivant la réception de sa notification par le Secrétariat des Conseils des Communautés Européennes" : sa mise en vigueur sera ainsi précédée de la publicité que le Secrétariat doit donner, on la verra, aux déclarations qu'il reçoit (art. 17, c; V. infra, n° 44).

L'article 15, alinéa 2, décide enfin que "ce retrait est définitif" : en d'autres termes, un Etat qui y aura procédé ne pourra, par la suite, faire à nouveau les déclarations des articles 3 et 4.

Lui en laisser la faculté, o'eût été en effet créer un danger d'insécurité juridique permanente, car des sociétés ou personnes morales qui faisant foi au retrait des déclarations initiales, auraient compté sur la reconnaissance (ou sur la non application de la loi du pays d'accueil), pourraient voir modifier leur statut juridique dans cet Etat alors qu'elles y auraient déjà installé leur siège réel, investi des capitaux ou exercé une activité.

41. L'article 15 prévoit également que la déclaration prévue à l'article 12, alinéa 2 (application de la Convention à des pays ou territoires dont un Etat contractant assure les relations internationales et qui sont associés à la Communauté) devront intervenir au plus tard au moment du dépôt des instruments de ratification de la Convention. Il n'a pas été prévu, en revanche, de faculté de retrait de cette déclaration, le domaine d'application territoriale de la Convention ne pouvant varier au cours de son application.

## SECTION V

### CONSEQUENCES D'ADMISSIONS DE NOUVEAUX ETATS DANS

#### LA COMMUNAUTE ECONOMIQUE EUROPEENNE

42. La Convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés est étroitement liée à l'institution et au fonctionnement de la Communauté Economique Européenne : négociée en exécution de l'article 220 du Traité de Rome, elle répond notamment, on l'a vu, au désir des Etats contractants d'assurer la réalisation de la liberté d'établissement des sociétés et personnes morales mentionnées à l'article 58, alinéa 2, de ce Traité ; et ses dispositions tiennent compte des liens particuliers qui existent entre les Etats membres de la Communauté.

Il est dès lors nécessaire, pour que la Convention réponde à l'objectif des Parties contractantes et que soient légitimes les avantages qui en découlent, qu'elle soit appliquée, dans leurs rapports réciproques, par tous les Etats membres de la Communauté.

C'est pourquoi, on l'a vu, elle n'entrera en vigueur que lorsqu'elle sera ratifiée par tous les Etats signataires (art. 14; V. supra, n° 37).

Pour les mêmes raisons, il faut aussi qu'un Etat qui deviendrait membre de la Communauté Economique Européenne après la signature de la Convention adhère également à celle-ci. Certes, en droit, une obligation d'adhésion ne pouvait-elle être imposée, in futurum, à un ou plusieurs Etats présentement indéterminés, et ne participant pas à la négociation, ni à la conclusion de la Convention; mais "les Etats contractants reconnaissent que tout Etat qui devient membre de la Communauté Economique Européenne, doit également adhérer à la présente Convention" (art. 16, al. 1). Cette "reconnaissance" les lie, quant aux conditions auxquelles ils devront subordonner l'admission d'un Etat dans la Communauté.

43. Le lien nécessaire, ainsi établi, entre l'admission dans la Communauté et l'adhésion à la Convention a pour conséquence que cette "adhésion sera l'un des objets de l'accord prévu à l'article 237, alinéa 2, du Traité instituant la Communauté Economique Européenne" (Convention, art. 16, al. 2). On sait en effet qu'aux termes de l'article 237, alinéa 2 du Traité de Rome "les conditions de l'admission ... font l'objet d'un accord entre les Etats membres et l'Etat demandeur".

Mais on peut également supposer que des adaptations doivent être apportées à la Convention et des modalités particulières d'application prévues, en cas d'adhésion d'un Etat (de même que l'art. 237, al. 2, prévoit que l'admission d'un Etat dans la Communauté entraînera des adaptations du Traité de Rome); s'il en était ainsi, ces adaptations et modalités d'application "feraient l'objet d'un accord spécial" (Convention, art. 16, al. 2).

