18.2. L'INTEGRATION ECONOMIQUE, LES FONCTIONS SOCIALES DU DROIT DES SOCIETES ET LA NATIONALITE DES SOCIETES A LA CROISEE DES CHEMINS

Régis BISMUTH

L'affaire *Centros* intéresse en premier lieu les relations qu'entretiennent, d'une part, la liberté d'établissement encadrée par les articles 49 et 54 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et, d'autre part, la question de droit international privé concernant la loi applicable aux activités internes et au statut des sociétés. Comprendre les interactions entre ces deux corps de règles, notamment dans quelle mesure les premières ont affecté les secondes, suppose de revenir brièvement sur les deux principaux modèles de détermination de la loi applicable retenus par les Etats membres[1]. Certains (Royaume-Uni, Irlande, Danemark, etc.) retiennent la théorie de l'incorporation (*incorporation theory*) selon laquelle le droit applicable est celui de l'Etat dans lequel la société a été constituée. D'autres (Allemagne, Autriche, France, Belgique, etc.) ont retenu la théorie du siège réel (*real seat theory*) selon laquelle le droit applicable est celui de l'Etat sur le territoire duquel est localisé le siège réel (ou « effectif ») de la société.

Ces deux théories reposent sur des conceptions significativement différentes. La théorie du siège réel fournit un critère de rattachement « objectif et réaliste »[2] de la société et s'inscrit dans une logique institutionnelle en cherchant à faire coïncider le droit applicable avec le système légal et l'économie de l'Etat dans lequel la société s'intègre[3]. Celle de l'incorporation laisse la détermination de la *lex societatis* au libre choix des fondateurs. Elle s'inscrit dans une logique contractuelle où prévaut l'autonomie de la volonté.

La théorie du siège réel est susceptible d'entraver la mobilité internationale des sociétés. Une société souhaitant transférer son siège à l'étranger tout en conservant sa forme sociale peut se voir opposer un refus des autorités de l'Etat de constitution (ou « Etat d'origine »). Aussi, une société désirant établir une succursale à l'étranger peut se voir opposer un refus des autorités de l'Etat l'accueil au motif que la dissociation entre le siège social (situé dans l'Etat d'origine) et le siège réel (situé dans l'Etat d'accueil) peut constituer une

[1] M.-P. Weller & Ch. Thomale, Companies, in J. Basedow et al. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2017, p. 405 et s. ; A. Cotiga, *Le droit européen des sociétés – Compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne*, Larcier, Bruxelles, 2013, p. 151 et s.

[2] A. Cotiga, *Le droit européen des sociétés*, *op. cit.* note 1, p. 153.

[3] M. Menjucq, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, LGDJ, Paris, 1997, p. 90 et s.

manœuvre destinée à échapper à l'application de la *lex societatis* de ce dernier. De tels mouvements peuvent ainsi nécessiter la création d'une nouvelle société dans l'Etat d'accueil (opération désignée « réincorporation ») ou le respect par les sociétés pseudo-étrangères de certaines règles impératives (par exemple en matière de capital social minimal). C'est à l'aune de ces éléments que l'affaire *Centros* et la constellation jurisprudentielle dans laquelle elle s'inscrit peuvent se comprendre.

La construction du marché commun s'est articulée depuis le Traité de Rome jusqu'à celui de Lisbonne autour de quatre libertés de circulation (des marchandises, services, capitaux et personnes). La libre circulation des personnes (désigné « droit d'établissement ») bénéficie aux « ressortissants » des Etats membres (article 49 TFUE), lesquels incluent « les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre » qui « sont assimilées (...) aux personnes physiques ressortissantes des Etats membres » (article 54 TFUE). Les sociétés souhaitant transférer leur siège réel d'un Etat membre vers un autre mais faisant face aux obstacles dressés tant par les Etats d'origine (exigeant une dissolution préalable au transfert) que par les Etats d'accueil (exigeant une réincorporation ou le respect de certaines règles impératives) ont ainsi invoqué le droit d'établissement afin d'y faire échec. Cela a généré un contentieux de deux ordres. L'un concerne la compatibilité avec le droit d'établissement des restrictions posées par l'Etat d'origine à « l'émigration » du siège réel (affaires *Daily Mail*[4] et *Cartesio*[5] notamment), l'autre les restrictions posées par l'Etat d'accueil à « l'immigration » du siège réel (affaires constituant la trilogie *Centros*[6], *Überseering*[7] et *Inspire Art*[8]).

