



BANQUE DES MEMOIRES

**Master de Droit International Privé et du Commerce
International**

**Dirigé par Monsieur le Professeur Louis d'Avout
2024**

***La loi applicable au pouvoir de conclure
un contrat international au nom d'une
personne morale***

Louise Rieger

Sous la direction de Monsieur le Professeur Malik Laazouzi

Sommaire

Introduction

Partie I. La question de la loi applicable

Titre I. Problématique et solution posée

Titre II. Les difficultés

Partie II. En cas de dépassement des pouvoirs

Titre I. Propositions face à une application trop rigide de la règle de conflit

Titre II. La problématique transposée à la situation des personnes morales de droit public

Conclusion

INTRODUCTION

Les contrats internationaux sont devenus au cours des dernières décennies des actes quotidiens. Le commerce international, mais également les relations internationales n'ont de cesse de grandir, entraînant dans leur expansion l'augmentation du rôle joué par le droit international privé. Les questions qui se posent initialement sur la scène interne étatique vont être répercutées sur la scène internationale en droit international privé. Au-delà de la question du contrat même, se pose alors la question de la conclusion du contrat entraînant alors la problématique des pouvoirs à contracter au nom d'une personne morale, puisque sur la scène internationale le rôle joué par ces entités est primordial dans l'état du commerce actuel. Dans le cadre de ce travail, nous commencerons par nous questionner dans une première partie sur la question de la loi applicable au pouvoir de conclure un contrat international au nom d'une personne morale. Il s'agira alors d'analyser la solution posée par la Cour de cassation et ses divers justificatifs (Partie I). Dans un second temps, nous nous questionnerons sur les solutions proposées par la doctrine pour dépasser les difficultés entraînées par ce choix de rattachement (Partie II). Il convient dès à présent de souligner la différence entre personne morale de droit privé et personne morale de droit public. La solution de la Cour de cassation étant fondée sur la matière sociétaire et la plupart des propositions doctrinales s'étant prononcées dans cette matière, nous commenceront par analyser ces développements en détail avant de nous questionner sur la pertinence de leur transposition aux personnes de droit public (Partie II Titre I).

PARTIE I. LA QUESTION DE LA LOI APPLICABLE

S'agissant de la question de la loi applicable au pouvoir de conclure un contrat international il s'agira dans un premier temps d'étudier la problématique de cette question ainsi que la solution posée par la Cour de cassation (Titre I) avant de se questionner sur les difficultés soulevées par cette solution (Titre II).

TITRE I. PROBLÉMATIQUE ET SOLUTION POSÉE

La question de la loi applicable au pouvoir de conclure un contrat international au nom d'une personne morale est centrale aujourd'hui dans un environnement commercial de plus en plus mondialisé faisant régulièrement appel aux mécanismes de droit international privé. Pour y répondre nous commencerons dans un premier temps par poser la problématique (chapitre 1) avant de poser les contours de la *lex societatis* (chapitre 2) nécessaires à comprendre le raisonnement tenu par la Cour de cassation au sujet de la loi applicable au pouvoir de conclure un contrat international au nom d'une société (chapitre 3).

Chapitre 1. La problématique

Nous sommes de nos jours dans un monde de plus en plus mondialisé, les échanges commerciaux transnationaux sont monnaie courante et le support de base à tous ces échanges est le contrat. Dans cette situation internationale, le droit international privé va être amené à déployer tous ses effets. Les trois questionnements principaux dans ce contexte sont ceux du juge compétent, de la loi applicable et de la circulation des jugements. Dans le cadre de ce travail, nous nous concentrerons sur la question de la loi applicable. En droit interne, il existe certaines règles de détermination des pouvoirs à conclure un contrat international au nom d'une personne morale (que celle-ci soit privée ou publique). Cette problématique va être projetée sur la scène internationale en se dotant en plus, de questionnements de droit international privé. La première question sera alors de savoir à quelle loi se référer pour déterminer les contours et la teneur de ces pouvoirs et de savoir qui peut et comment il peut valablement engager l'entité

représentée. La même loi déterminera également les conséquences du dépassement de ces pouvoirs.

