

A PROPOS DU STATUT DES SOCIETES ETRANGERES

UNE INTÉRESSANTE INITIATIVE DE LA CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE

PAR

MAURICE LINANT DE BELLEFONDS

ANCIEN CONSEILLER ROYAL

On sait que toute société — nous entendons ici par ce terme les associations de personnes ou de capitaux ayant un but lucratif — possède une nationalité. Il ne s'agit pas évidemment d'une nationalité en tous points comparable à celle des personnes physiques. Aussi, a-t-on souvent soutenu que cette nationalité ne correspond pas à une réalité et qu'elle ne repose que sur une fiction. En tout cas c'est une fiction commode et même nécessaire, car il n'est pas possible de concevoir qu'une société puisse se créer sans qu'elle ait un lien avec un Etat déterminé dont la législation gouverne sa constitution et fixe sa capacité; et il n'est pas douteux que ce lien comporte une certaine allégeance politique de la société envers cet Etat et entraîne pour elle le droit à la protection diplomatique.

Il y a donc par rapport à tout Etat des sociétés qui sont nationales et des sociétés qui sont étrangères. Lorsque ces dernières désirent exercer leur activité sur le territoire de cet Etat, la question se pose immédiatement de savoir, tout d'abord si elles y seront reconnues, c'est-à-dire si leur qualité de personnes juridiques sera admise avec la conséquence qu'elles pourront en principe y faire des opérations commerciales, y acquérir des biens, y exercer l'action en justice, et ensuite comment elles y seront traitées, quelle sera leur condition.

L'importance de la question est manifeste. Aussi n'est-il pas surprenant qu'elle ait fait couler beaucoup d'encre, suscité maintes controverses parmi les économistes et les hommes de loi. Bien que souvent débattue dans des congrès ou des Conférences Internationales,

elle n'a pas pour autant été résolue. Chaque Etat, jaloux de sa souveraineté, se réserve encore aujourd'hui le droit de traiter les sociétés étrangères suivant ses convenances et la conception qu'il a de ses propres intérêts.

On n'est donc pas parvenu à formuler à ce sujet des règles précises, généralement acceptées. On ne peut même pas dire, étant donné la diversité des régimes appliqués dans les différents Etats, qu'il existe en fait des usages établis pouvant être considérés comme traduisant des principes reconnus du droit international.

Cette situation est naturellement très gênante pour le commerce international.

C'est pourquoi elle a retenu depuis quelques années déjà l'attention de la Chambre de Commerce Internationale, organisation privée mais dont l'importance est bien connue. Elle groupe, en effet, non seulement un grand nombre de Chambres de Commerce de divers pays, mais encore des associations puissantes de commerçants, d'industriels, de financiers, ainsi que des représentants de grandes entreprises privées.

Siégeant à Paris, elle est représentée dans plus de trente pays par des comités nationaux qui sont pour elle des Offices d'informations et servent à propager son action. Il existe en Egypte un Comité National présidé par S. Ex. Hafez Afifi Pacha, et dont S. Ex. Sanny Lackani Bey est l'actif Secrétaire Général.

La Chambre de Commerce Internationale, après une étude de la question, a jugé nécessaire de prendre l'initiative d'élaborer un projet de convention type dont les Etats devraient s'inspirer pour conclure entr'eux des accords ayant pour objet de donner aux sociétés exerçant leur activité en territoire étranger un statut juridique stable et libéral.

Ce projet de Convention a été mis au point lors de la réunion à Copenhague en 1939 du Congrès de la Chambre de Commerce Internationale. Il a été, après la guerre, révisé par les organes compétents de la Chambre et un nouveau texte a été publié en Juin 1947 par les soins de celle-ci.

C'est ce dernier texte que nous nous proposons d'analyser ici.

Bien entendu, la Chambre de Commerce Internationale ne dispose pas de moyens pour amener les Etats à s'engager, par la voie d'accords bilatéraux, à conclure des conventions sur ce modèle. Son action ne peut être qu'une action de propagande — mais qui devrait, semble-t-il, s'imposer à l'attention des gouvernements. Lorsqu'une

organisation, dont le caractère représentatif des intérêts mondiaux du commerce et des échanges est incontestable, estime nécessaire de garantir les entreprises commerciales ou industrielles disposées à étendre leur activité à l'étranger contre des mesures discriminatoires ou des systèmes de législation restrictifs, on est en droit de penser que son opinion est juste et qu'il serait sage de la prendre en sérieuse considération.