La Cour de justice a opéré une distinction entre les deux situations[9]. D'une part, dans une logique qui n'est pas sans rappeler celle de l'affaire *Cassis de Dijon*[10], elle a censuré les restrictions imposées par les Etats d'accueil au titre de la liberté d'établissement (réincorporation, exigence en capital, non-reconnaissance de la personnalité juridique, imposition de règles spécifiques de responsabilité des administrateurs). Elle a néanmoins, d'autre part, refusé de reconnaître une atteinte à cette liberté d'établissement dans les situations d'émigration. Retenant dans l'affaire *Cartesio* « qu'une société créée en vertu d'un ordre juridique national n'a d'existence qu'à travers la législation nationale

[4] CJCE 27 septembre 1988, aff. 81/87, *The Queen c. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, *Rec.* p. 5505.
[5] CJCE 16 décembre 2008, aff. C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, *Rec.* p. I-9641.
[6] CJCE 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, *Rec.* p. I-01459.
[7] CJCE 5 novembre 2002, aff. C-208/00, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, *Rec.* p. I-9919.
[8] CJCE 30 septembre 2003, aff. C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd.*, *Rec.* p. I-10155
[9] Sur ces aspects, v. A. Cotiga, *Le droit européen des sociétés*, *op. cit.* note 1, p. 175 et s. ; O. Sandrock & J. J. du Plessis, The Impact of European Developments on German Codetermination and German Corporate Law, in J. J. DU PLESSIS et al. (eds.), *German Corporate Governance in International and European Context*, 2nd ed., Springer, Heidelberg, 2012, p. 204 et s.
[10] A. Johnston, *EC Regulation of Corporate Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 146 et s. L'auteur évoque notamment « *(t)he extension of Cassis to companies* » (p. 152).

qui en détermine la constitution et le fonctionnement »[11], la Cour a souligné qu'il revenait ainsi au droit national de définir le lien de rattachement « exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon son droit national »[12]. En conséquence, le droit de l'Etat d'origine a la possibilité de ne plus reconnaître comme sienne une société souhaitant transférer son siège dans un autre Etat membre, « rompant ainsi le lien de rattachement que prévoit le droit national de l'Etat membre de constitution »[13].

Il résulte de cette jurisprudence une situation asymétrique. Dans les cas d'émigration, la liberté d'établissement ne vient globalement pas restreindre le droit de l'Etat d'origine de contrôler le transfert du siège réel. Dans les cas d'immigration, la liberté d'établissement contraint l'Etat d'accueil à reconnaître la société étrangère qui souhaite y transférer son siège sans pouvoir lui imposer les exigences résultant des règles impératives de son droit des sociétés, sauf « raisons impérieuses d'intérêt général » qui n'ont pas été invoquées avec succès dans les arrêts *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art*. La liberté d'établissement a ainsi significativement affecté la possibilité pour les Etats d'accueil d'appliquer la théorie du siège réel afin de gérer le statut personnel des sociétés étrangères. L'arrêt *Centros*, qui a été le premier à creuser ce sillon jurisprudentiel, présente d'autant plus d'intérêt que cette affaire revêt pour certains une dimension quasi iconique dans le récit du droit de l'UE[14] et le discours européen sur le droit des sociétés[15].

Au-delà des seuls aspects de droit de l'UE ou de droit international privé intéressant la mobilité des sociétés, des lectures complémentaires ou périphériques de l'arrêt *Centros* peuvent être réalisées. Cette affaire, tant par son issue que par les symboles qu'elle véhicule est particulièrement riche si bien qu'elle est susceptible d'interpeler les spécialistes d'autres disciplines. Trois perspectives peuvent ainsi être explorées. La première consiste à évaluer ce que l'affaire *Centros* peut enseigner sur le fonctionnement des modèles d'intégration économique positive et négative (I), la seconde se rapporte aux fonctions sociales du droit des sociétés et aux différents modèles de capitalisme (II) et la dernière s'emploie à l'appréhender au regard de certaines problématiques actuelles relatives à la nationalité des sociétés en droit international public (III).

