

Exposé des motifs

Paris, 30 Juin 2014

INDEX

I. PREAMBULE.....	2
II. OBJECTIFS.....	4
III. TECHNIQUE DE CODIFICATION ET METHODE DE COMPOSITION NORMATIVE.....	6
IV. TENEUR ET DEVELOPPEMENT.....	9

I. PREAMBULE

1. Le droit des sociétés répond à des considérations essentiellement instrumentaires. Son apparition et son développement sont étroitement liés à la réalisation d'objectifs d'intégration économique et sociale entre différents pays situés dans une zone susceptible de s'inscrire dans un marché commun ou pouvant être reliés par la suppression de barrières institutionnelles, l'élimination d'obstacles à caractère fiscal et autres, en vue de la création d'un espace économique élargi au sein duquel les opérateurs du commerce peuvent agir dans des conditions analogues à celles d'un marché national. Dès lors, la question des sociétés commerciales constitue, en droit commercial international et en droit international privé, l'un des domaines nécessitant le plus une codification, par la voie de l'uniformité substantielle ou de l'harmonie dans la variété législative. De telles voies visent à ce que les différences entre les législations applicables ne portent pas atteinte aux relations juridiques entre des sociétés commerciales de pays distincts et, à obtenir la reconnaissance du régime juridique d'une société étrangère dans les autres pays sous les auspices d'une *lex societatis* déterminée, et ce, en l'absence de difficultés majeures.

2. Outre les complications issues des différents régimes juridiques applicables aux sociétés et l'existence de diverses catégories ou modalités de sociétés commerciales, il existe, particulièrement dans les Caraïbes, une convergence dans cette région d'ordres juridiques matériels distincts qui répondent ou naissent de différents systèmes juridiques ou familles de droit. Il en est ainsi depuis la *Civil law*, dans ses deux alternatives classiques, à savoir celle romano-germanique (pour ceux qui se sont formés sous l'influence des pandectistes allemands) et celle du droit français romaniste (pour ceux ayant reçu l'influence du Code napoléonien), jusqu'à la *Common law*, en provenance de l'Angleterre ou des États-Unis. Dès lors, les Caraïbes se présentent comme une mosaïque de différents systèmes juridiques nationaux formés à partir des principales familles du droit, des influences arrivées de France, d'Espagne, de Hollande, d'Angleterre ou des États-Unis.

Sur le plan législatif, le tableau actuel des Caraïbes reflète une fragmentation manifeste des matériaux normatifs, fruit de la superposition de strates de différentes époques, nouées autour de conceptions et de traditions diverses. Les dysfonctionnements systématiques et typologiques sont patents, tant dans la sphère des sociétés traditionnelles, que dans la réglementation de figures juridiques spéciales soumises à de flagrantes incertitudes à l'égard de questions à caractère général qui donnent lieu à une inadéquation progressive face aux nécessités réelles des branches du droit des sociétés les plus usitées dans la pratique. Il en résulte que l'approbation d'une loi type de l'OHADAC relative au droit international des sociétés commerciales (ci-après dénommée, la loi type) aspire à supprimer les différences existant entre les diverses législations nationales applicables aux activités internationales des sociétés, en confiant à chaque ordre juridique matériel les activités internes. Cette aspiration contribue à un processus de coopération et prétend fournir aux opérateurs du commerce international dans les Caraïbes un instrument efficace au bénéfice des affaires internationales, en assurant une sécurité juridique à l'égard du régime applicable aux sociétés, ainsi qu'en ce

qui concerne, par conséquent, le résultat attendu et la stabilité des échanges transfrontaliers, l'ensemble de ce qui précède confortant le succès de la transaction concernée.

3. Le droit des sociétés constitue avec le droit de la concurrence, les domaines les plus dynamiques et complexes de tout processus d'intégration, étant en effet soumis à une évolution et un développement constants. Ceci est la raison pour laquelle une loi type doit être un instrument d'adaptation pour toute législation nationale, au moyen d'un processus d'harmonisation dans ce domaine. L'expérience révèle, au vu de l'évolution du trafic économique de ces dernières années, que des améliorations en matière de gouvernance des sociétés commerciales et de contrôle de l'activité des administrateurs ont été menées à bien grâce, principalement, non pas à des réformes législatives, mais sous la pression et le travail de leurs propres émetteurs, en concevant une politique d'autoréglementation, au moyen de l'approbation de normes internes, de codes de conduite, de programmes de mise en conformité impérative mais d'approbation volontaire, intégrés par des recommandations et des catalogues de pratiques efficaces et spécialement conçues pour la gouvernance corporative. De telles pratiques de création d'une espèce de droit mou ou soft law en droit des sociétés sont à l'origine d'une nouvelle culture d'entreprise, visant à maximiser la valeur de l'entité et à renforcer l'action de l'organe d'administration. Ce travail systématisé, sous la forme d'une loi type, contribue non seulement à faciliter les tâches et fonctions du législateur national, mais met également entre les mains des dirigeants d'entreprises, les outils adéquats pour la création de leurs propres codes et réglementations.

En raison de son orientation tendant à l'élimination des différences existant entre les diverses législations nationales, un droit caribéen des sociétés contribue, en outre, à ce que les données économiques réelles soient celles qui déterminent les conditions de concurrence, en empêchant que cette dernière ne se voie restreinte ou faussée et, en atteignant de la sorte l'un des objectifs primordiaux de tout processus d'harmonisation et d'intégration. C'est en ces termes que le processus d'harmonisation juridique assume, depuis ses origines, une dimension fonctionnelle notoire, dans une perspective essentiellement économique sous un régime de concurrence, sans que cela épuise les missions qui lui sont confiées. En effet, quels que soient les acquis auxquels est parvenue l'activité d'harmonisation quant à la neutralisation de certains effets néfastes issus de la diversité législative des États membres, il est manifeste que le processus d'harmonisation promeut les mêmes finalités que celles poursuivies par l'intégration.

II. OBJECTIFS

4. La loi type adopte la prémisse selon laquelle des normes claires et cohérentes s'avèrent dans une large mesure bénéfiques à l'activité économique et, en particulier, au développement du secteur privé. Il en est ainsi lorsque de telles normes établissent et clarifient les droits de propriété, facilitent la résolution des différends, permettent que les interactions économiques soient davantage prévisibles et fournissent aux parties contractantes des mesures de protection contre des abus et actes arbitraires. La nécessité d'une certitude est notamment mise en exergue à l'égard du régime auquel sont soumis les champs d'action collective, qui, dans la majorité des cas, constituent un soutien au profit des relations commerciales transfrontalières. La nécessité de disposer d'informations sur les règles auxquelles sont soumises les activités des entreprises s'avère particulièrement significative lorsque ces dernières les exercent en dehors du pays où elles ont été créées. Il en est de même lorsque lesdites règles ne manifestent pas de divergences marquées, mais répondent à l'idée de conférer une protection satisfaisante aux intérêts en présence. Il importe que les opérateurs du commerce disposent de normes qui facilitent leurs activités transfrontalières, qui permettent aux systèmes juridiques de remplir la mission de contrôle et de réglementation de l'activité des entreprises leur ayant été confiée et qui, à la fois, ne porte pas atteinte à la liberté dont disposent les États afin de régir et faire face aux problèmes économiques et sociaux qu'ils rencontrent. Dès lors que ces normes sont conçues de manière raisonnable, en leur procurant une efficacité, une transparence et une accessibilité au bénéfice de leurs destinataires, elles résulteront effectives en vue d'inciter les opérateurs du commerce à orienter leurs activités vers la croissance et le développement.