Cette question, loin d'être isolée théoriquement, suscite de fortes conséquences pratiques. En effet, la détermination de la loi applicable au pouvoir de conclure un contrat international est susceptible d'affecter la validité même de l'acte et peut alors avoir des conséquences lourdes pour les parties et pour la stabilité du commerce international. En droit français l'absence de pouvoirs est sanctionnée par l'inopposabilité de l'acte.

Il convient alors de cerner les contours de la question des pouvoirs. Nous pouvons dès à présent distinguer cette notion de la notion voisine de capacité . La notion de capacité vise la possibilité de passer des actes, c'est « l'aptitude à agir pour son propre compte »¹. Le pouvoir vise « l'aptitude à agir dans un intérêt distinct du sien »². Ce pouvoir permet d'agir au nom et pour le compte d'une personne morale alors que pour la capacité, ce sera en son nom propre. Ce pouvoir peut être conféré par la loi, le juge ou un contrat. Il faut que la personne soit habilitée à conclure l'acte au nom de la personne morale qu'elle engage.

La question de la loi qui déterminera les contours de ces pouvoirs est centrale. Les conséquences qui en découlent pouvant être que la personne morale sera tenue ou non par l'acte conclu. Le choix du critère de rattachement est donc ici primordial puisque celui-ci influencera la loi applicable au fond pour résoudre la question.

Différents rattachements viennent à l'esprit quand on évoque cette problématique. Le réflexe du cocontractant serait éventuellement de se fier à la loi du lieu de conclusion de l'acte ou la loi de l'acte conclu (loi régissant le contrat). A côté de cela, on peut opposer une autre logique selon laquelle la loi la plus adéquate serait celle de l'entité au nom de laquelle cet acte est conclu. Dans un cas, on met l'accent sur l'acte conclu dans l'autre sur l'entité contractante. On a alors deux logiques qui s'opposent d'un côté celle du tiers contractant qui se fie au contexte environnant et de l'autre celle de l'entité (personne morale de droit public ou de droit privé) qui forme un tout et qui suivant cette logique est légitime à appliquer sa loi de fonctionnement à la question des pouvoirs de ses représentants.

¹ D. COHEN « l'engagement des sociétés à l'arbitrage », *Rev. arb.* 1/2006, p. 37.

² D. COHEN « l'engagement des sociétés à l'arbitrage », *ibid.*, p. 37.

Il convient dès à présent d'exclure l'application du règlement Rome I à la question, puisque celui-ci exclut de son champ d'application « *la question de savoir si un représentant peut engager, envers les tiers, la personne pour le compte de laquelle il prétend agir ou si un organe d'une société, d'une association ou d'une personne morale peut engager, envers les tiers, cette société, association ou personne morale* »³.

Dans cette première partie, nous nous concentrerons sur la question appliquée aux sociétés puisque c'est celle qui fait l'objet du plus de jurisprudence et d'écrits doctrinaux. La solution retenue, nous le verrons, a été celle de favoriser le rattachement sociétaire en faisant référencé au lieu du siège social. Pour ce faire, il convient de commencer cette analyse par quelques rappels sur la *lex societatis* et sur la nationalité de la société (chapitre 2) qui permettront de mieux comprendre les développements qui suivront et de mieux cerner l'évolution jurisprudentielle (chapitre 3).

Chapitre 2. Rappels sur la *lex societatis*

Face à cette situation, il convient de rappeler les principes de base, à commencer par les concepts de *lex societatis* (loi de la société) et de nationalité de la société. En effet, pour qu'une société étrangère soit amenée à agir en France, il faut d'abord s'assurer que celle-ci soit reconnue comme telle en France et puisse y agir valablement. C'est seulement une fois cette reconnaissance vérifiée que se posera la question des pouvoirs de ses dirigeants sociaux à conclure un contrat international au nom de cette société⁴. P. Mayer prévoyait que, si un groupement reçoit la personnalité morale selon la loi d'un État, alors les autres États le considéreront comme « régulièrement créé »⁵.