[11] CJCE 16 décembre 2008, *Cartesio*, préc. note 5, § 104.
[12] *Ibid.*, § 110.
[13] *Ibid.*
[14] V. notamment, M. Gelter, *Centros*, the Freedom of Establishment for Companies and the Court's Accidental Vision for Corporate Law, in F. Nicola & B. Davies (eds.), *EU Law Stories – Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 309 et s.
[15] *Ibid.*, p. 332-334. L'auteur relève par exemple que c'est à la suite de l'affaire *Centros* que certaines revues portant sur le droit européen ou comparé des sociétés sont apparues (*European Business Organization Law Review* créée en 2001, *European Company and Financial Law Review* et *European Company Law* créées en 2004, etc.).

I. LA PERSPECTIVE DE L'INTÉGRATION ÉCONOMIQUE

En ce qu'elles intéressent les relations entre libéralisation et régulation, l'affaire *Centros* et sa progéniture jurisprudentielle s'inscrivent au sein des problématiques de l'intégration économique, en particulier celles relatives à la distinction entre deux différents modèles d'intégration, positive et négative.

L'intégration économique a pour objectif la constitution d'un espace de circulation économique et suppose la suppression des barrières aux échanges. Il n'est donc pas surprenant que différents processus d'intégration reposent sur des disciplines similaires (par exemple le principe de non-discrimination) alors qu'ils relèvent de cadres juridiques distincts. C'est le cas dans une certaine mesure du droit de l'UE et du droit de l'OMC qui peuvent être étudiés dans une perspective comparative[16]. Ces deux dispositifs se distinguent néanmoins en ce que le droit de l'OMC relève d'un processus d'intégration négative (suppression des obstacles aux échanges) alors que le droit de l'UE s'inscrit globalement dans une dynamique d'intégration positive (suppression des obstacles aux échanges couplée à la mise en œuvre de politiques communes et d'une harmonisation réglementaire par le biais d'instruments supranationaux)[17]. La première procède d'une dissociation entre les espaces de libéralisation et de régulation alors que la seconde s'emploie à les faire coïncider. L'ensemble des règlementations nationales n'est toutefois pas soumis à des initiatives d'harmonisation et il existe des poches d'intégration négative dans le contexte européen. C'est le cas de certains aspects du droit des sociétés et l'arrêt *Centros* peut être appréhendé selon cette perspective.

En opérant un contrôle des mesures restrictives nationales portant sur des questions non harmonisées en droit de l'UE au regard des libertés économiques européennes (en l'espèce le refus par les autorités danoises d'immatriculer la succursale d'une société constituée au droit britannique pour contournement des règles nationales relatives au capital minimal), l'arrêt *Centros* s'inscrit dans une logique « d'intégration négative »[18]. Ce qui frappe néanmoins dans cette décision est que la dimension intra-européenne de la situation (l'établissement d'une société britannique au Danemark) ne relève pas d'un véritable flux économique entre ces deux Etats mais résulte de la seule volonté des fondateurs danois, ne souhaitant conduire une activité économique qu'au Danemark, de choisir le système de droit des sociétés étranger considéré comme le plus avantageux. En substance, le seul flux que l'on peut constater entre les deux Etats membres est celui du droit des sociétés britannique, La Cour a non seulement permis « de

[16] V. par ex., S. E. Gaines, B. Egelund Olsen & K. Engsig Sørensen (eds.), *Liberalising Trade in the EU and the WTO – A Legal Comparison*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
[17] F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade – A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, Hart, Portland, 2004, p. 16 et s.
[18] Ch. Joerges, Sur la légitimité d'européaniser le droit privé – Plaidoyer pour une approche procédurale, *Revue Internationale de Droit Economique*, 2004, n° 2, p. 142. ; A. Johnston, *op. cit.* note 10, p. 152 et s.