5. La loi type répond à ces finalités de rationalisation et prétend servir les objectifs suivants :

- clarifier et effectuer une purification législative en matière de droit des sociétés commerciales, en prenant en considération tant les traditions juridiques existant dans les États et les territoires qui intègrent l'espace de l'OHADAC, que les tendances les plus modernes en droit comparé ;
- promouvoir la convergence juridique en vue de faciliter les activités transfrontalières des entreprises et la collaboration des économies territoriales dans la région ;
- préserver la légitimité de la liberté des États et des territoires qui composent l'OHADAC afin que ces derniers puissent adopter des mesures de restriction particulières au titre de motifs politiques qui leurs sont propres ;
- préconiser, dans le même temps, l'instauration de mécanismes de limitation des restrictions et d'informations réciproques visant à améliorer la connaissance des systèmes juridiques en la matière.

Les solutions proposées par la loi type n'ignorent pas les progrès atteints dans le cadre du processus d'intégration économique régionale entre les pays et les territoires de l'espace de l'OHADAC, notamment, au sein de la Communauté caribéenne (CARICOM). Le processus

de rationalisation législative proposé par la loi type est conçu comme un objectif permettant de préparer le terrain juridique et de servir la réalisation future d'objectifs plus ambitieux dans le rapprochement et l'unification législatifs.

III. TECHNIQUE DE CODIFICATION ET METHODE DE COMPOSITION NORMATIVE

6. Le projet de l'OHADAC, comme son nom l'indique, est appréhendé comme un travail d'harmonisation du droit commercial. L'harmonisation est une méthode de codification qui s'efforce d'harmoniser les systèmes juridiques nationaux d'un espace international déterminé, de sorte que les ordres juridiques internes des États ou territoires qui en font partie – même en l'absence d'une unique loi régissant la matière visée par l'harmonisation – atteignent l'objectif ou le but ultime poursuivi par la codification internationale, ce qui est exprimé par l'adage de Savigny selon lequel « à des rapports de droit égaux, l'on applique des lois égales ».

Sa technique est distincte de l'autre méthode de codification, à savoir l'uniformité substantielle, laquelle recherche une même et unique réglementation légale pour tous les États dans un espace international déterminé, en d'autres termes, la même et unique loi pour tous.

La méthode la plus utilisée pour l'harmonisation est celle de la loi type, qui vise à ce que chaque État ou territoire, en maintenant son indépendance législative, adopte des lois identiques ou, tout au moins, similaires à celle des autres États, sans impliquer la signature d'un traité ou d'un accord international. Elle admet même que chaque État ajoute, supprime ou modifie des règles de la loi type. Ainsi, chaque État ou territoire adopte sa propre loi en l'adaptant à ses conditions spécifiques, s'il y a lieu. Certaines résultent être en tous points identiques, d'autres modifient une ou plusieurs dispositions et seuls varient le pays, l'organe qui la promulgue et la date, mais toutes conservent ses principes directeurs, ainsi que les objectifs poursuivis lors de la tâche codificatrice d'harmonisation.

7. La loi type a recours, aux fins de son instrumentation, à deux catégories de normes. Chacune d'elles répond à des techniques et méthodes de réglementation différentes : l'une indirecte ou conflictuelle et l'autre directe ou matérielle. Cette structure normative s'adapte au même dualisme que celui conféré au traitement de l'activité transfrontalière des personnes morales par la majorité des systèmes juridiques des Caraïbes. La loi type, cependant, aspire à un approfondissement et à un développement de ces méthodes, en prétendant clairement faciliter les opérations et respecter les principes et valeurs sur lesquels reposent lesdits systèmes. La loi est un ensemble harmonieux, même si chaque partie dispose de sa propre autonomie, de sorte que chaque pays puisse la faire sienne en tout ou partie, au moyen d'ajouts, de modifications ou de suppressions. Néanmoins, au vu du caractère complémentaire que revêt la conception des solutions offertes, l'effet recherché, visant à faciliter les opérations, bénéficiera d'une meilleure exécution si les systèmes juridiques nationaux l'accueillent dans son intégralité.

La catégorie conflictuelle réside dans une réglementation uniforme de normes indirectes du droit international privé qui déterminent la loi applicable aux sociétés commerciales, notamment, à leurs activités internationales et aux situations d'extranéité. Les dispositions de cette catégorie ambitionnent la promotion de la sécurité juridique par l'ordonnancement et la clarification de la localisation juridique, au sein d'un ou plusieurs ordres juridiques, des

situations transfrontalières susceptibles de se présenter, avec l'intention de ne pas placer la détermination du droit applicable sous la dépendance de la juridiction ou de l'autorité compétente pour vérifier la légalité d'une opération concrète. Les formulations adoptées s'efforcent de tenir compte des intérêts de la réglementation en présence, des options de technique normative appréciées dans les systèmes juridiques les plus modernes du droit comparé – ce dont la Communauté des Caraïbes s'avère à l'heure actuelle en grande partie dépourvue –, ainsi que des éléments, de source étatique ou conventionnelle présents dans les systèmes caribéens, tel que cela est signalé dans les commentaires au texte de la loi. En considération du déficit de développement préalable, les normes contenues dans cette catégorie ne devront pas supposer de modifications significatives dans le régime de droit applicable aux sociétés commerciales des États et territoires des Caraïbes.

L'examen de la situation législative existant dans les pays et les territoires caribéens quant à la réglementation de l'activité des sociétés commerciales par des règles de conflit révèle un développement plus faible. Le manque de réglementation est le dénominateur commun des systèmes qui ont reçu l'influence du droit anglais. En ce qui concerne les systèmes de tradition espagnole, différents degrés de réglementation peuvent être observés. Ainsi, nombre d'entre eux, parmi lesquels se trouvent les systèmes colombien et hondurien, ne disposent même pas d'une réglementation expresse. D'autres, comme le système cubain, bénéficient d'une certaine réglementation, quoique succincte, qui fournit des bases de solutions suffisantes (article 12.3 du Code civil cubain et article 15 du Code de commerce cubain). Rares sont les systèmes qui possèdent des réglementations relativement développées, à l'égard desquelles il convient d'apprécier l'influence exercée par la Convention interaméricaine relative à la personnalité et à la capacité des personnes dans le droit international privé, adoptée lors de la CIDIP III, à La Paz, Bolivie, en 1984. L'impact de cette Convention, tant envers le développement normatif dans ce domaine qu'à l'égard de l'unification accomplie, a été observé dans des systèmes tels que le système guatémaltèque, mexicain (article 2736 du Code civil mexicain), nicaraguayen et vénézuélien. Ce dernier, bien qu'il ne soit pas partie à la Convention interaméricaine, incorpore certaines de ses solutions à l'article 20 de la loi vénézuélienne relative au droit international privé de 1999. Enfin, seule une réglementation adéquate peut être constatée dans les lois modernes de droit international privé du Panama¹ ou dans le projet soumis au Congrès de la République dominicaine².

8. La loi type adopte comme prémisses que l'existence d'un ensemble systématique et complet de règles de loi applicable, afin de déterminer le régime des principales questions soulevées par l'activité transfrontalière des sociétés commerciales, constitue une contribution précieuse à la sécurité juridique et peut être exploitée comme un élément permettant de faciliter les opérations. Les règles contenues dans cette partie visent à la réalisation d'une

¹ Code de droit international privé de la République du Panama, loi 7, Gazette officielle 275308, du mois de mai 2014.

