



ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL

FONDÉE EN 1923 AVEC LE CONCOURS DE LA
DOTATION CARNEGIE POUR LA PAIX INTERNATIONALE

RECUEIL DES COURS

COLLECTED COURSES OF THE HAGUE
ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW

2018

Tome 397 de la collection

BRILL | NIJHOFF

Leiden/Boston

TABLE GÉNÉRALE DES MATIÈRES

L'entreprise et les conflits internationaux de lois, par L. d'AVOUT, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).	9-612
--	-------

TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos	27
Chapitre introductif	29
Section 1. Phénomène étudié	30
Paragraphe 1. L'internationalisation (ou transnationalisation) des entreprises	31
A. Un phénomène ancien	32
B. L'entreprise dite «multinationale»: vrai ou faux problème juridique?	39
1. Absence de régime juridique propre	39
2. Affres de la définition	42
Paragraphe 2. La sous-discipline prétendue des entreprises mondiales	46
A. La thèse de l'inversion des rapports de souveraineté	47
1. Aspects antéjuridiques	48
2. Aspects juridiques	50
a) Stimulation supranationale du libre-échange	50
b) Attractivité et concurrence des droits nationaux	52
c) Traités bilatéraux de protection des investissements; arbitrage transnational	55
d) Conclusion: fluidité de l'économie et «ouverture» des droits nationaux	57
B. Vivacité des contrepoids	57
1. Droits de l'homme et responsabilité soci(et)ale	58
2. Discipline extraterritoriale, administrative et pénale	59
Paragraphe 3. Utilité d'une étude à partir du droit privé	61
A. Sens de l'opposition public/privé	61
B. Combinaison des approches micro et macro	62
Section 2. Notions utiles à l'étude	64
Paragraphe 1. Concepts clés	64
A. Des divers sens du «conflit de lois»	64
1. Vue générale	64
2. Conflits de lois en matière économique: l'approche non contentieuse et les cumuls de lois	69
B. L'insaisissable «entreprise»	73
1. Divers emplois juridiques du mot	74
2. Les trois dimensions du mécanisme de l'entreprise; la question de la réglementation et de la supervision administratives	85
3. Conception retenue	91
C. Rencontre de l'entreprise et des conflits de lois	92
1. Impact de l'entreprise privée sur les conflits de réglementations étatiques	92
2. Impact des conflits internationaux de lois sur l'entreprise	93
3. Annonce et justification du plan du cours	96

Paragraphe 2. Notions complémentaires	98
A. Territorialité du droit	98
1. Territorialité substantielle ou normative	99
2. Territorialité institutionnelle ou opérationnelle	102
B. Clientèle, marché, infrastructure	104
1. Entreprise et marché	104
2. Entreprise et clientèle	106
3. Infrastructures et rattachements d'infrastructure	107
Première partie. Les rattachements de l'action économique	109
Chapitre I. Bilan des règles localisatrices	115
Section 1. La tradition localisatrice: du droit civil aux institutions d'affaires	117
Paragraphe 1. La localisation, procédé général de résolution des conflits de lois	118
A. L'ère classique des rattachements localisateurs (Savigny-Batiffol)	119
1. La synthèse révolutionnaire du milieu du XIX ^e siècle	119
2. Prolongements du paradigme localisateur au XX ^e siècle	123
B. L'ère du scepticisme doctrinal	125
1. La localisation, affaire de téléologie juridique ou de géographie?	126
2. Localisation unitaire ou localisations multiples?	128
3. Le particularisme prétendu des relations d'affaires	130
Paragraphe 2. Pratique contemporaine des localisations territoriales	135
A. Localisation des délits civils	135
1. Des délits complexes à la loi du milieu social commun	136
2. Politiques législatives enfouies derrière les rattachements des délits spéciaux	138
B. Localisation des biens professionnels	140
1. Territorialité innée des titres de la propriété intellectuelle	140
2. Masses de biens affectés à une activité professionnelle	142
C. Capacité commerciale et représentation professionnelle	145
Section II. <i>Doing business</i> . Les degrés divers de la présence économique locale	150
Paragraphe 1. La simple présence économique sur le territoire ou la localisation de l'activité à l'état brut	151
A. Appréhension par les éléments constitutifs ou les effets	151
1. Illustrations (Internet; <i>antitrust</i>)	151
2. Généralisation: atteinte à l'ordre public local et théorie des effets	153
B. Différence entre présence fortuite et participation consciente au marché local	155
C. La commercialisation en pays étranger et le critère de «solicitation du public»	157
1. Distinction de la commercialisation directe et indirecte en pays étranger	158
2. Techniques de commercialisation indirecte en pays étranger	161