transformer une situation purement interne en situation intracommunautaire »[19], mais elle a aussi d'une certaine façon consacré la libre circulation du droit des sociétés dans l'espace européen en tant que prolongement de la liberté d'établissement. La Cour a d'ailleurs clairement assumé ce *law shopping* en soulignant qu'il est possible à tout ressortissant européen de choisir de constituer une société « dans l'Etat membre dont les règles de droit des sociétés lui paraissent les moins contraignantes »[20]. Dès lors, sans subordonner la circulation des règles plus avantageuses à un flux économique réel au sein du marché intérieur et en ne tenant pas compte de l'intention des personnes concernées de contourner les règles de l'Etat d'accueil, la Cour a ainsi instauré une concurrence directe entre les systèmes nationaux de droit des sociétés.

Cette concurrence s'est manifestée dans les années qui ont suivi la trilogie *Centros-Überseering-Inspire Art* par l'expansion d'un marché paneuropéen de l'incorporation dans le cadre duquel la société à responsabilité limitée britannique était particulièrement populaire. Ce fut notamment le cas en Allemagne où sont apparus de nouveaux intermédiaires en charge de la réalisation des formalités de constitution[21].

Cela a généré un débat relatif au risque que cette concurrence ne conduise à une course au moins-disant réglementaire (*regulatory race to the bottom*) et ne démantèle les protections que véhicule le droit des sociétés au bénéfice des actionnaires ou autres parties prenantes[22]. Il faut constater que ces décisions de la Cour de Justice ont déclenché des réformes de simplification du droit des sociétés à responsabilité limitée dans de nombreux Etats membres désireux d'assurer leur compétitivité, tels que l'Allemagne, la France, l'Espagne, ou les Pays-Bas – en relevant que, pour ce dernier cas, la réforme a mentionné explicitement la jurisprudence de la Cour[23].

Ces évolutions permettent de revenir aux considérations relatives aux modèles d'intégration économique. Cette jurisprudence a en effet généré ce que certains désignent comme une « *defensive regulatory competition* »[24] par le biais de laquelle plusieurs Etats membres ont cherché à aligner certains aspects de leur droit des sociétés à responsabilité limitée avec le modèle britannique. La position de la Cour a, par le biais de son interprétation du droit d'établissement, ainsi favorisé un processus de convergence des droits nationaux, en d'autres termes une forme d'intégration positive (subie ou contrainte) dans un domaine où les Etats membres s'étaient jusqu'alors refusé à harmoniser les réglementations nationales.

[19] H. Muir Watt, Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions), *RCADI*, vol. 307, 2004, p. 108.
[20] CJCE 9 mars 1999, *Centros*, préc. note 6, § 27
[21] M. Becht, L. Enriques & V. Korom, *Centros* and the Cost of Branching, Journal of Corporate Law Studies, vol. 9, 2009, p. 171. ; M. Gelter, préc. note 14, p. 326 et s. ; M. Höpner & A. Schäfer, A New Phase of European Integration: Organised Capitalisms in Post-Ricardian Europe, West European Politics, vol. 33, 2010, p. 360.
[22] M. Gelter, préc. note 14, p. 327. V. aussi *infra* II.
[23] *Ibid.*, p. 328-329.
[24] *Ibid.*, p. 328. ; A. Johnston, *op. cit.* note 10, p. 183 et s.,

II. LA PERSPECTIVE DES FONCTIONS SOCIALES DU DROIT DES SOCIÉTÉS

La démarche déployée par la Cour dans *Centros* et les affaires ultérieures consiste à exiger de l'Etat d'accueil qu'il justifie toute restriction à la liberté d'établissement résultant d'exigences additionnelles imposées aux sociétés étrangères. De telles restrictions peuvent être compatibles avec les libertés de circulation dès lors que, comme la Cour l'indique, elles respectent quatre conditions : « elles doivent s'appliquer de manière non discriminatoire, se justifier par des raisons impérieuses d'intérêt général, être propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre »[25]. La Cour a ainsi contrôlé les moyens employés par les Etats d'accueil afin de garantir la réalisation de certains objectifs et la protection de certains intérêts par le biais des règles du droit des sociétés. Cette jurisprudence libérale apparaît assez stricte pour les Etats et à courte-vue si l'on s'emploie à la replacer dans un cadre plus général des fonctions, notamment sociales, du droit des sociétés.