² Projet de loi relative au droit international privé soumis au Parlement de la République dominicaine en 2014, élaboré sous la direction du professeur J.C. Fernández Rozas, professeur agrégé de l'Université Complutense de Madrid, avec la collaboration du professeur Nathanael Concepción de la *Fundación Global Democracia y Desarrollo* (fondation globale pour la démocratie et le développement) de la République dominicaine, ainsi que d'autres spécialistes dominicains.

intervention législative alliée à une intention d'ordonnancement juridique du traitement que requiert la complexité croissante dont témoignent les situations transfrontalières du droit des sociétés commerciales. Associée à des règles ayant pour finalité la détermination de son champ d'action matérielle et son applicabilité à caractère universel, la réglementation, au moyen de normes de renvoi, s'étend à la détermination de la loi applicable aux sociétés commerciales, à la détermination du champ d'application de cette dernière, au régime à prendre en considération pour l'ouverture et le fonctionnement d'établissements à l'étranger, ainsi qu'à l'effet des exceptions au défaut de capacité, de représentation et de responsabilité fondées sur la sécurité du commerce. À titre d'innovation majeure, la loi type prévoit une règle de conflit spéciale pour les pactes extrastatutaires, à savoir les contrats dont la finalité affecte le fonctionnement des sociétés en général, en marge de leurs statuts. Dans chacun des cas, le but poursuivi par la règle de loi applicable est de déterminer le droit étatique qui régira chaque prétention. Les commentaires au texte de la loi type contiennent des références aux problèmes de délimitation entre les régimes, ainsi que des exemples pratiques, afin de rendre l'utilisation de cette dernière plus aisée pour les opérateurs.

9. La partie substantielle du titre premier propose un ensemble de normes matérielles impératives, d'application directe dans leur champ matériel et territorial. Les normes proposées ne prétendent pas interférer avec le droit des sociétés des États et des territoires des Caraïbes, en offrant un modèle complet pour leur substitution. Son dessein est moins ambitieux que la ligne dans laquelle s'inscrivent d'autres textes internationaux de référence en matière de droit des sociétés, particulièrement en ce qui concerne l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique adopté le 17 avril 1997 et publié au Journal officiel de l'OHADA le 1er octobre 1997. Les normes proposées ont pour but la réglementation des aspects qui sont les plus liés au caractère transfrontalier des activités des sociétés commerciales. Dans ce champ d'action, et inspirée par les principes et valeurs communs sur lesquels se fonde le droit des sociétés dans les ordres juridiques de l'environnement de l'OHADAC, la réglementation proposée suppose un pari au profit de la clarification législative en facilitant les activités transfrontalières des opérateurs du commerce. Dans cette perspective, la loi type se propose de gagner l'acceptation et l'adhésion des États et des territoires de l'OHADAC.

La loi type a été conçue afin que chacune de ses parties puisse faire l'objet d'une adhésion indépendante. Toutefois, pour une meilleure réalisation de l'objectif poursuivi par la loi type, visant à assurer la sécurité juridique et à faciliter les opérations des intéressés, il est recommandé d'y adhérer dans sa totalité. Par ailleurs, afin de favoriser les adhésions, les différents titres peuvent également faire l'objet d'une adhésion autonome. Au vu de la flexibilité avec laquelle les États et les territoires de l'OHADAC peuvent y adhérer, la loi type peut être un instrument clef propice à la suppression d'obstacles aux opérations transfrontalières des sociétés commerciales dans les Caraïbes, en facilitant la réalisation de ces dernières.

IV. TENEUR ET DEVELOPPEMENT

10. Les dispositions de la loi type portent sur diverses questions :

- A)** Le titre I traite de l'extranéité, des opérations et de la projection internationale des sociétés commerciales, en octroyant une référence particulière à :
- (i) La détermination de la *lex societatis* et aux règles d'extranéité en matière de droit des sociétés.
 - (ii) La reconnaissance et l'exercice d'activités commerciales de sociétés étrangères dans des pays distincts de celui de leur constitution : régime des succursales, établissement permanent, bureaux de représentation et autres formes similaires d'exploitation sans changement de nationalité et/ou sans création de nouvelle société.
- B)** Le titre II aborde le sujet des modifications structurelles internationales des sociétés, en traitant tout particulièrement :
- (iii) De la fusion internationale de sociétés.
 - (iv) Des scissions internationales de sociétés.
 - (v) Du transfert international de siège social : immigration et émigration de sociétés, ainsi que de leur changement de nationalité.
 - (vi) Du rôle du Registre du commerce et des sociétés (ou similaire), lors des modifications structurelles internationales des sociétés.
 - (vii) Des causes de dissolution, des statuts sociaux ainsi que du traitement d'une société exerçant des activités à l'étranger et faisant l'objet d'un motif de dissolution conformément à sa *lex societatis*.
- C)** Le titre III intitulé « Groupes de sociétés » s'attache :
- (viii) Au régime des relations au sein du groupe formé par des sociétés de nationalités différentes.
 - (ix) Au régime applicable à la responsabilité de la société mère au titre des dettes de ses filiales étrangères.
 - (x) À l'obligation de présenter des comptes annuels consolidés dans le cadre des groupes de sociétés.
- D)** Le titre IV concerne l'insolvabilité de sociétés réalisant des activités internationales et régit :
- (xi) Les autorités compétentes en matière d'insolvabilité.
 - (xii) Le régime applicable à l'insolvabilité internationale.
 - (xiii) L'efficacité internationale des décisions relatives à l'insolvabilité et la coopération des autorités en la matière.

(xiv) L'insolvabilité dans le cadre des groupes de sociétés internationales.

E) Enfin, le titre V énonce de nécessaires dispositions transitoires et une disposition finale.

11. Le droit international des sociétés commerciales a été développé dans les pays et les territoires des Caraïbes par l'intermédiaire, essentiellement, du droit régissant l'extranéité en matière de sociétés, lequel comprend également, de manière explicite ou implicite, la réglementation du problème de la reconnaissance des personnes morales étrangères. Ceci est la raison pour laquelle la loi type débute par la détermination de la *lex societatis* et des règles d'extranéité des sociétés. En effet, les normes relevant de cette branche du droit répondent à la dichotomie entre nationalité et extranéité, afin de déterminer le droit applicable aux étrangers. Bien que les critères d'attribution de la nationalité aux personnes physiques et aux personnes morales soient différents et les conséquences liées au fait de posséder une nationalité concrète soient distinctes, la possibilité pour les personnes morales de disposer d'une nationalité est un fait indiscutable dans les systèmes des Caraïbes, lesquels prévoient expressément la soumission des étrangers et des personnes morales étrangères à certaines normes auxquelles ne sont pas assujetties les personnes morales nationales. Il est ensuite traité de la reconnaissance et de l'exercice d'activités commerciales de sociétés étrangères dans des pays autres que celui de leur constitution, comme le régime des succursales, des établissements permanents, des bureaux de représentation et d'autres modalités similaires d'opérer sans changement de nationalité et/ou sans création de nouvelles sociétés. Des critères sont établis afin de résoudre le problème de la reconnaissance des sociétés commerciales. Ces normes aspirent non seulement à offrir une solution conventionnelle au problème de la reconnaissance, mais également à réduire l'intensité des contrôles auxquels sont associées normalement les vérifications nécessaires pour que la reconnaissance des personnes morales étrangères ait lieu.

12. Dans le titre I, la section deuxième du chapitre II est consacrée à l'enregistrement et à la publicité locale des sociétés étrangères et offre également une réglementation de l'activité locale de ces dernières. Cette réglementation propose une unification matérielle des conditions devant être remplies par les personnes morales afin de mener à bien leurs activités dans un autre pays. La loi type opte pour des solutions matérielles qui facilitent à la fois l'activité et parviennent à couvrir les objectifs de contrôle qui sont inhérents aux systèmes des États et des territoires de l'OHADAC.

Parmi les questions objet de réglementation, des critères uniformes sont proposés pour la naissance de l'obligation d'enregistrement, pour la présentation des documents nécessaires aux fins de réalisation des inscriptions et, pour la publicité qu'il convient de donner à ce type de sociétés dans le pays où elles exercent leurs activités de manière permanente ou au moyen de la création d'un établissement. Enfin, ce titre premier s'achève par la proclamation du principe d'assimilation entre sociétés étrangères et nationales. Afin de favoriser l'interpénétration au sein des économies des pays et des territoires de l'espace de l'OHADAC, la loi type prétend ainsi encourager l'adhésion des systèmes juridiques des Caraïbes au

principe d'assimilation entre les sociétés commerciales nationales et étrangères, tant en leur qualité de titulaires de droits que dans l'exercice de ces droits.