* * *

Le projet élaboré par la Chambre de Commerce Internationale étant destiné à régler le régime à appliquer par chacun des Etats signataires aux sociétés de l'autre Etat exerçant leur activité sur son territoire, il y avait donc lieu tout d'abord de définir quelles sont les sociétés qui seront considérées comme des sociétés nationales de chacun des deux Etats signataires; question, nous l'avons indiqué plus haut, très controversée en droit. — D'après quel critère doit se déterminer la nationalité d'une société? Deux systèmes principaux sont en général proposés : le premier consiste à choisir le pays où est situé le siège juridique de la société; le second à choisir le pays où elle a son siège social effectif, dans le cas bien entendu où le pays n'est pas celui du siège juridique. C'est ce second système qui a été adopté dans le projet, qui précise (art. 2.) que, le siège social est "le lieu où se trouve le centre où la société est effectivement dirigée". — Cette rédaction n'est pas très élégante parce qu'il semble qu'elle ait été traduite de l'anglais : "the place where the real centre of management is situated".

Cette première question ainsi réglée, l'art. 3 déclare que les sociétés ressortissant de chacun des Etats auront le droit d'exercer leur activité sur le territoire de l'autre soit par la fondation de succursales, soit par la création de filiales.

L'article 4 stipule que ces succursales et filiales, auront les mêmes droits que les entreprises nationales similaires de l'Etat sur le territoire duquel elles se seront établies.

Les articles 5 et 6 définissent ce qu'il faut entendre par succursales et par filiales. Une succursale est un établissement stable n'ayant pas une personnalité juridique distincte, portant la même dénomination que la société dont il dépend; placé directement sous la dépendance financière et administrative de celle-ci, dont l'activité s'exerce dans les limites de l'objet social, et qui est dirigé par un préposé de la dite société ayant qualité pour la représenter et l'engager envers les tiers.

Cette définition de la succursale est, comme on le voit, extrêmement détaillée et explicite. Dans un commentaire qui accompagne le texte, la Chambre de Commerce Internationale explique que ne doit pas être considéré comme préposé à une succursale l'agent autonome (courtier commissionnaire etc. etc.) qui effectue des opérations commerciales pour le compte de la société. Pour qu'un agent soit considéré comme dirigeant une succursale, il faut que les trois conditions suivantes soient réunies :

(a) il doit être un fondé de pouvoir engageant habituellement la société; (b) il doit être lié à celle-ci par un contrat d'emploi avec rémunération; (c) il doit avoir un local professionnel fixe: bureaux, dépôts, magasins, suivant la nature du commerce ou de l'industrie.

La filiale est, au contraire, une société ayant une personnalité juridique distincte et un patrimoine propre, avec des organes de direction indépendants, lesquels sont néanmoins subordonnés du point de vue financier, administratif ou technique à une société ressortissant de l'autre Etat.

D'après l'article 7 les sociétés étrangères qui créent des filiales sont libres de toute restriction quant à la nationalité des administrateurs ou des actionnaires de ces filiales. Les Etats signataires s'engageraient donc à admettre que les administrateurs de la filiale puissent être tous des étrangers, et que le capital soit entièrement souscrit par des étrangers.

L'article 8 porte que dans les succursales et filiales des sociétés ressortissant des Etats signataires, les techniciens spécialistes et le personnel supérieur pourront être de la nationalité de la société mère; sans aucune restriction quant à leur nombre ou à leur proportion par rapport au restant du personnel. L'article 8 ajoute que des spécialistes, et des collaborateurs supérieurs pourront également être employés sans qu'il existe pour eux de plus grandes restrictions que celles en vigueur pour les entreprises nationales. Le projet fait donc une distinction selon qu'il s'agit des fonctionnaires de la nationalité de la société mère d'une autre société étrangère. Pour les premiers aucune restriction, pour les autres les mêmes restrictions qui sont imposées aux sociétés nationales.

Ces dispositions s'inspirent comme on le voit, d'une conception toute différente de celle qui a présidé à l'élaboration de la loi No. 138 de 1947 sur les sociétés anonymes, laquelle d'une part, impose à toute société se formant en Egypte, même lorsqu'elle est la filiale d'une société

étrangère, un pourcentage d'administrateurs égyptiens et une proportion de 51 % du capital à réserver à des souscripteurs égyptiens, et d'autre part, exige de toute société anonyme étrangère établie en Egypte l'emploi d'une certaine proportion d'égyptiens sans distinguer entre le personnel du cadre technique et supérieur et le personnel subalterne.