Les délégations des Etats qui ont négocié la Convention ont exprimé le souhait que s'il apparaissait nécessaire, cet accord spécial intervienne en même temps que l'accord d'admission à la Communauté, prévu à l'article 237 du Traité de Rome. L'adhésion à la Convention figurera en effet dans l'accord d'admission: si, par conséquent, l'accord spécial définissant, le cas échéant, les adaptations et les modalités d'application de la Convention n'intervenait que postérieurement, le nouvel Etat membre ne serait pas lié par la Convention pendant cette période intérimaire.

Il n'a pas paru toutefois possible de prévoir expressément, dans la Convention, la concordance dans le temps des deux accords, ainsi unanimement souhaitée.

SECTION VI

DEPOT ET NOTIFICATIONS

44. Aux termes de l'article 20 de la Convention, "la Convention ... sera déposée dans les archives du Secrétariat des Conseils des Communautés Européenne, qui remettra une copie certifiée conforme à chacun des Gouvernements des Etats signataires".

D'autre part, l'article 17 de la Convention charge le Secrétariat de communiquer aux Etats signataires les actes juridiques ou les faits dont la connaissance est nécessaire pour qu'ils soient informés de l'applicabilité de la Convention, et le cas échéant, des conditions ou aménagements particulière de son application :

- dépôt de tout instrument de ratification ;
- date d'entrée en vigueur de la Convention ;
- déclarations reçues en application des articles 3, 4, 12 alinéa 2 et 15 alinéa 2, et dates de prise d'effet de ces déclarations.

Les déclarations reçues en application des articles 3 et 4 prennent nécessairement effet, on le sait, au jour de l'entrée en vigueur de la Convention (art. 15 ; V. supra, n° 39). Il a paru cependant utile de prévoir la notification de cette date de prise d'effet (qui n'est ici qu'un simple rappel), de manière à grouper matériellement dans la communication du Secrétariat des Conseils, tous les renseignements relatifs à l'entrée en vigueur de la Convention et des documents qui l'accompagnent, le cas échéant.

45. Les délégations ont été d'accord pour souhaiter que ces formalités de type traditionnel soient complétées par une publication de la Convention et des actes et faits mentionnés à l'article 17 au Journal Officiel des Communautés Européennes ; mais cette publication n'aurait qu'un caractère d'information.

SECTION VII

DUREE ET REVISION

46. L'article 18 de la Convention décide que "la présente Convention est conclue pour une durée illimitée", - solution logiquement empruntée à l'article 240 du Traité instituant la Communauté Economique Européenne.

Par voie de conséquence, l'article 19 précise que "chaque Etat contractant peut demander la révision de la présente Convention". Lorsqu'une pareille demande est formée, "la Commission de la Communauté Economique Européenne doit convoquer une conférence de révision" (1).

SECTION VIII

VERSIONS OFFICIELLES  
-----

47. Reprenant textuellement la solution donnée à cet égard par l'article 248 du Traité instituant la Communauté Economique Européenne, et suivie par tous les textes élaborés dans le cadre de celle-ci, l'article 20 de la Convention décide que "la présente Convention (est), rédigée en un exemplaire unique, en langue allemande, en langue française, en langue italienne et en langue néerlandaise, les quatre textes faisant également foi ...".

---

(1) La délégation française a demandé la suppression de cette deuxième phrase de l'article 19, estimant qu'il n'entraînait pas dans les attributions institutionnelles de la Commission de convoquer une conférence intergouvernementale.

CHAPITRE V

\*\*\*\*\*

DECLARATIONS COMMUNES

48. Trois déclarations communes sont annexées à la Convention. Elles concernent respectivement :

- la "società semplice" de droit italien et la "vennootschap onder firma" de droit néerlandais;
- les Etats associés à la Communauté Economique Européenne (autres que les pays et territoires mentionnés à l'article 12);
- les moyens d'assurer une interprétation uniforme de la Convention.