13. Le titre II concerne les modifications structurelles internationales des sociétés, sujet qui constitue actuellement une partie essentielle de la stratégie d'implantation de la société commerciale dans l'environnement international. Les fusions et les scissions internationales, ainsi que le transfert international du siège social permettent aux sociétés de s'adapter aux réalités contextuelles. En conséquence, la loi type propose une réglementation matérielle de certaines opérations ou situations de l'activité transfrontalière des personnes morales et des sociétés et, notamment, des situations dont le régime juridique pâtit le plus de l'absence d'un cadre uniforme régissant de telles opérations. En accord avec cette finalité poursuivie, la loi type incorpore des règles uniformes pour les opérations de fusion, scission et transfert international.

14. La partie de la loi type dédiée aux modifications structurelles internationales des sociétés occupe trois chapitres ayant pour objet : la fusion internationale de sociétés, la scission internationale de sociétés et le transfert international de siège social. Il a été opté, dans ces trois chapitres, pour une réglementation matérielle des opérations, qui inclut toutefois de multiples renvois aux réglementations internes des États. Ceci a été considéré comme la meilleure méthode de réglementation au vu de la disparité des réglementations nationales de la région caribéenne, lesquelles répondent, de surcroît, à des traditions juridiques différenciées. Il importe de prendre en compte la nécessité, dans toutes ces opérations, d'une certaine articulation entre divers ordres juridiques (ceux qui régissent les différentes sociétés qui prennent part à une fusion ou scission dans les États d'origine et de destination de la société, ainsi que dans les cas de transfert international de siège social). Cette articulation doit tenir compte des différences entre les réglementations substantielles et, confrontée à ces dernières, elle doit rechercher l'équilibre entre une réglementation substantielle exhaustive qui contraindrait à une modification excessive des droits nationaux et un simple renvoi conflictuel n'aidant que bien peu à faciliter ce type d'opérations internationales impliquant des sociétés commerciales. Face à ce dilemme, une option intermédiaire a été jugée préférable, laquelle, comme il ne pouvait en être autrement, s'appuie sur la solution conflictuelle en matière de *lex societatis*, également maintenue dans la loi type de l'OHADAC relative au droit international privé. Ainsi, cette dernière dispose que la loi régissant les sociétés est celle conformément à laquelle elles ont été constituées. Elle admet également le transfert international du siège formel de la société (siège social statutaire) auquel cas, le droit de l'État au sein duquel le siège est transféré est celui qui régira la société postérieurement audit transfert. Cette solution claire en matière de détermination de la *lex societatis* constitue un élément fondamental afin de pouvoir aborder la réglementation des différentes opérations de modification structurelle internationale des sociétés.

15. Eu égard à la fusion, la possibilité d'une telle opération entre des sociétés régies par des droits différents est érigée en principe. Une claire distinction est en outre opérée entre l'opération de fusion et celle de scission. Assurément, le choix d'une réglementation conjointe de ces deux opérations aurait pu être adopté. Néanmoins, au vu des difficultés posées par

l'unification substantielle des droits des sociétés de différents pays, il a été opté pour une réglementation plus simple qui exige que les opérations conjointes de fusion et scission soient réalisées de manière successive (tout d'abord, la fusion, puis la scission ou vice-versa), afin d'atténuer la complexité inhérente à l'articulation des différents droits impliqués lors de ces opérations. La fusion repose sur trois piliers : la nécessité pour le projet de fusion de respecter de manière cumulative les conditions requises par l'ensemble des droits impliqués ; la distribution dans l'application de ces droits, de telle sorte que les conditions d'adoption de la résolution relative à la fusion soient régies, pour chaque société, par leur propre droit ; ainsi que la coordination entre les Registres du commerce de tous les ordres juridiques concernés. La nécessité de prendre en considération les conditions prévues par l'ensemble des droits impliqués aux fins d'élaboration du projet de fusion est alliée à l'exigence d'un contenu minimal de ce projet (dénomination, forme juridique, siège, droit régissant les sociétés participantes, données d'identification de la société absorbante et, date d'efficacité de la fusion sous réserve que cette date ne soit pas antérieure à l'inscription de l'opération auprès du Registre de la société absorbante ou de la nouvelle société résultant de la fusion). Il s'agit de conditions communes à de nombreux pays de la région caribéenne, dont la prise en considération s'avère nécessaire pour la sécurité juridique de l'opération.

16. Le processus de fusion passe par les phases de préparation du projet y afférent, d'adoption par les sociétés participantes et d'inscription au Registre de la société absorbante ou de celle nouvellement créée à l'issue de l'opération. Lors de ce processus, tel que précédemment indiqué, chaque société devra adopter la résolution relative à la fusion dans le respect des règles de son propre droit et, l'inscription au Registre de la société absorbante ou de la nouvelle société résultant de la fusion ne sera possible qu'après avoir vérifié qu'il a bien été procédé à l'inscription de la fusion dans les Registres de toutes les sociétés concernées. Ce faisant, un contrôle surabondant de légalité lors de chacune des phases de la fusion est évité (puisque la vérification effectuée auprès de chacun des Registres sera réputée suffisante aux fins du contrôle de l'ensemble de l'opération qu'effectuera l'autorité compétente de l'État de la société absorbante ou de celle issue de la fusion) et, la coordination entre les différents Registres du commerce est favorisée. Or, une telle coordination s'avère essentielle pour la sécurité juridique de l'opération. L'option plébiscitée par la loi type est celle d'empêcher, postérieurement à l'inscription de l'adoption de la résolution de fusion au Registre de chacune des sociétés participantes, que des inscriptions incompatibles avec la fusion puissent accéder auxdits Registres. La radiation définitive de l'immatriculation des sociétés disparaissant subséquentement à la fusion ne se produit que lorsque la conclusion de l'opération a été inscrite auprès du Registre de la société absorbante ou de la société nouvellement créée à l'issue de la fusion. La loi type prévoit que les autorités de ce dernier Registre émettent un certificat attestant la conclusion de l'opération, lequel servira afin de radier, dans leur Registre correspondant, l'immatriculation de chacune des sociétés disparaissant suite à la fusion. Les difficultés susceptibles d'être rencontrées, tant en cas de radiation de l'immatriculation des sociétés qui disparaissent suite à la fusion avant que cette opération n'ait été menée à son terme, que dans l'hypothèse du maintien de l'immatriculation de telles sociétés auprès du

Registre postérieurement à la perfection de l'opération, sont ainsi éludées. La réglementation envisage, en outre, l'éventualité d'une opération qui ne parviendrait pas à être conclue, ce qui s'avère également nécessaire afin de mettre un terme à la situation spéciale dans laquelle se trouvent, après l'approbation de la résolution de fusion et avant la radiation de leur immatriculation, les sociétés qui disparaîtront à l'issue de l'opération. S'il est impossible de conclure la fusion, les sociétés participantes pourront revenir à la situation antérieure à l'opération. Enfin, il a été estimé nécessaire d'indiquer de manière expresse que la société qui résulte de la fusion ou la société absorbante acquiert les droits et les obligations des sociétés qui disparaissent à la suite de l'opération. Cette disposition est présente dans plusieurs droits et s'avère cohérente avec le fondement et la finalité de l'opération. Au surplus, elle constitue une garantie nécessaire au profit des créanciers de la société, lesquels disposeront également des mécanismes de protection prévus par le droit de la société débitrice qui participe à l'opération, puisque, ainsi que cela a été mentionné auparavant, la réglementation substantielle de la loi type n'est pas exhaustive, mais opère un vaste renvoi aux droits des États concernés par l'opération.