Cette différence des points de vue s'explique naturellement par la circonstance que la Chambre de Commerce Internationale s'inquiète surtout de favoriser le développement des échanges de pays à pays et les mouvements de capitaux, tandis qu'une législation nationale a d'abord pour but de protéger des intérêts nationaux. Mais on peut se demander si des mesures restrictives de cette nature ne sont pas plus nocives qu'utiles. Autant il est normal que l'Etat cherche à s'assurer que des sociétés se disant nationales aient un caractère vraiment national, de manière qu'il n'y ait pas d'équivoque et qu'une société se disant égyptienne, par exemple, ne soit pas en réalité aux mains d'administrateurs et d'actionnaires étrangers; autant il ne paraît pas nécessaire ni même utile qu'une filiale d'une société étrangère soit astreinte aux mêmes conditions; pourvu toutefois qu'il n'y ait pas de doute sur sa nationalité.

Il est très regrettable que le projet de la Chambre de Commerce Internationale ne s'explique pas clairement sur ce point.

Quelle sera, au regard de l'Etat sur le territoire duquel se crée la filiale, la véritable nationalité de celle-ci? Cet Etat s'engage-t-il à la considérer comme une société nationale parce qu'elle a son siège social sur son territoire, et bien qu'elle dépende d'une société étrangère? Ou bien, au contraire, est-il en droit de la traiter comme une société étrangère bien qu'elle ait son siège social dans le pays?

Nous aurions aimé trouver dans le projet des précisions à ce sujet.

Malheureusement il n'y en a pas et l'on ne sait pas quelle a été l'intention des rédacteurs. D'une part, dans l'art. 3 il est dit que la création de filiales doit se faire "en satisfaisant aux mêmes conditions "et autorisations auxquelles sont astreintes les sociétés nationales"; ce qui semble indiquer que les filiales de sociétés étrangères créées en satisfaisant à ces conditions seront considérées comme des sociétés nationales. D'autre part, les dispositions des articles 7 et 8 que nous venons de rapporter assimilent les filiales, en ce qui concerne la nationalité des administrateurs et du capital ainsi que celle du personnel technique et de direction, aux sociétés mères dont elles dépendent, lesquelles sont des sociétés étrangères.

On peut concilier les deux idées en interprétant la convention comme attribuant aux filiales des sociétés étrangères la nationalité de l'Etat sur le territoire duquel elles sont créées, avec cette conséquence qu'elles sont régies par la législation interne de cet Etat, tout en les dispensant de se conformer aux dispositions de cette législation relatives à la nationalité des administrateurs, du capital, et du personnel technique ou de direction.

C'est peut-être cela que le projet a voulu dire.

Mais n'est-ce pas beaucoup demander à un Etat qu'il s'oblige à considérer comme nationale une société qui échappe ainsi aux mesures destinées précisément à assurer à ces sociétés un caractère vraiment national? Nous ne le pensons pas. Du moment que l'objet de la Convention dans son ensemble est d'assurer aux sociétés étrangères elles-mêmes et à leurs filiales les mêmes droits et tous les droits reconnus aux sociétés nationales, la question de la nationalité des filiales, au point de vue économique, perd de son importance. Il suffit de noter, dans cet ordre d'idées, que les sociétés étrangères elles-mêmes et leurs filiales doivent pouvoir participer aux adjudications publiques et même obtenir des concessions de services publics, le seul domaine où les Etats signataires se réservent la faculté de faire une différence entre les sociétés étrangères ou leurs filiales et leurs propres sociétés nationales est celui des fournitures et concessions intéressant la défense nationale proprement dite.

Dans ces conditions, que les filiales soient, juridiquement, des sociétés nationales ou des sociétés étrangères, cela, en pratique, ne modifie guère leur situation, sauf bien entendu, en cas de conflit armé entre les deux Etats signataires. Elles pourraient alors tenter de se prévaloir de leur situation juridique de sociétés nationales pour éviter d'être traitées comme des sociétés ennemies; mais il est évident que les Etats devenus ennemis ne seraient plus liés par la convention et que chacun d'eux serait libre d'agir à l'égard de ces filiales suivant sa propre convenance.

Nous croyons néanmoins qu'il serait souhaitable qu'un projet de convention de cette nature ne prête à aucun malentendu et que la question de la nationalité des filiales devrait être éclaircie.

Parmi les autres dispositions de la Convention nous signalons comme particulièrement importante, celle de l'article 9 qui a trait au libre transfert des sommes provenant des bénéfices réalisés ou des capi-

taux investis, l'autre est celle de l'art. 10 qui est relative au traitement fiscal.

La première ne pourrait évidemment être appliquée que si les mesures en vigueur actuellement dans presque tous les pays pour contrôler la circulation des capitaux étaient assouplies entre les Etats signataires de la Convention. On sait que dans certains pays cela a déjà été fait : pour encourager l'investissement de nouveaux capitaux étrangers, ces capitaux eux-mêmes et, à plus forte raison, le produit de leur mise en oeuvre peuvent être librement ré-exportés.

La seconde disposition a pour but d'interdire aux Etats signataires de soumettre les succursales ou filiales de leurs sociétés respectives à des charges fiscales plus élevées que celles supportées par les entreprises nationales.