SECTION I

DECLARATION COMMUNE N° 1

-----

("Società semplice" et "Vennootschap onder firma")

49. On a rappelé ci-dessus (n° 21) que l'article 1 de la Convention subordonnait la reconnaissance des sociétés qui y sont mentionnées à la condition que la loi en conformité de laquelle elles ont été constituées "leur accorde la capacité d'être titulaires de droits et d'obligations".

Par la déclaration commune n° 1, les Etats signataires de la Convention conviennent que la "società semplice" du droit italien et la "vennootschap onder firma" du droit néerlandais relèvent de l'article 1; il ne s'agit pas d'une extension, mais d'une interprétation de ce texte, recevant force obligatoire dans les rapports entre les Etats signataires, par l'effet de la déclaration commune.

SECTION II

ETATS ASSOCIES  
-----

(Déclaration commune n° 2)

50. Aux termes de ce texte, les Etats signataires de la Convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés "se déclarent prêts à engager, en tant que de besoin, et dans le cadre des accords d'association, des négociations avec tout Etat associé à la Communauté Economique Européenne en vue de la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales au sens des articles 1 et 2 de ladite Convention".

Cette déclaration concerne des négociations à engager, en tant que de besoin, aussi bien avec les Etats déjà associés à la Communauté lors de la signature de la Convention, qu'avec ceux qui s'y associeraient par la suite. Elles auraient pour objet la conclusion de conventions distinctes, tenant compte, le cas échéant, des besoins et problèmes particuliers qui apparaîtraient, relativement à la reconnaissance des sociétés et personnes morales, dans les rapports avec chacun des Etats associés.

SECTION III

MOYENS D'ASSURER UNE INTERPRETATION UNIFORME DE LA CONVENTION  
-----

(Déclaration commune n° 3)

51. L'application de la Convention pourrait soulever des difficultés d'interprétation. Or, l'uniformité du régime juridique de la reconnaissance des sociétés et personnes morales que les Etats contractants entendent atteindre ou du moins approcher en la concluant, pourrait être remise en cause par des interprétations éventuellement divergentes de cette Convention, émanant des juridictions nationales; par là même, l'application de la Convention pourrait être moins efficace.

52. Aussi bien, selon la déclaration commune n° 3, les Etats contractants se déclarent-ils prêts à étudier les moyens d'éviter ces divergences d'interprétation.

./.

L'un de ces moyens serait d'attribuer des compétences, en ce domaine, à la Cour de Justice des Communautés Européennes. En l'état actuel des textes, en effet, cette haute juridiction ne serait pas compétente pour interpréter, à titre préjudiciel, la Convention, qui n'est pas un acte "pris par les institutions de la Communauté" (Traité instituant la Communauté Economique Européenne, art. 177, b). Il n'est pas exclu, en revanche, que la Cour puisse être saisie d'un litige qui surgirait entre des Etats, à la fois membres de la Communauté et parties à la Convention, en vertu et par le mécanisme de l'article 182 du Traité de Rome, qui dispose que "la Cour de Justice est compétente pour statuer sur tout différend entre Etats membres en connexité avec l'objet du présent Traité, si ce différend lui est soumis en vertu d'un compromis". Mais cette compétence ne concernerait que les litiges entre Etats, et supposerait un accord particulier à chaque litige : elle ne suffirait par conséquent pas à assurer, à l'occasion de tous litiges relatifs à la Convention, l'unité d'interprétation souhaitée.

En conséquence, les Etats contractants se déclareraient-ils prêts à examiner, parmi les moyens de parvenir aux fins définies, la possibilité d'attribuer certaines compétences à la Cour de Justice des Communautés Européennes, et à négocier, le cas échéant, un accord à cet effet.