17. La scission internationale de sociétés est également régie par la loi type en se fondant sur les mêmes piliers que ceux de la fusion internationale : équilibre entre la réglementation substantielle de l'opération et renvoi aux droits nationaux. Tel qu'indiqué ci-dessus, il a été choisi de différencier clairement l'opération de scission et celle de fusion puis, à partir de cette différenciation, il a été procédé à la réglementation de la fusion sur le fondement de principes qui se veulent clairs et simples. Après avoir établi la possibilité de la scission internationale de sociétés, il est énoncé que l'opération doit se plier aux règles imposées par les droits impliqués dans l'opération, à savoir le droit régissant la société scindée et celui des États des sociétés existantes ou de nouvelle création qui sont destinataires du patrimoine scindé. Concrètement, il conviendra de respecter les normes relatives à la création de nouvelles sociétés et au régime des succursales si la scission implique la création ou la transformation de succursales existantes.

À l'instar de la fusion, la scission attache une importance toute particulière à la coordination des différents Registres du commerce. La loi type dispose que l'inscription de l'opération au Registre de la société scindée revêt un caractère nécessairement préalable aux inscriptions qui seraient requises auprès des Registres des sociétés bénéficiaires. En outre, elle établit expressément que lors de telles inscriptions, et indépendamment des dispositions des droits d'origine interne, l'inscription du projet de fusion est indispensable afin d'informer les intéressés et de renforcer la sécurité juridique. Comme dans la fusion, il est prévu que les Registres du commerce des sociétés bénéficiaires émettent des certificats relatifs à la perfection de l'opération, qui serviront pour la radiation de l'immatriculation de la société scindée dans le cas où celle-ci disparaîtrait subséquentement à l'opération. Par ailleurs, la loi type énonce une règle concernant la prise en charge des obligations et des droits de la société scindée par les bénéficiaires lorsque l'opération implique la disparition de celle-ci. Cette règle issue du droit des pays des Caraïbes (responsabilité solidaire envers les tiers mais proportionnelle à la participation à la scission dans les relations entre les sociétés

bénéficiaires) revêt, en tout état de cause, un caractère subsidiaire eu égard aux stipulations du projet de fusion ou aux dispositions du droit régissant la société scindée. Comme cela est habituel dans de nombreux ordres juridiques, il est prévu, dans le cadre des opérations de scission, l'application subsidiaire des règles en matière de fusion internationale de sociétés.

18. La loi type traite également du transfert de siège social. Les renvois opérés aux droits internes des États sont moins nombreux dans la réglementation de cette opération que dans les cas de fusion et de scission, ce qui implique que sa réglementation substantielle dans la loi type soit davantage détaillée. La raison de ce choix réside dans le fait qu'une telle opération, de par sa propre nature, exige un niveau de coordination majeur par rapport à celui qui est requis par la fusion ou la scission. En effet, elle suppose – conformément aux principes suivis par la loi type – la transformation de la société et le changement du droit la régissant, ce qui impose une articulation minutieuse dans l'application des droits des États d'origine et de destination de la société. La réglementation de cette opération de transfert de siège social doit être, en outre, cohérente avec les règles de conflit contenues dans la loi type relative au droit international privé. Cette dernière dispose déjà que le transfert du siège statutaire de la société implique un changement de la loi régissant la société et que l'opération n'est possible que si les droits de l'État d'origine et de destination de la société le permettent. Ces principes constituent le fondement de la réglementation offerte par la loi type en ce qui concerne le transfert international de siège social.

19. En premier lieu et en cohérence avec les règles de conflit, seul le transfert du siège formel (statutaire) est objet de réglementation, car il est le seul à revêtir une transcendance aux fins de détermination de la *lex societatis*. En effet, le transfert du siège réel ne suppose aucun changement dans le régime de droit privé de la société conformément aux dispositions de la loi type relative au droit international privé. En deuxième lieu, le transfert international du siège social statutaire implique le changement de la loi régissant la société, ce qui constitue également un résultat obligatoire en vertu de la loi type relative au droit international privé. En troisième lieu, une distinction est opérée entre les cas où les États d'origine et de destination de la société ont adopté la loi type relative aux sociétés commerciales et ceux dans lesquels une telle adoption n'est pas intervenue. Dans cette dernière hypothèse, il est inévitable que le transfert ne puisse être effectué qu'en accord avec les dispositions des droits des États d'origine et de destination, la loi type s'avérant alors inopérante afin de faciliter l'opération par une réglementation substantielle, car celle-ci sera dépourvue d'efficacité au motif de l'absence de son adoption par les deux États concernés par l'opération.

20. La procédure de transfert débute par l'élaboration d'un projet de transfert qui devra contenir au moins les informations visées dans la loi type. Rien n'empêche que le projet contienne de plus amples renseignements afin de satisfaire les exigences du droit de l'État d'origine ou de destination de la société. Ledit projet devra être publié et diffusé durant un délai de trois mois aux fins d'information, tant des associés que des créanciers et des autorités compétentes, ainsi que pour permettre l'exercice, le cas échéant, du droit d'opposition au transfert ou de réclamation des garanties satisfaisant l'intérêt des créanciers ou des associés. À l'expiration de ce délai de trois mois, l'organe compétent de la société peut approuver le

transfert du siège social. La décision devra être adoptée avec les mêmes majorités qui sont exigées pour la transformation de cette dernière par le droit régissant la société. Conjointement avec l'approbation, les statuts sociaux devront être modifiés afin de les adapter au nouveau droit régissant la société. Toutefois, cette modification ne pourra pas outrepasser ce qui s'avérera nécessaire pour l'adaptation de la société à une figure juridique équivalente dans l'État de destination. En d'autres termes, la possibilité de profiter du transfert pour introduire d'autres modifications substantielles de la société est écartée. Dans l'hypothèse où la modification des statuts irait au-delà de ce qui est nécessaire conformément à ce qui précède, elle devra faire l'objet d'une qualification négative par les autorités compétentes de l'État d'origine de la société.

21. La loi type, suivant à cet égard les ordres juridiques qui régissent le transfert international de siège social, prévoit que les associés qui se seraient opposés au transfert puissent se retirer. Le droit de retrait devra être exercé conformément aux dispositions du droit de l'État d'origine de la société. Ce n'est qu'au terme d'un délai d'un mois à compter de l'inscription au Registre du commerce de la résolution relative au transfert et, après avoir vérifié que les démarches requises ont été satisfaites (retrait des associés l'ayant sollicité) que le certificat correspondant sera émis par les autorités de l'État d'immatriculation de la société, lequel servira aux fins d'inscription du transfert dans l'État de destination de la société et emportera, en outre, la clôture provisoire du Registre pour celle-ci. Ledit certificat émis par les autorités de l'État d'origine de la société permettra d'effectuer l'inscription du transfert auprès du Registre du commerce de l'État de destination. Néanmoins, l'autorité compétente à l'égard de ce dernier Registre ne devra pas se limiter à constater l'existence du certificat, mais sera tenue de vérifier l'adéquation des statuts à son droit et l'adaptation du patrimoine social aux exigences de l'État d'accueil. L'idée sous-jacente à cette répartition des tâches réside dans l'obligation pour les autorités de chaque État de vérifier l'adéquation de l'opération à leur propre droit, ce pourquoi il convient que les autorités de l'État de destination soient celles en charge du contrôle des aspects du transfert de siège qui sont régis par leur droit. De surcroît, ces autorités devront vérifier l'équivalence de la figure juridique choisie dans l'État de destination avec celle originaire de la société.

La coordination entre les Registres de l'État d'origine et de destination revêt également une importance majeure lors de l'opération de transfert, de même que dans le cadre des opérations de fusion et de scission. La coordination à l'égard de cette modification structurelle se fonde sur les mêmes principes précédemment examinés au sujet de ces dernières opérations, à savoir que l'inscription auprès du Registre du commerce de l'État d'origine suppose la clôture partielle du Registre pour la société (dans ce cas, il s'agit d'une clôture provisoire). La clôture définitive n'interviendra qu'à l'issue de l'inscription de l'opération dans l'État de destination. Le certificat émis par les autorités de cet État lors de la conclusion de l'opération servira, à l'instar de ce qui est prévu pour la fusion et la scission, à la radiation définitive de l'immatriculation de la société dans l'État d'origine.