Une société est par principe soumise à la loi de son fonctionnement connue sous le nom de *lex societatis*. Ainsi, la *lex societatis* peut être définie comme étant la « *loi en principe applicable à la constitution, au fonctionnement et à la dissolution d'une société* »⁶. On retrouve

³ Règlement (CE) n° 593/2008 du parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), article 1§1 g).

⁴ R. CRONE, La loi applicable aux pouvoirs des dirigeants de sociétés étrangères. In: *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé, 14^e année, 1998-2000, 2001*, p. 244.

⁵ P. MAYER, V. HEUZE et B. REMY, *Droit international privé*, 12^e éd., LGDJ, 2019, n° 1116.

⁶ S. GUINCHARD, T. DEBARD, *Lexique de termes juridiques 2023-2024*, 31^e éd., Dalloz, 2023, p. 638.

dans cette définition l'idée que la *lex societatis* a pour objectif de régir toute la vie de la société, mais également sa création ainsi que sa « mort ».

Chaque État fixe le critère de rattachement du fonctionnement d'une société à un territoire, il y a ce faisant potentiellement autant de critères possibles que d'États et ce d'autant plus que ce critère n'est pas harmonisé au sein de l'Union européenne⁷. Le résultat de ce manque d'harmonisation sera qu'une même société sera potentiellement soumise à différentes lois en fonction du critère retenu par le droit international privé de chaque État amené à se prononcer sur la question de la *lex societatis*⁸. Cependant, on constate une ligne de démarcation entre deux tendances, la première étant plus présente dans les pays de tradition continentale et la seconde étant issue de la tradition de *common law*. Dans les pays de tradition civiliste, le critère traditionnel était celui du principe de la loi du lieu du siège social. Cette approche a pour effet de favoriser l'existence d'un lien objectif matériel entre la société et la loi qui lui sera appliquée⁹. A l'opposé, les législations des pays de *common law* favorisent un rattachement volontariste, en se référant au critère de la loi du lieu d'incorporation. La loi sera alors déterminée par l'accomplissement de formalités administratives de constitution de la société¹⁰. Cette seconde approche beaucoup plus libérale traduit un souci d'attractivité favorisant le *law shopping*. Nous ne nous attarderons pas dessus, mais cette seconde approche semble de nos jours prendre le devant sur l'approche civiliste notamment sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹¹.

Section 1. Règle de rattachement

Malgré cette évolution, la France reste fidèle à la tradition civiliste en consacrant dans sa législation le critère de rattachement du lieu du siège social. Ce critère avait été évoqué pour la première fois par la chambre civile de la Cour de cassation dans l'arrêt débarcadère de Cadix du 20 juin 1870¹². A ce moment-là, le critère n'était évoqué que comme un indice parmi

⁷ M. AUDIT, S. BOLLÉE et P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3^e éd., LGDJ, 2019, n°62.

⁸ P. DELEBECQUE, L. USUNIER et J.-M. JACQUET, *Droit du commerce international*, 4^e éd., Dalloz, 2021, p. 145.

⁹ R. CRONE, *op. cit.*, p. 244.

¹⁰ B. AUDIT et L. d'AVOUT, *droit international privé*, 2^e éd., LGDJ, 2022, n° 1211.

¹¹ *Ibid.*, n°1211.

¹² Cass. 1^{re} civ., 20 juin 1870.

d'autres. La Cour semblait plutôt avoir recours à la méthode des faisceaux d'indices que de poser un réel critère de rattachement¹³.

Le critère est à présent consacré par le législateur dans deux dispositions différentes. Il s'agit pour les sociétés commerciales de l'article L 210-3 du Code de commerce¹⁴ et pour les autres sociétés de l'article 1837 du Code civil. Ainsi l'article 1837 du code civil prévoit que « *toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française. Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu* »¹⁵. Cette règle en principe formulée de manière unilatérale a rapidement été bilatéralisée par la jurisprudence¹⁶. Ainsi, l'on peut retenir que selon le rattachement français, une société est soumise à la loi du lieu de son siège social.