Paragraphe 2. Etablissement territorial de l'opérateur économique	166
A. Signification générale	167
B. Définitions sectorielles (insolvabilité, fiscalité, procédure civile, etc.)	169
1. Droit européen de l'insolvabilité internationale	169
2. Fiscalité internationale («établissement stable» et au-delà)	171
3. Déclinaisons procédurales	172
a) Coopération administrative transnationale	172
b) Coopération judiciaire civile	175
4. Perspectives: le site Internet et l'établissement digital	177
C. Attribution d'un même établissement à divers sujets de droit	179
Paragraphe 3. Principal établissement, «siège» ou «centre des intérêts principaux» de l'opérateur	183
A. Versions historiques du principal établissement.	184
B. Dématérialisation contemporaine de l'administration centrale	186
C. Hiérarchisations concevables des établissements	189
Chapitre II. Essor de l'élection de droit	193
Section 1. L'applicabilité optionnelle des statuts facilitateurs	196
Paragraphe 1. Justifications générales du libre choix du droit applicable	197
A. Teneur du droit interne (l'argument pragmatique)	198
B. Compensation des conflits internationaux de lois (l'argument fonctionnel).	202
C. Faveur aux opérations commerciales internationales (l'argument conceptuel)	205
Paragraphe 2. Justifications propres au droit contemporain des affaires	209
A. Les régimes juridiques habilitants, et les collisions de régimes subséquents	211
1. Disponibilité interne et internationale des régimes juridiques	211
2. Combinaison optionnelle de régimes juridiques et auto-limitation des règles de droit	216
B. Applicabilité formelle du droit des sociétés	218
1. Loi applicable à la constitution d'une société	218
2. Sanction des constitutions irrégulières	220
3. Fonctionnement flexible au départ de la <i>lex societatis</i>	222
a) Renvois législatifs, autolimitations et prises en compte	222
b) Illustrations	223
Section 2. Conséquences concrètes et résistances au libéralisme (sur l'exemple du rattachement des sociétés et groupes de sociétés).	226
Paragraphe 1. La difficile reconnaissance internationale des institutions de droit local	230
A. Rappels sur la personnalité juridique internationale des sociétés	231
1. Octroi initial par un Etat	232
2. Expansion internationale de la personnalité morale	237
B. Problèmes liés à l'allégeance arbitraire; le risque d'étiement ou de désagrégation de la <i>lex societatis</i>	242
1. Hypothèse de la fraude, strictement entendue	242