22. La loi type aborde également la réglementation des aspects internationaux de la dissolution de sociétés. La dissolution de la société relève de la compétence exclusive des

autorités de l'État dans lequel se situe son siège social statutaire (lequel coïncidera avec l'État de constitution si un transfert de siège social ne s'est pas produit) et le droit applicable à la dissolution sera la *lex societatis*, déterminée conformément aux dispositions de la loi type relative au droit international privé. Ces principes constituent le fondement de la réglementation, qui énonce que les autorités du siège de la société sont compétentes pour connaître non seulement de la dissolution, mais également de la résolution de tout conflit survenant au motif de celle-ci, ainsi que des recours formés à l'encontre des résolutions sociales relatives à l'extinction de la personnalité morale de la société. Par ailleurs, la loi type régit l'efficacité extraterritoriale des décisions qui se prononcent sur la dissolution de la société, en établissant le caractère obligatoire de leur reconnaissance ainsi que de leur exécution, à moins qu'elles ne nuisent à l'ordre public de l'État au sein duquel l'efficacité desdites décisions est alléguée. Les résolutions des organes sociaux relatives à la dissolution de la société seront également reconnues, sous réserve qu'elles aient été adoptées dans le respect de la *lex societatis*, c'est-à-dire en effectuant un contrôle conflictuel de ces dernières, nécessaire s'il ne s'agit pas de décisions émanant d'autorités publiques.

De même, la liquidation de la société sera régie par la *lex societatis*. Toutefois, la loi type prévoit qu'il puisse exister des actifs de la société situés en dehors de l'État dont le droit la régit et, en vue de faciliter les opérations de liquidation, elle énonce la possibilité de nommer des liquidateurs dans l'État où se trouvent les biens de la société. La nomination de ces liquidateurs devra être effectuée en accord avec les dispositions du droit de l'État dans lequel le liquidateur agira. De tels liquidateurs de la société intervenant hors des frontières de l'État du siège statutaire de la société devront rendre compte de leur activité aux liquidateurs nommés dans l'État du siège social. En outre, les actifs devant être distribués suite au paiement des dettes de la société feront l'objet d'une attribution conforme à la *lex societatis* et non pas aux dispositions du droit de l'État dans lequel agissent les liquidateurs désignés dans les États distincts du lieu où la société possède des actifs.

23. Le titre III de la loi type est consacré à la réglementation des groupes de sociétés et aborde trois sujets relatifs aux relations entre des sociétés d'un groupe mais de nationalités différentes, étant ainsi circonscrite à l'activité et à l'interaction des groupes de sociétés possédant un élément d'extranéité. Ces trois sujets sont les suivants :

- (i) Le régime des relations dans un groupe formé par des sociétés de nationalités différentes.
- (ii) Le régime applicable à la responsabilité de la société mère au titre des dettes de ses filiales étrangères.
- (iii) L'obligation de présenter des comptes annuels consolidés dans les groupes de sociétés internationales.

24. Bien que la définition de groupe de sociétés soit une question ne faisant pas l'unanimité en droit comparé, il existe un certain consensus international afin de reconnaître le groupe de sociétés comme « celui composé d'entreprises qui, tout en maintenant leur indépendance et personnalité morale, se réunissent pour la réalisation d'objectifs

économiques sur le marché, normalement sous une direction économique unifiée, exercée par l'entité se situant à la tête du groupe ». En général, il s'agit d'une forme de concentration de sociétés visant à obtenir une meilleure dimension d'entreprise et à affronter les défis concurrentiels d'un marché aussi profond et complexe que l'est celui actuel et qui, au sein des pays des Caraïbes, n'échappe pas à des problèmes pratiques.

Les groupes sont à l'origine, dans leur fonctionnement, dans leurs relations internes et sans leurs activités à l'égard des tiers, de situations ou de problèmes juridiques d'une grande complexité. Toutefois, cela ne justifie pas de les considérer comme une structure d'entreprise intrinsèquement nuisible. Le phénomène économique des groupes de sociétés a parfois été observé depuis une perspective négative, au motif des préjudices susceptibles d'être causés aux sociétés et aux associés non dominants. Ainsi, ce phénomène a également pu être jugé par les autorités commerciales et fiscales de différents États du point de vue de la transparence des informations financières et, notamment, en raison de l'éventuelle intention frauduleuse de certaines structures qui se prêtent à de telles fins. Outre ce qui précède, la notion de groupes de sociétés ne revêt pas nécessairement et à titre général un tel caractère préjudiciable, mais se présente, au contraire, comme une formule adéquate afin de mener à bien certaines activités économiques. Il en résulte que la loi type part du principe selon lequel il convient d'adopter une position favorable quant à l'appréciation des groupes de sociétés.

25. Comme d'autres structures bien établies dans la réglementation économique, les groupes sont une réalité d'entreprise née du développement économique qui réclame l'union, l'intégration ou la collaboration entre des sociétés, afin de pouvoir adapter leur organisation productive à la demande et à la dimension de leurs marchés respectifs. Les groupes de sociétés dans de nombreux territoires des Caraïbes continentales et d'Amérique centrale ont atteint, au cours des dernières décennies, une influence fort significative, en participant au développement économique croissant de pays caribéens, parmi lesquels il convient de relever la Colombie, le Mexique, le Venezuela et le Panama, qui exportent des groupes de sociétés reconnus comme de grands investisseurs dans la région ainsi qu'en Europe et, qui se sont positionnés en tête des classements des pays dont ils sont originaires, connus sous la dénomination de « Multilatins ». Il en résulte que l'entreprise poly-corporative se présente comme un sujet unitaire. Plus que jamais, cette justification économique s'avère indéniable dans le cadre d'une économie globalisée ou transnationale, où la dimension des grands groupes atteint des envergures inimaginables et qui suscitent des doutes quant à leur traitement juridique adéquat. Mais de tels doutes ainsi que la certitude à l'égard du fait que tout groupe met en péril des intérêts qui nécessitent une protection, ne doivent pas faire obstacle à la reconnaissance de leur légitimité en tant que réalité économique utile et ne justifient pas non plus une approche aisée tendant à leur disqualification globale.

26. La prémisse indispensable dans la démarche du traitement des groupes par la loi type coïncide avec la position réitérée de la doctrine : reconnaître que nous nous trouvons face à une réalité d'entreprise justifiée, en abandonnant la prédisposition à considérer le groupe comme une structure construite avec une intention principale frauduleuse ou blâmable. Cette approche négative obéit, parfois, à une méconnaissance de la logique économique et de la

licité incontestable qui est sous-jacente lors de la création d'un groupe de sociétés. Une telle position part d'un entendement déficient des risques et problèmes inhérents à l'existence d'un groupe et au manque de réponse législative adéquate dans nombre de pays. Du point de vue juridique, répondre au phénomène des groupes s'est révélé être une tâche véritablement malaisée. C'est aux législateurs des différents pays auxquels il incombe, de toute évidence, d'aborder la réalité de cette entreprise poly-corporative fondée dans leur territoire. Il s'avère également indubitable qu'une fois cette réalité affrontée, l'on constate que les groupes constituent des réalités hétérogènes ne s'inscrivant que difficilement dans un cadre légal uniforme. Dès lors, la loi type ne prétend pas s'immiscer ni remettre en question la souveraineté des législateurs locaux en matière de groupe de sociétés, mais vise en revanche à identifier, tout au moins, les problèmes et offrir une solution uniforme là où il a été possible de la trouver.