Dans les deux dispositions, le législateur opère une distinction entre siège social statutaire et siège social réel. Cette distinction a pu mener à des débats quant à savoir lequel devait être pris en compte comme siège de principe. Avant d'entrer dans les détails du débat, il convient de définir la notion de siège social. Il peut être défini comme le « *lieu de la direction centrale d'une société. Précisé dans les statuts, il constitue le domicile de la personne morale et détermine en principe la loi qui lui est applicable, de même que sa nationalité* »¹⁷. On observe dans cette définition une référence au centre de l'entreprise et donc au lieu où les décisions sont prises¹⁸. En ce sens, la Cour de cassation dans un arrêt de la chambre civile en date du 15 juin 1957 faisait déjà référence au « *centre de décision et d'exploitation commerciale* »¹⁹.

Le siège social statutaire fait référence au siège social inscrit dans les statuts de la société. Le siège social réel, quant à lui, fait référence au lieu de direction et de contrôle de la société. Il s'agit d'une conception matérielle du siège indépendamment du siège inscrit dans les statuts de la société. La formulation des deux articles laisse à penser qu'il y a une faveur faite envers le siège social statutaire, bien que ce ne soit pas explicitement exprimé. Ce ne sera qu'en cas de dissociation entre le siège statutaire et le siège réel que les tiers pourront se prévaloir du

¹³L. LEVY, *La nationalité des sociétés*, thèse, Paris, 1984, page 192.

¹⁴C. com., art. L 210-3.

¹⁵C. civ., art. 1837 modifié par la loi du 5 janvier 1978.

¹⁶Cass. 1^{re} civ., 18 avril 1972, n° 69-14.523 et Cass. com 21 décembre 1987, n° 85-13.173.

¹⁷S. GUINCHARD, T. DEBARD, *op. cit.* p. 996.

¹⁸O. STAES, note sous Cass. 3^e civ., 21 sept. 2010, n° 09-67267, *Bull. Joly*, déc. 2010, p. 1009.

¹⁹Cass. 1^{re} civ., 15 juin 1957, D. 57, 596.

siège réel ou à la demande de tout intéressé en cas de fraude ou de fictivité du siège statutaire²⁰. Cette lecture aujourd'hui largement acceptée semble plus logique, puisque l'option du second alinéa n'aurait plus de raison d'être si elle venait à constituer le rattachement de principe²¹.

Cependant, au sein de l'Union européenne l'utilisation de l'option du second alinéa semblait fortement limitée par l'intervention de la Cour de justice de l'Union européenne qui, au nom des libertés de circulations, limitait les possibilités de légiférer en la matière. Un arrêt Kornhaas²² semblait apporter un peu de souplesse dans l'éventuelle mise en œuvre de l'alinéa 2, en distinguant constitution, vie et mort de la société. Cependant, dans un arrêt récent de la Cour de justice de l'Union européenne en date du 25 avril 2024²³, la Cour semble apporter le coup fatal à cette option. L'affaire visait justement l'appréciation des pouvoirs d'engager une société. Il s'agissait d'une société italienne ayant transféré son siège statutaire au grand-duché du Luxembourg, mais ayant conservé son activité en Italie. Le droit italien s'applique en principe aux sociétés ayant leur « objet principal en Italie ». Suivant le droit italien, la société n'aurait pas pu être engagée par les actes accomplis. Cependant, la Cour de manière radicale va écarter au nom des libertés de circulations toute potentielle application de la loi italienne « *il importe de relever qu'une réglementation d'un État membre prévoyant que les sociétés établies dans un autre État membre qui exercent la partie principale de leurs activités dans le premier État membre doivent respecter, dans le cadre de la réalisation de leurs actes de gestion, outre les obligations résultant, le cas échéant, du droit de leur État membre d'établissement, le droit du premier État membre, pourrait rendre plus difficile la gestion de telles sociétés, dès lors qu'elle pourrait obliger celles-ci à se conformer aux exigences imposées par ces deux ensembles normatifs* ». La seule possibilité de permettre l'application de la loi italienne aurait été alors de reconnaître cette entrave comme justifiée, ce qui n'a pas ici été le cas, la disposition étant formulée de manière trop générale. Cet arrêt semble fortement fragiliser, si pas anéantir, l'usage intraeuropéen de la théorie du siège réel française, hormis justifications très précises et limitées de proportionnalité.