Dans le cadre de l'affaire *Centros*, il était question des règles relatives à la constitution et la libération d'un capital minimal pour les sociétés à responsabilité qui avaient été contournées, la loi danoise exigeant un minimal d'environ 20.000 euros alors que le processus d'incorporation au Royaume-Uni pour le même type de société ne s'élevait qu'à £100 environ. Les autorités danoises ont souligné que ces exigences capitalistiques poursuivaient un objectif de protection des créanciers tant publics (qui ne peuvent constituer de sûretés) que privés face à un risque de faillite frauduleuse découlant d'une situation d'insolvabilité[26].

La Cour a rejeté ces arguments de manière expéditive. Elle a notamment souligné que les exigences en capital n'ont manifestement pas pour objectif de protéger les créanciers car si la société britannique avait eu une réelle activité dans l'Etat d'origine, la succursale danoise aurait été immatriculée. Elle n'a donc pas considéré qu'une société étrangère ayant une activité réelle dans l'Etat d'origine puisse être traitée plus favorablement qu'une société qui a été constituée à l'étranger dans le seul but de contourner des règles nationales relatives au capital minimal ! Elle a par ailleurs indiqué que la protection des créanciers est finalement garantie en ce qu'ils sont informés que la société en question relève d'une législation étrangère[27]. Dans l'affaire *Inspire Art*, la Cour a de nouveau indiqué que l'information concernant l'origine étrangère de la société était suffisante pour la protection des créanciers, notant au passage qu'elle n'a pas besoin « d'examiner si les règles relatives au capital minimal constituent en elles-mêmes un mécanisme approprié de protection »[28].

[25] CJCE 9 mars 1999, *Centros*, préc. note 6, § 34.
[26] *Ibid.*, § 32.
[27] *Ibid.*, § 35-36.
[28] CJCE 30 septembre 2003, *Inspire Art*, préc. note 8, § 135.

Les exigences relevant du droit des sociétés ne se limitent toutefois pas aux intérêts des seuls créanciers et l'affaire *Überseering* a été l'occasion pour le gouvernement allemand de souligner que la théorie du siège réel permettait aussi d'assurer la protection des actionnaires minoritaires et des salariés[29]. L'Allemagne s'inquiétait notamment pour l'avenir de son système de cogestion permettant aux salariés d'être représentés dans les organes de certains types de sociétés[30]. Si la Cour a considéré dans une formule très prudente qu'il « ne saurait être exclu que des raisons impérieuses d'intérêt général telles que la protection (...) des salariés (...) puissent, dans certaines circonstances et en respectant certaines conditions, justifier des restrictions à la liberté d'établissement »[31], elle a néanmoins indiqué que les mesures allemandes visant la société pseudo-étrangère (en l'occurrence l'impossibilité d'ester en justice) équivalaient « à la négation même de la liberté d'établissement »[32].

Au-delà de la question de la proportionnalité des mesures nationales mises en œuvre par l'Etat d'accueil afin de sanctionner le non-respect des exigences impératives nationales (nécessité de réincorporation, non-reconnaissance de la personnalité juridique de la société étrangère, etc.), cette jurisprudence induit de manière sous-jacente une appréciation du bien-fondé des structures sociétaires sur des aspects qu'il serait inenvisageable de remettre en question sur d'autres fondements. Il est en effet difficilement concevable de contester les exigences de capital minimal ou les règles de cogestion sur le fondement de la liberté d'entreprise en ce qu'elles constituent un obstacle non nécessaire à la conduite d'une activité économique dans un système national donné. Pourtant, ces mêmes exigences résistent difficilement à la logique de la liberté d'établissement qui s'avère finalement très invasive[33].