27. Un simple aperçu des législations des États ou territoires caribéens permet d'observer une diversité bigarrée de groupes, tant en ce qui concerne leur configuration formelle (essentiellement, par le biais de sociétés de capitaux), qu'à l'égard de leur structure. Ainsi, l'on peut observer, entre autres, des groupes verticaux ou horizontaux, de fait ou contractuels, coopératifs et hiérarchiques. La terminologie répond à la variété des critères de classification dans les différentes législations, lesquelles, à leur tour, s'efforcent de régir les différentes variantes conformément auxquelles les groupes sont créés. La loi type part du principe de l'opportunité d'un rapprochement particulièrement prudent en la matière, compte tenu de la diversité des situations qu'il importe d'analyser face à l'un des problèmes pratiques majeurs rencontrés par les groupes : la situation d'insolvabilité et l'existence de deux sociétés liées ou plus possédant des nationalités différentes. Il convient de remarquer qu'une procédure collective peut être source de problèmes en raison de l'insolvabilité de la société dominante ou de l'une de ses filiales, voire de plusieurs d'entre elles de manière simultanée.

La pratique révèle que la procédure collective engagée à l'encontre d'une société peut fréquemment « infecter » différentes sociétés, en particulier dans les groupes où, parmi leurs membres, il existe des relations entre sociétés, patrimoniales et contractuelles qui impliquent que l'insolvabilité de l'une affecte les autres. Cette diversité est probablement l'une des raisons pour lesquelles le législateur local s'est occupé des groupes de manière fragmentée, surtout en ce qui concerne les intérêts nécessitant une protection renforcée (notamment, à l'égard de la comptabilité, fiscalité, tutelle des créanciers face à certaines opérations). Sur le plan commercial, le modèle normatif existant dans de nombreux territoires de l'OHADAC renouvelle le schéma de fragmentation, où tous les intérêts qui réclament une tutelle juridique ne sont pas dûment réglementés et, s'ils le sont, les normes y afférentes sont dispersées dans différentes législations, telles que celles fiscale, comptable et d'insolvabilité, plus que dans la branche commerciale.

28. La détermination du groupe est le postulat d'application de dispositions relatives à certaines obligations (comme la nécessité de consolidation fiscale) ou interdictions et, le cas échéant, au régime de sanction en cas d'infractions. La tension existant entre l'intérêt du groupe et les intérêts de chacune des sociétés qui le compose a été signalée comme l'un des

problèmes paradigmatiques de la création et du fonctionnement des groupes, cette problématique concernant spécialement les administrateurs ou les représentants des différentes sociétés. Il s'agit d'admettre que l'ensemble des sociétés faisant partie d'un même groupe sont soumises à un intérêt d'intégration, qui n'est pas propre à la société dominante, mais qui est commun et comporte des bénéfices pour le groupe, même au prix de nuire à une ou plusieurs sociétés dépendantes. En ce sens, l'un des objectifs de la loi type est également d'esquisser les grandes lignes des problèmes ou situations juridiques, dans le cadre des groupes de sociétés, relatifs au régime des relations et des éventuelles responsabilités de la société mère au titre des dettes de ses filiales étrangères et de la considération de la société mère comme contrôlant ou exerçant une influence dominante sur ses filiales compte tenu de la direction unifiée et stratégique du groupe, ainsi qu'en ce qui concerne la protection des créanciers, des associés et des situations de levée du voile corporatif et, tel que précédemment indiqué, les situations d'insolvabilité.

29. L'étude et le traitement de la notion de levée du voile corporatif a fait partie des matières les plus complexes qui se sont présentées lors de l'élaboration de cette loi type. Il s'est avéré nécessaire d'avoir recours à la jurisprudence variée des tribunaux de la zone géographique concernée, afin de parvenir à un avis plus réaliste du traitement de cette notion, qui n'est pas uniquement présent dans la réglementation et lorsqu'il l'est, ce n'est que de manière dispersée dans de nombreux cas. La consécration des principes de la personnalité morale indépendante et de la responsabilité limitée figurent parmi les réalisations les plus importantes du droit des sociétés et, en tant que tels, ils sont affirmés et prônés dans tous les pays des Caraïbes, bien que l'application de la doctrine de la levée du voile corporatif ou violation de la personnalité morale ait été assez limitée. En effet, les conséquences juridiques et économiques dommageables, susceptibles de résulter de l'application désorganisée de la levée du voile dans une zone géographique comptant en son sein un grand nombre de pays dans lesquels règne un régime fiscal attrayant qui incite et promeut l'investissement étranger, sont claires et la loi type l'entend ainsi également.

La loi type respecte, par conséquent, ces principes et tente d'insérer certaines solutions jurisprudentielles dans la norme, en ayant conscience de la difficulté d'établir un guide unique et harmonisé d'hypothèses dans lesquelles il est possible de s'abstenir de la personnalité morale. La proposition se fonde sur le critère essentiellement traité par la majorité des législations comme postulat de levée du voile corporatif, à savoir l'abus de la personne morale. Elle établit en outre une exception à la règle générale selon laquelle, sans prétendre remplacer ce qui a déjà été affirmé par la jurisprudence de différents pays des Caraïbes, une aide puisse être prêtée aux autorités compétentes et aux opérateurs juridiques afin d'apprécier l'existence de ce que nous pouvons considérer comme des indices d'abus de la personnalité morale et, par conséquent, des éléments factuels qui, s'ils étaient déclarés recevables, pourraient engager effectivement la responsabilité de la société mère au titre des dettes de sa filiale. La loi type ne prétend pas dresser un *numerus clausus*, mais s'efforce de couvrir les indices les plus communs dans la pratique, son seul but étant d'aider à construire le jugement

de valeur que l'autorité compétente devra effectuer au cas par cas face à une situation de fraude ou d'abus commis au moyen d'une personne morale.

30. En de nombreuses occasions, l'approche des problèmes propres aux groupes, dans quelque nation que ce soit, aboutit immédiatement à une complexité qui résulte de la multinationalité des diverses sociétés liées composant le groupes et possédant leur centre d'activités sur plus d'un territoire. Force est de constater que nous nous trouvons face à une circonstance générale de l'activité économique, qui est précisément la raison d'être de la profusion d'efforts d'harmonisation internationale des normes applicables aux relations intra-groupe et du groupe avec des tiers, à laquelle s'ajoute la présente loi type. Cette pluralité d'ordres juridictionnels, dans la mesure où elle coïncide avec une diversité de lois applicables à une même espèce, peut donner lieu à des tensions d'une portée plus ou moins importante selon que les différences entre les systèmes applicables soient plus ou moins prononcées, ce qui est le cas du mélange de systèmes dans les territoires des Caraïbes.

Cet ensemble comprend des matières qui ne sont pas exemptes de problèmes auxquels sera confronté le projet de loi type, dans un domaine où il existe des nations considérées comme paradis fiscaux qui « vendent » la confidentialité des entreprises et qui, au moyen de certains mécanismes d'incitation, sont généralement des « édens » destinés à créer ce que sont ou peuvent parvenir à être de grands et puissants groupes de sociétés multinationales.

31. Le titre IV relatif à l'insolvabilité d'entités exerçant des activités internationales a pris en considération le fait qu'il existe, dans la pratique, un fort rejet à l'égard de l'utilisation des procédures d'insolvabilité, même lorsque l'ensemble des éléments y afférents sont nationaux. Ce rejet est dû à différentes raisons, qu'il ne nous appartient pas d'analyser ici, mais seulement d'indiquer que, probablement, la plus importante d'entre elles réside dans le fait que les autorités compétentes, qui doivent administrer et rendre la justice dans les procédures d'insolvabilité, ne disposent pas des ressources humaines et matérielles, qualitativement et quantitativement nécessaires afin de mener ces procédures dans des conditions et délais raisonnables. Lorsqu'une entité est insolvable, les autorités compétentes doivent agir rapidement et avec une connaissance approfondie du commerce en général, ainsi que des activités exercées par l'entité insolvable en particulier et, bien évidemment, de la loi. Elles sont tenues de connaître non seulement la législation en matière de procédures collectives ou d'insolvabilité, mais également d'autres matières qui présentent une relation directe avec ladite procédure d'insolvabilité ou qui sont concernées par celle-ci : droit des biens, fiscal, du travail, des obligations et des contrats, entre autres. Une entité soumise à une procédure d'insolvabilité ne peut pas attendre des mois, par exemple, afin de résoudre un conflit lié à l'exécution d'un contrat, lequel peut supposer des pertes élevées s'il n'est pas résolu de manière diligente. Bien que depuis la fin du XXe siècle les insolvabilités internationales aient augmenté de manière considérable, cette tendance n'a pas signifié que les régimes d'insolvabilité se soient adaptés à un comportement diligent et efficace, ce qui est l'objectif recherché dans le Titre IV de la loi type. Ce titre traite ainsi des matières suivantes : autorités compétentes en matière d'insolvabilité internationale ; coopération internationale entre autorités en matière d'insolvabilité ; efficacité internationale des décisions d'insolvabilité ;

régime applicable à l'insolvabilité internationale ; et, insolvabilité des groupes de sociétés internationales.