²⁰ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 4^e éd., LGDJ, 2016, p. 105.

²¹ H. SYNVEIT, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, thèse Rennes, 1979, n° 94.

²² C.J., arrêt *Simona Kornhaas c. Thomas Dithmar*, 10 décembre 2015, C-594/14, EU:C:2015:806

²³ C.J., arrêt *Edil Work 2 Srl, S.T. Srl c. STE Sàrl*, 25 avril 2024, C-276/22, EU:C:2023:796, « *Dans ces conditions, il convient de répondre à la question posée que les articles 49 et 54 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation d'un État membre qui prévoit, de manière générale, l'application de son droit national aux actes de gestion d'une société établie dans un autre État membre mais exerçant la partie principale de ses activités dans le premier État membre* ».

La Cour de cassation a par ailleurs dans un arrêt banque Ottoman²⁴ soulevé la possibilité d'effectuer un renvoi de conflit de loi. C'est-à-dire, « *lorsque, en matière de conflits de lois, la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for décline sa compétence et déclare applicable une autre loi, soit celle du for (renvoi au premier degré) soit une loi tierce (renvoi au deuxième degré), on parle de renvoi de la loi initialement désignée à celle finalement déclarée applicable* »²⁵. En matière sociétaire, ce renvoi s'opère lorsque la société a son siège social dans un pays autre que la France et est enregistrée dans un autre pays lui aussi étranger à la France. La règle de conflit française renvoie à la loi du lieu du siège social (en l'occurrence le Royaume-Uni), qui elle-même ne se considérait pas applicable mais renvoyait à la loi du lieu d'incorporation (dans l'affaire la Turquie). Par renvoi, on a admis l'application de la loi turque comme *lex societatis*. Ce qui compte pour admettre ce renvoi, est que le pays auquel on renvoie ne soit pas opposé à ce que la société soit incorporée dans un autre pays²⁶.

Section 2. Distinction avec la nationalité

Il convient à présent de préciser la distinction entre nationalité de la société et *lex societatis*. Nous pouvons en effet constater que les deux notions étant proches, la confusion entre les deux est assez vite faite, au point qu'il a été proposé de ne même plus distinguer les deux. Cependant, la distinction entre les deux sera plus tard utile puisqu'une même confusion, on le verra, a été opérée par la Cour de cassation dans l'appréciation de la loi applicable au pouvoir de conclure un contrat au nom d'une société.

§1. Définition

En droit international public, la nationalité peut être définie comme le « *lien de rattachement d'un individu, d'une personne morale ou d'un engin (navire, aéronef, etc.) à un État qui justifie l'exercice par ce dernier d'une compétence personnelle à son égard et confère à l'État le droit d'exercer sa protection diplomatique* »²⁷. Il s'agit ainsi d'un lien d'allégeance vis-à-vis de l'État qui donne des droits et des obligations. Chaque État attribue librement sa

²⁴ T. com. 19 octobre 1982, *Rev. crit. DIP* 1984.93, note H. SYNDET.

²⁵ S. GUINCHARD, T. DEBARD, *op. cit.* p. 922.

²⁶ E. AGOSTINI, « Le mécanisme du renvoi », *Rev. crit. DIP*, 2013/3, p. 576.