L'arrêt *Centros* et ceux qui l'ont suivi ont ainsi plus fondamentalement ouvert la brèche d'un droit des sociétés hors-sol en rendant possible le détricotage de certains modèles d'organisation du capitalisme (par exemple le capitalisme rhénan) qui sont aussi le résultat d'un processus historique[34]. Il n'est d'ailleurs pas exclu que cette jurisprudence ne conduise les Etats membres à faire en sorte que les exigences découlant du droit des sociétés imposées globalement selon une logique *ex ante* et qui sont censurées au titre de la liberté d'établissement (capital minimum ou responsabilité solidaire des administrateurs dans *Inspire* Art) soient reconstituées sous une autre forme selon une approche *ex post* individualisée. Il en serait ainsi par exemple par le biais du droit des procédures collectives ou des standards applicables pour la levée du

[29] CJCE 5 novembre 2002, *Überseering*, préc. note 7, § 88-89.
[30] *Ibid.*, § 89.
[31] *Ibid.*, § 92.
[32] *Ibid.*, § 93.
[33] Tout en précisant qu'il existe un débat sur la réelle remise en question du système de cogestion à l'allemande par le biais de la liberté d'établissement. Sur ces aspects, v. O. Sandrock & J. J. du Plessis, préc. note 9.
[34] M. Höpner & A. Schäfer, préc. note 21, p. 344 et s.

voile de la personnalité morale afin d'engager la responsabilité des actionnaires en cas d'insolvabilité de la société sous-capitalisée[35].

L'analyse de la Cour soulève aussi d'autres interrogations. En retenant que les règles relatives au capital minimal ne sont pas nécessaires à la protection des créanciers car ceux-ci sont informés que la société est étrangère[36], la Cour identifie une mesure moins restrictive à disposition de l'Etat d'accueil mais qui repose sur une conception différente de la politique de protection des créanciers.

Un capital minimal peut être appréhendé comme une discipline financière destinée à préserver les intérêts des cocontractants professionnels ou non, de même que de ceux souhaitant engager la responsabilité délictuelle de la société. En se reposant sur la seule information communiquée aux créanciers, il est supposé par la Cour que ceux-ci disposent tous de capacités similaires d'analyse du risque auquel ils s'exposent – de même qu'elle ignore par la même occasion les cas de responsabilité délictuelle. Cette démarche s'inscrit dans une démarche à contre-courant des mécanismes de protection des créanciers plus « paternalistes » d'Europe continentale qui supposent la rationalité limitée de certains acteurs à protéger[37]. D'une certaine façon, la jurisprudence *Centros* procède aussi en filigrane d'une reconnaissance du primat de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle, celle-là même qui se place au cœur de la théorie de l'incorporation pour la détermination du droit applicable aux sociétés.

III. LA PERSPECTIVE DE LA NATIONALITÉ DES SOCIÉTÉS EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

En ce qu'elle aborde des questions relatives à la nationalité des sociétés et au caractère effectif ou non de leur rattachement à un Etat, l'affaire *Centros* fait écho à plusieurs problèmes connus du droit international public, lequel offre aussi en reflet une grille de lecture intéressante de la position dégagée par la CJUE.

Dans une démarche similaire à l'affaire *Centros*, il peut être utile de déterminer la nationalité d'une société afin de savoir si elle bénéficie de droits ou protections spécifiques, par exemple afin d'identifier l'Etat ayant qualité pour exercer sa protection diplomatique ou le régime conventionnel octroyant certaines protections à ses investissements étrangers. Pour ce qui concerne la protection diplomatique, l'arrêt *Barcelona Traction* de la Cour internationale de Justice a considéré que les critères de l'incorporation et du siège social « ont été confirmés par une longue pratique et par maints instruments internationaux »[38]. Ces critères sont en général ceux utilisés dans les traités relatifs aux investissements étrangers, lesquels font référence essentiellement au critère de