La convention ne fait ainsi que consacrer la pratique généralement adoptée par les Etats de l'Europe occidentale, où les discriminations en matière fiscale au détriment des personnes physiques ou des sociétés étrangères ne sont généralement pas admises. Les Etats qui conclueront cette convention s'engageraient donc expressément à ne prendre aucune mesure discriminatoire directe ou indirecte en matière d'impôts; ils s'interdiraient par conséquent d'assujettir, comme cela se fait actuellement dans quelques pays, les dividendes transférés à l'étranger à un impôt plus lourd que celui qui atteint les dividendes qui restent dans le pays.

Enfin l'article 12 contient des dispositions pour le cas de nationalisation des entreprises exploitées par les sociétés étrangères. Elles prévoient que l'Etat qui décrète ces nationalisations s'engage à indemniser les propriétaires des entreprises nationalisées en monnaie libre transférable, l'évaluation de l'indemnité devra être faite par un comité d'arbitres indépendants. Si l'on évoque les difficultés de toutes sortes allant jusqu'à de pénibles conflits internationaux qui ont surgi à propos des nationalisations effectuées en Europe ces dernières années, on ne peut qu'applaudir à cette clause. Chaque Etat est, bien entendu, libre de prendre sur son territoire des mesures qui lui paraissent nécessaires au point de vue économique et surtout politique, mais il doit alors respecter les droits des étrangers qui se fient à sa structure traditionnelle se sont établis chez lui.

* * *

Nous avons cru utile, au moment où l'économie égyptienne se trouve aux prises avec des problèmes difficiles de faire connaître les solutions que les représentants les plus qualifiés du commerce international proposent pour encourager l'expansion des affaires de pays à pays et les mouvements de capitaux. Ces solutions sont d'inspiration libérale. Elles peuvent être discutées. Des circonstances spéciales peuvent inciter un pays déterminé à se fermer aux investissements étrangers et à essayer de promouvoir son développement économique par ses propres moyens techniques et financiers. C'est une politique; elle vaut ce qu'elle vaut; elle peut être bonne ou mauvaise suivant le cas; mais elle est défendable.

Par contre, si ce n'est pas vers cette politique que l'on se tourne, si l'on estime que l'apport des capitaux étrangers et de la technique étrangère est souhaitable, alors il faut adopter résolument une attitude largement compréhensive à l'égard des entreprises étrangères qui sont disposées à effectuer cet apport. Dans ce domaine, comme dans beaucoup d'autres, il est bon de se rappeler le proverbe: il faut qu'une porte soit ouverte ou fermée. La politique de la porte ouverte implique non seulement de s'interdire toute législation discriminatoire soit en matière fiscale soit en toute autre matière, mais encore, de reconnaître comme naturel et légitime le droit pour une entreprise étrangère de s'assurer le contrôle des affaires qu'elle crée en employant le personnel de direction et technique en qui elle a confiance et en conservant dans ces affaires une large part du capital à mettre en oeuvre.

Le Chambre de Commerce Internationale a courageusement montré aux Etats la voie à suivre. Quelques uns se sont déjà, heureusement, engagés dans cette voie. Nous croyons qu'il faut souhaiter, dans l'intérêt général bien compris, que beaucoup d'autres les suivent.

Ce souhait, nous sommes heureux de le constater, correspond à l'opinion hautement autorisée que S. Ex. Aly Shamsi Pacha, président du Conseil d'Administration de la National Bank of Egypt, a émise dans son rapport à l'Assemblée Générale des actionnaires de cet Etablissement réunie le 28 Mars de cette année. S. Ex. Shamsi Pacha s'exprime de la manière suivante: "Si l'apport de capital étranger devait contribuer au développement économique du pays nous devrions l'accueillir volontiers et même l'y attirer en faisant tomber progressivement et avec prudence les entraves de toutes sortes qui l'en éloignaient jus-

“ qu’ici. Des pays aussi jaloux de leur indépendance que nous le sommes de la nôtre n’ont pas craint récemment d’ouvrir leurs portes aux investissements d’origine étrangère pour remédier à certains de leurs problèmes domestiques. La question mérite d’être étudiée, car pour le financement d’un programme extensif de développement de la production industrielle et agricole, il est peu probable que l’on puisse compter sur l’épargne locale qui est mince; sans compter que pour de nombreuses années encore celle-ci sera en grande partie consacrée à l’augmentation de la consommation d’une population qui ne cesse de croître.”

Il n’y a rien à ajouter à ces quelques phrases qui, dans leur concision, posent avec clarté la question et suggèrent avec prudence sa solution rationnelle.

M. LINANT DE BELLEFONDS