²⁷ S. GUINCHARD, T. DEBARD, *op. cit.* p. 712.

nationalité et ce uniquement de manière unilatérale. Il n'est pas question d'attribuer à une société une nationalité sans l'accord de l'État dont on attribue la nationalité²⁸.

§2. Critères

En ce qui concerne l'attribution de la nationalité, on constate à nouveau une démarcation entre les États de tradition civiliste et les États de *common law*. En *common law*, le critère retenu est à nouveau celui de l'incorporation qui permet d'attribuer la nationalité à une société dès lors qu'elle est incorporée et donc enregistrée formellement dans un État. Ce critère, de par son libéralisme, est souvent utilisé dans les paradis fiscaux.

En France, le critère retenu est celui du siège social. Il n'y a pas de législation qui le consacre, mais il faut, aujourd'hui encore, se référer à la jurisprudence²⁹. Ainsi, une société dont le siège social est situé en France aura la nationalité française. Ce siège sera en principe le siège réel défini comme le lieu où la société a sa « direction effective » (Cour de cassation 21 décembre 1990³⁰). Il s'agit du centre de décision, lieu où se réunissent les organes sociaux. Ce siège réel est présumé correspondre au siège statutaire. C'est uniquement en cas de dissociation entre les deux que, par l'usage de la technique des faisceaux d'indices, il faudra faire référence au siège social réel³¹.

§3. Distinction

Force est de constater que les notions de nationalité et de loi applicable sont très similaires en ce qu'elles appellent à mobiliser des critères identiques. Cependant, les deux ne visent pas une même réalité et il convient de les distinguer. Cette distinction sera d'autant plus utile, qu'elle n'a pas toujours été effectuée de manière claire par les juridictions au sujet de la loi applicable aux pouvoirs des dirigeants sociaux comme nous le verrons.

Par analogie avec la nationalité des individus, on serait tenté d'appliquer la loi nationale pour régir la loi applicable à la société³². Par ailleurs, le critère étant le même (siège social) il

²⁸ M. AUDIT, S. BOLLÉE et P. CALLÉ, *op. cit.*, n°80.

²⁹ Cass. 1^{re} civ., 30 mars 1971, *Rev. crit. DIP*, 1971.451.

³⁰ Cass., Ass. plén., 21 décembre 1990, n° 88-15.744.

³¹ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, p. 30.

³² M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, p. 44.

serait tentant de recouper les deux notions en une seule (loi nationale). Cette position a été retenue par une partie de la doctrine, aujourd'hui de plus en plus minoritaire, en raison du lien entre nationalité et loi applicable³³. De même, dans le traité de droit international privé de Batiffol et Lagarde, ces auteurs énoncent que les sociétés sont soumises à leur loi nationale « *la loi nationale de la société détermine ses conditions de constitution de fonctionnement et de dissolution* »³⁴.

La question qui peut alors se poser est pourquoi garder en droit international privé cette distinction qui par ailleurs n'existe plus en droit interne³⁵ ? Cela s'explique en ce que, bien que le critère soit identique, les deux reflètent des réalités bien différentes. En effet, la nationalité se réfère au versant public de la société. C'est son lien d'allégeance à un État qui s'attribue de manière unilatérale. Cela impliquera des questions telles que celle de la protection diplomatique et du bénéfice de traités bilatéraux internationaux. A l'opposé, la *lex societatis* régit l'organisation et le fonctionnement interne de la société et fait ainsi référence à un son versant privé.

A présent que ces notions ont été clarifiées, il convient de se pencher plus précisément sur la question qui nous occupe. Celle de la loi applicable au pouvoir de conclure un contrat international au nom d'une personne morale. La question semble simple, mais l'hésitation a pu exister entre divers rattachements. Or, dans un contexte où les échanges commerciaux sont de plus en plus internationalisés, il est primordial pour assurer la sécurité du commerce de répondre à ces questions. Les contractants français sont de plus en plus amenés à conclure des contrats avec des personnes étrangères, ce qui les oblige à vérifier dans ce contexte les pouvoirs des représentants à engager ces personnes morales. Dans le contexte international, la question se transpose au droit international privé et nécessite alors de se poser la question de savoir selon quelle loi ces pouvoirs seront appréciés.