[35] M. Gelter, préc. note 14, p. 335.
[36] CJCE 9 mars 1999, *Centros*, préc. note 6, § 35 ; CJCE 30 septembre 2003, *Inspire Art*, préc. note 8, § 135.
[37] M. Gelter, préc. note 14, p. 335.
[38] CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)* (Nouvelle Requête : 1962), arrêt du 5 février 1970, *Recueil CIJ*, p. 3, § 70.

l'incorporation[39] et très rarement à celui du seul siège[40]. Il est utile de souligner que, dans l'hypothèse d'un rattachement par le critère de l'incorporation, il n'est pas exigé en droit international coutumier d'établir l'existence d'un lien effectif entre la société et l'Etat d'incorporation[41], alors que celui-ci est requis pour les personnes physiques[42].

La large reconnaissance du critère de l'incorporation offre dès lors plusieurs opportunités aux investisseurs. La constitution de sociétés dans des Etats ayant conclu un accord sur l'investissement permet d'octroyer certains droits et libertés économiques (par exemple admission et traitement des investissements) et certaines garanties procédurales, comme le recours à des mécanismes d'arbitrage Etat/investisseur (tel que celui de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)). Ces opportunités peuvent d'ailleurs être amplifiées lorsqu'elles sont combinées à la liberté d'établissement au regard du droit de l'UE puisqu'une société incorporée dans un Etat membre peut bénéficier de la mobilité découlant de la jurisprudence *Centros*, et ce, même lorsqu'elle est détenue par des nationaux d'un Etat tiers[43].

Ce phénomène de *treaty shopping* a ensuite donné lieu à une série d'affaires dans le cadre desquelles l'Etat défendeur (l'Etat d'accueil de l'investissement) contestait à l'investisseur le droit de se placer sous la protection du traité compte tenu de l'absence de lien effectif entre l'investisseur et l'Etat d'incorporation

[39] Par exemple le Traité sur la Charte de l'énergie indiquant qu'un investisseur peut être « toute entreprise ou autre organisation organisée conformément à la législation applicable sur le territoire de cette partie contractante » (article 1(7)(a)(2)).
[40] Pour le seul critère du siège, v. l'article I(4) du modèle italien de traité bilatéral indiquant qu'un investisseur peut être une « *legal person of a Contracting Party* », et cela « *shall mean any entity having its head office in the territory of one of the Contracting Parties and recognised by it* » (UNCTAD, *International Investment Instruments : A Compendium – vol. XII*, 2003, p. 296).
[41] Pour ce qui concerne les sociétés, la CIJ avait refusé de transposer aux sociétés par analogie avec les personnes physiques le critère du lien effectif de la jurisprudence *Nottebohm* (préc. note 42). Elle avait toutefois noté dans l'affaire *Barcelona Traction* l'existence de rapports « multiples » entre cette société et le Canada (préc. note 38, § 70-71.).
[42] Alors que la nationalité des personnes physiques résulte le plus souvent d'éléments de fait (naissance ou ascendance), elle peut aussi procéder, par exemple dans le cadre d'une naturalisation, d'un choix de la personne concernée se concrétisant par un acte administratif interne. Ce lien de nationalité n'est opposable aux autres Etats dans le cadre d'une action en protection diplomatique que s'il repose sur un « rattachement effectif de l'individu à l'Etat » et est « l'expression juridique exacte d'un fait social de rattachement » (CIJ, *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt du 6 avril 1955, *Recueil CIJ*, p. 4, p. 23-24.). La nationalité des sociétés ainsi que des navires, aéronefs et objets spatiaux dépend aussi d'un tel choix volontaire des actionnaires ou propriétaires et repose sur un acte administratif interne d'incorporation ou d'immatriculation. Ce rattachement n'est toutefois pas subordonné à l'existence d'un lien effectif, ne restreignant ainsi ni les sociétés boites aux lettres ni les pavillons de complaisance. Pour le cas des engins, v. N. Aloupi, *Le rattachement des engins à l'Etat en droit international public (navires, aéronefs, objets spatiaux)*, Thèse, Université Panthéon Assas, 2011.
[43] CJCE, 14 octobre 2004, aff. C-299/02, *Commission c. Pays-Bas*, *Rec.* p. I-9783. V. aussi, de A. Luca, The Legal Framework for Foreign Investments in the EU: The EU Internal Market Freedoms, the Destiny of Member States' BITs, and Future European Agreements on Protection of Foreign Investments, in L. E. Trakman & N. W. Ranieri (eds.), *Regionalism in International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2013, p. 129 et s.