2. Revanche du droit objectivement le mieux placé	248
a) Hors cas de faillite	248
b) En cas de faillite	254
Paragraphe 2. Accroissement du choc des impérativités étatiques . .	259
A. Sociétés isolément considérées (ensemble le statut de leurs membres et organes)	260
1. Résorption des domaines d'exclusivité de la <i>lex societatis</i>	260
2. Exposition des membres et parties prenantes aux légis- lations discordantes	262
B. Groupe international de sociétés	272
1. Rattachements privatistes classiques	273
2. Renouveau des extraterritorialités et des compétences expansives	276
Chapitre III. Compétence des Etats et applicabilité des lois en pers- pective «macro» (le rattachement des marchés, infrastructures et règles d'ordre)	283
Section 1. La police étatique à travers le droit économique	287
Paragraphe 1. Existe-t-il un droit économique?	288
A. Débats doctrinaux	288
B. Legs de la doctrine du droit économique	291
Paragraphe 2. La compétence internationale des Etats en matière économique	296
A. L'approche classique des titres de compétence, territoriale et personnelle	298
B. Renouvellement possible de l'approche: les compétences dites «réelles»	302
1. Derrière l'organisation publique, les compétences d'ordre et de police économiques	302
2. Les compétences d'ordre et de police, opposées aux opé- rateurs internationaux d'affaires	304
3. Régime de la compétence d'ordre ou de police	309
Section 2. Avatars contemporains de la <i>lex mercatus</i> : des rattache- ments-marché aux contraintes d'infrastructure	311
Paragraphe 1. Affirmation par les Etats	313
A. A partir du droit public	313
1. Principe d'organisation étatique virtuelle des marchés . .	313
2. Corollaires du principe	316
a) Institution possible d'un «droit de commercialiser» ou d'un droit d'exercer une activité (licence d'opérer, <i>licence to operate</i>).	316
b) Atténuation des cumuls de lois	318
B. Impact sur les personnes et relations privées	319
1. Théorie des lois de police et autres solutions dérogoires	320
2. Consécration de rattachements bilatéraux spécialisés . . .	331
a) Rattachement de l'infrastructure de marché	334
b) Rattachement des transactions boursières et de certains droits et obligations en résultant	335
i) Hors situation d'insolvabilité	336
ii) Dans le droit de l'insolvabilité	337
3. Frictions naissant du rattachement cumulatif à diverses disciplines juridiques de marché	344
a) Cumuls de lois en droit de la concurrence	345

b) Multicotation de titres financiers (la solution européenne en matière d'offres publiques)	350
4. Conclusion provisoire: les transformations de la territorialité.	354
Paragraphe 2. Articulation dans l'intérêt de l'entreprise	357
A. La gestion non contentieuse des cumuls; ses prérequis	357
1. Prospection privée.	357
2. Options disponibles	360
B. Articulation des compétences et contraintes juridiques de droit étatique	360
1. Impossibilité d'un rattachement d'origine intégrale	361
2. Absence de hiérarchie entre disciplines juridiques hétérogènes.	363
3. Articulation de disciplines juridiques homogènes	365
a) Les quatre principaux modèles concevables	365
b) L'option préférable (ou la moins mauvaise)	367
c) Organisation corrélatrice de l'entreprise.	369
Conclusion de la première partie	371
Seconde partie. La régulation du pouvoir économique	377
Chapitre I. Vers une nationalité des entreprises mondiales?	382
Section 1. Sens du concept de nationalité	385
Paragraphe 1. Polysémie (la nationalité comme état individuel, ou comme lien?).	385
Paragraphe 2. Décomposition du concept à travers ses applications classiques	389
A. Signification préjuridique ou vulgaire: la nationalité, marqueur sociopolitique	389
B. Significations juridiques ou techniques: la nationalité, souveraineté prépondérante	391
1. Nationalité liée à la compétence personnelle	391
a) Personnes physiques.	392
b) Personnes morales	393
2. Nationalité détachée de la compétence personnelle	395
Paragraphe 3. Transposition à l'entreprise	399
A. La nationalité, apparence d'intégration ou «marque» réglementaire de l'entreprise?.	399
B. Effets attendus d'une nationalité de l'entreprise	402
Section 2. Détermination de la nationalité de l'entreprise	404
Paragraphe 1. Rappels sur la nationalité des sociétés	405
A. Rejet des critères formels, de vocation exclusive.	406
1. Formule de principe.	406
2. Critères antérieurement pratiqués	409
B. L'approche réaliste: la nationalité par considération de l'entreprise exploitée	412
Paragraphe 2. La nationalité consolidée de l'entreprise	415
A. Notations liminaires	415
1. Nationalité de l'entreprise individuelle.	416
2. Nationalité autonome, ou nationalité par translation?.	417
3. Rôle respectif des apparences et des volontés en matière de fixation de la nationalité.	418