32. La loi type considère, malgré l'existence de plusieurs États ou territoires de l'espace l'OHADAC – comme la Colombie, le Mexique, les Îles Vierges britanniques, les Îles Vierges américaines (États-Unis) – ayant adopté la loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997), que le processus en cours d'internationalisation du trafic commercial et la crise de ces dernières années recommandent (ce que permettent en outre les nouvelles technologies) une simplification de la procédure d'insolvabilité et, concrètement, de ses formalités. Une telle simplification ne doit toutefois pas nuire aux principes fondamentaux du droit de la procédure internationale en matière d'insolvabilité, dont certains sont affirmés depuis le Code Bustamante, tels que le principe d'universalité et celui de la *par conditio creditorum*. Ces principes tendent à une protection réelle et effective sur la base du principe de l'universalité et non de la territorialité. Ladite simplification porte sur les formalités, grâce aux nouvelles technologies, qui permettent plus que jamais de disposer d'une coordination, d'une communication et d'une information probante entre les États et les territoires de l'OHADAC, ainsi qu'entre les juges, les administrateurs judiciaires, les créanciers et l'entité soumise à une procédure d'insolvabilité en particulier. La justice ralentie est une justice refusée. Pour ce motif, un mécanisme garantissant la validité des communications effectuées et son agilité est recherché. La procédure d'insolvabilité d'une entité exerçant une activité internationale requiert, dans la majorité des cas, que soient adoptées des décisions rapides et coordonnées, dans le but ultime de protéger les créanciers, ce pourquoi la procédure doit être simplifiée sans porter atteinte aux garanties de procédure nécessaires. Cette modification est déjà observée au sein de l'Union européenne (et dans ses collectivités d'outre-mer, comme la Guadeloupe, la Martinique ou Saint-Martin en ce qui concerne la France) par la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à modifier le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité.

33. La loi type recherche également une réglementation de l'insolvabilité internationale plus complète dans tous ses éléments et plus adaptée aux hypothèses factuelles, en évitant, dans la mesure du possible, des problèmes comme le « *forum shopping* » ou la duplicité de procédures, avec le renchérissement et l'insécurité juridique qu'ils comportent au détriment des parties impliquées et qui sont susceptibles de leur causer des conséquences dommageables. Comme chacun sait, dans le « *forum shopping* », comme notion de droit international privé, la personne qui engage l'action tend à choisir une juridiction non pas car elle est la plus adéquate afin de connaître de la procédure (dans le cas présent, d'insolvabilité), mais parce que les règles de conflits de lois auxquelles le tribunal aura recours le conduiront à l'application de la loi qui convient le plus à ses intérêts. Ainsi, les créanciers verront généralement leurs droits amoindris ou seront, même, trompés. Par conséquent, la loi type s'efforce de préserver la *par conditio creditorum* et, partant, de poser des limites à ces pratiques qui enfreignent les règles de compétence judiciaire internationale.

34. Le dénommé centre principal d'intérêts de l'entité soumise à une procédure d'insolvabilité est défini de manière appropriée. Il est laissé à chaque État ou territoire le soin

d'incorporer, au moyen d'une annexe, ce qu'il convient d'entendre par la figure de l'administrateur judiciaire ou par la procédure d'insolvabilité. En conséquence, les autres États ou territoires de l'OHADAC reconnaissent comme une procédure d'insolvabilité ou un administrateur judiciaire, ceux qui ont été ainsi désignés par l'État ou le territoire concerné. L'on part du principe selon lequel l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité relèvera de la compétence unique et exclusive des autorités de l'État ou du territoire où se situe le centre principal d'intérêts de l'entité concernée. À l'exception de cas très spéciaux (en considération de l'importance des biens de l'entité déclarée insolvable dans un autre pays), la possibilité d'une procédure secondaire est supprimée pour les établissements permanents. Il est ici fait une application (par analogie) de la pensée de Napoléon quant à la réglementation du concubinage par le Code civil de 1804 : «*les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux*». Par conséquent, si l'entité n'est pas établie dans un État ou territoire de l'OHADAC au moyen d'une entité filiale, à savoir une nouvelle entité bénéficiant de sa propre personnalité morale, soumise à sa loi (*lex societatis*), alors la loi de ce pays ne doit pas tenir compte de cette entité quelle que soit sa forme juridique (c'est-à-dire, ne pas la régir ou ne pas lui être applicable) eu égard à la procédure d'insolvabilité. Dès lors, cette entité sera soumise à la loi territoriale du lieu dans lequel se situe son centre principal d'intérêts (lequel peut coïncider ou non avec son lieu de constitution). Sur la base également du principe susmentionné, dans les procédures d'insolvabilité de plusieurs sociétés d'un même groupe, la loi applicable à chacune d'elles sera celle du lieu où elle possède son centre principal d'intérêts, à moins qu'il ne doive être procédé à la levée du voile corporatif au motif que la société est un alter ego de sa société mère et, ne mérite pas, par conséquent, la considération de sujet indépendant dans le trafic commercial. Néanmoins, la coordination des différentes procédures d'insolvabilité de plusieurs sociétés d'un même groupe doit être continue et absolue, à tel point que la clôture de la procédure d'une société non considérée comme société mère, au moyen d'une liquidation, d'un plan de redressement, d'un concordat ou d'une mesure similaire, devra être le résultat le plus opportun au bénéfice de l'entité mère et du reste des entités de son groupe.

35. En outre, la loi type a pris en considération le fait que les technologies actuelles permettent à chaque pays de l'OHADAC de tenir un Registre des procédures d'insolvabilité ouvertes sur leur territoire, permettant ainsi aux créanciers locaux ou situés dans un autre pays d'avoir connaissance de la procédure d'insolvabilité de leur débiteur. L'accès à de tels registres doit être gratuit et ils doivent fournir des informations et détails essentiels relatifs à chaque procédure d'insolvabilité, en identifiant les droits des créanciers à communiquer leurs créances et à comparaître, le cas échéant, lors de telles procédures, ces informations devant être systématiquement mises à jour.

36. Le Titre IV de la loi type s'achève par la nécessaire exception d'ordre public (article 50), une norme de *ius cogens* qui permet aux États de préserver leurs principes fondamentaux respectifs face à tout effet de leur application qui puisse, à l'échelle internationale, nuire à des intérêts légitimes admis en tant que tels. Enfin, le Titre V est consacré aux nécessaires, également, dispositions transitoires qui régissent l'application de la loi dans le temps, en

mettant en exergue sa non-rétroactivité et le respect des droits acquis sous l'empire de la législation précédente. Le texte normatif se termine par une disposition finale dérogeant aux dispositions du droit précédent qui s'opposeraient à celles de la loi type.

37. Au vu de l'ensemble de ce qui précède, il est considéré que la loi type doit essentiellement s'avérer utile afin de doter d'une sécurité juridique les relations et les activités internationales des sociétés commerciales, ce qui, à son tour, doit contribuer à la création d'un système de coopération, faciliter les échanges commerciaux et développer l'économie des Caraïbes.

* * * * *