(l'Etat d'origine de l'investissement)[44]. D'une manière générale, la jurisprudence arbitrale distingue la situation de « *legitimate corporate planning* »[45] des cas d'abus où le requérant a spécifiquement manœuvré afin d'avoir recours aux mécanismes d'arbitrage. Les tribunaux ont en effet considéré que « *it is not uncommon practice and (...) not illegal to locate one's operation in a jurisdiction perceived to provide a beneficial regulatory and legal environment, for examples, of taxation or the substantive law of the jurisdiction, including the availability of a BIT* »[46]. Cependant, une opération de restructuration sociétaire sera considérée comme un abus dès lors qu'elle a été exclusivement motivée par la volonté de bénéficier des garanties procédurales du traité[47]. Cela est notamment le cas lorsque qu'il est attesté que la restructuration a été réalisée après la naissance du différend ou alors que celui-ci était prévisible[48].

Au-delà d'une tel cas d'abus, la jurisprudence arbitrale, dans le sillage du droit international coutumier, reste peu regardante sur les liens qui unissent l'investisseur à l'Etat d'origine. En conservant une lecture formelle plus que substantielle des traités qui recourent au critère de l'incorporation, les tribunaux ont considéré qu'il n'y avait pas abus lorsque la société incorporée dans l'Etat d'origine est une « société boite aux lettres »[49] et même dans les situations dites « *round-tripping* » lorsqu'elle est contrôlée quasiment exclusivement par des nationaux de l'Etat d'accueil[50], une configuration où l'internationalité n'est que de pure forme et n'est pas sans rappeler celle de l'affaire *Centros*.

Ce n'est que par une évolution de la pratique conventionnelle que les Etats se sont employés à encadrer cette situation et éviter que le bénéfice des traités ne s'étende à des opérateurs économiques qui n'ont pas de lien effectif avec l'une des parties. Au-delà de la désormais fréquente clause de « refus d'accorder des avantages » (*denial of benefits*)[51], certains traités plus récents retiennent des définitions des investisseurs beaucoup plus restrictives. C'est le cas du CETA conclu entre l'UE et ses Etats membres d'une part et le Canada d'autre part qui indique qu'un investisseur peut être une « entreprise d'une partie (...) qui est constituée ou organisée conformément à la législation de cette Partie et qui

[44] Pour un panorama, v. J. Baumgartner, *Treaty Shopping in International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 202 et s.
[45] *Mobil Corporation et al. v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 juin 2010, § 191.
[46] *Aguas del Tunarie v. Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21 octobre 2005, § 330(d).
[47] *Philip Morris Asia Limited v. Australia*, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 décembre 2015, § 584.
[48] *Ibid.*, § 566.
[49] J. Baumgartner, *op. cit.* note 44, p. 108 et s.
[50] *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No ARB/ 02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, § 24-71. V. cependant l'opinion dissidente de Prosper Weil dans cette même affaire.
[51] V. par exemple l'article 1113(2) de l'ALENA indiquant qu'une partie pourra refuser d'accorder les avantages du traité « à un investisseur d'une autre Partie qui est une entreprise de cette autre Partie (...) si les investisseurs d'un pays tiers possèdent ou contrôlent l'entreprise et que l'entreprise ne mène aucune activité commerciale importante sur le territoire de la Partie où elle est légalement constituée ou organisée ».

exerce des activités commerciales substantielles sur le territoire de cette Partie »[52]. Formulation anti-*Centros* pourrait-on dire, traduisant dans la pratique conventionnelle un mouvement de reflux ayant pour ambition de neutraliser les effets d'une lecture plus formelle que substantielle de la théorie de l'incorporation.

[52] CETA, Article 8.1.