B. Critères propres de fixation	420
1. Principes	420
2. Illustrations	424
a) Entreprises sous contrôle concentré et identifié	424
b) Absence de contrôle détenu par une ou plusieurs personnes physiques identifiables	425
Paragraphe 3. Coexistence de nationalités multiples au sein du groupe de sociétés	426
A. Principe d'indépendance entre nationalités de la société et de l'entreprise	426
1. Principe	427
2. Exception pour certaines sociétés filiales	428
B. Articulation des nationalités discordantes au sein de l'entreprise	431
1. Rapports entre sociétés sœurs d'un même groupe	431
2. Utilités respectives des divers liens de nationalité	432
Chapitre II. Responsabilité, vigilance, conformité	439
Section 1. Accroissement des disciplines externes de l'entreprise	444
Paragraphe 1. Evolution du contentieux économique transnational	445
A. Responsabilité civile pour faits d'entreprise	446
1. Compétence judiciaire internationale	446
2. Droit applicable	456
a) Opérateur économique isolé	457
b) Expansion des responsabilités au sein d'un groupe de sociétés	459
i) Responsabilité délictuelle de la mère à raison du fait de la filiale	461
ii) Autres cas (faillite en particulier)	465
B. Répression publique: le rôle contemporain des sanctions administratives et pénales dans la vie internationale des affaires	470
1. Données classiques	471
a) Le procès pénal	471
b) En marge de la répression pénale	473
2. Nouvelle donne réglementaire et procédures «négociées»	475
a) Décomposition du mécanisme	476
b) Difficultés du mécanisme	480
Paragraphe 2. Impact du droit souple et des déclarations spontanées d'entreprise	483
A. Recommandations mondiales à destination des Etats et des entreprises	485
1. Analyse normative: les recommandations mondiales comme droit «en germe»	485
2. Analyse institutionnelle; bons offices et suivis indirectement contraignants	489
B. Pertinence juridique de l'autorégulation: le statut des labels, codes de conduite et autres déclarations publiques d'entreprises	493

1. Labels publics et privés (<i>Global compact</i> , certifications ISO)	495
2. Codes de conduite et déclarations publiques des entités commerciales	499
a) Illustrations	499
b) Synthèse	501
i) Au plan pénal	501
ii) Au plan civil	502
Section 2. Emergence d'une discipline interne, instituée dans l'entreprise	506
Paragraphe 1. La <i>compliance</i> : entre prévention des risques et aménagement de la loi imparfaite	507
A. Distinctions	508
B. Modalités	516
1. Portée de la <i>compliance</i> : déplacement des «frontières matérielles de l'entreprise», surveillance de l'entière «chaîne d'approvisionnement» et «de valeur»?	516
2. Chronologie des actions requises	522
Paragraphe 2. Rationalisation internationale de la vigilance-conformité	524
A. Difficultés	525
B. Voies de résorption des difficultés	529
1. Pour une personne morale isolée	530
2. Au sein d'un groupe de sociétés	534
a) Loi de la société dominante	534
b) Lois des entités dominées	537
Chapitre III. L'efficacité des coopérations publiques et la réduction des conflits de devoirs	542
Section 1. Empirisme des coopérations administratives transnationales	545
Paragraphe 1. Emergence de réseaux spécialisés	546
Paragraphe 2. Difficultés pratiques de la coopération	553
A. Procédures d'entraide	553
B. Articulation des décisions administratives ou pénales	557
Paragraphe 3. Des dispositifs de coopération dépourvus d'armature générale	560
Section 2. Remèdes possibles aux dysfonctionnements de la coopération	569
Paragraphe 1. Principes préventifs des conflits de compétences	570
A. Pas d'extraterritorialité décisionnelle, sans prise en considération des droits des Etats tiers concernés	572
B. Hiérarchisation des compétences concurrentes, lorsque les politiques législatives en présence sont assimilables	578
C. Faute de hiérarchisation possible, la co-action administrative transnationale	581
Paragraphe 2. Principes curatifs, pertinents en cas de conflits insolubles ou de déficit de la coordination internationale	582
A. Nouvelle protection diplomatique des entreprises	583
B. Arbitrage interétatique sur initiative privée (ou «triangulaire»)	585
C. Référé législatif mondial	587

1. Le précédent : la question préjudicielle en interprétation du droit international	587
2. Aménagement du précédent : le référé législatif mondial	589
Conclusion générale.	593
Index	603