³³ B. GOLDMAN, *Cours de droit du commerce international*, 1970-71, Les Cours de droit, 1970, p. 78.

³⁴ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. 1, 8^e éd., LGDJ, 1993, n° 203.

³⁵ B. AUDIT et L. d'AVOUT, *op. cit.*, n°1221.

Chapitre 3. Solutions jurisprudentielles détaillées

Face à la question de la loi applicable au pouvoir de conclure un contrat international au nom d'une personne morale, la solution semble à premiers abords assez simple puisqu'elle fait l'objet d'une jurisprudence à présent constante depuis 1987³⁶. En effet, dans plusieurs arrêts, la Cour de cassation a déclaré la loi française comme incompétente pour déterminer l'étendue des pouvoirs des dirigeants sociaux d'une société dont le siège social était situé à l'étranger. De manière générale, et en bilatéralisant cette solution, on peut retenir que la loi applicable pour déterminer l'étendue des pouvoirs des dirigeants sociaux, est celle de l'État où se situe le siège social de la société concernée.

Cette solution avait déjà été avancée par l'Association de droit international dès 1960 dans son projet de convention sur les conflits de lois en matière sociétaire³⁷. Par ailleurs, la doctrine a soutenu ces mêmes propositions. Ainsi, A. Batiffol et P. Lagarde³⁸ renaient que l'appréciation des pouvoirs des dirigeants sociaux se faisait en vertu de la loi du lieu du siège social. La solution avancée par ces auteurs se basait sur plusieurs précédents jurisprudentiels³⁹. En premier, il convient de citer deux précédents affirmant qu'il fallait se référer à la loi nationale afin de déterminer qui avait la qualité pour représenter la société (Douai, 27 avril 1897, DP 1899. 2. 195, Clunet 1898. 146 ; Paris, 6 juin 1912, Rev. soc. 1913. 1. 260). Dans un autre arrêt (CA Paris arrêt société française d'alimentation saine du 26 mars 1966, Clunet 1966. 841, note B. Goldman, Rev. crit. DIP, 1968. 58, note Y. Loussouarn), il était retenu que les dispositions de la *lex societatis* concernant l'autorisation de conclure un contrat devaient être respectées, même lorsqu'elles étaient contraires à la loi du contrat. Enfin, dans un arrêt de la Cour d'appel de Douai du 1^{er} décembre 1955⁴⁰, il était retenu que le fait que la loi française régitte l'action n'empêchait pas la loi du lieu du siège de régir l'appréciation des pouvoirs du dirigeant.

La solution a finalement été consacrée pour la première fois par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt datant du 21 décembre 1987⁴¹. Cette même solution sera réitérée plus tard mais comme nous allons le voir, il existe une divergence de qualification entre

³⁶ Cass. com. 21 décembre 1987, n° 85-13.173.

³⁷ Rev. crit. DIP, 1961. 440.

³⁸ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *op. cit.*, n° 203.

³⁹ H. SYNVE, note sous Cass. com., 21 décembre 1987, n° 85-13.173, Rev. soc. 1988, p. 407.

⁴⁰ Douai 1^{er} déc. 1955, R. 1956.490, note Loussouarn.

⁴¹ Cass. com. 21 décembre 1987, n°85-13.173.

la chambre commerciale et la chambre civile de la Cour de cassation. Cette divergence rappelle la confusion fréquente entre nationalité et *lex societatis*.

Section 1. Distinction entre nature de l'engagement et pouvoirs à engager

Dans ses différents arrêts, on remarque une tendance de la Cour de cassation à distinguer entre la nature de l'engagement à laquelle, par utilisation d'une règle de conflit, une certaine loi sera applicable, et la capacité à engager la société qui dépendra de la loi du lieu du siège social de la société. En agissant ainsi, la Cour de cassation a recours au procédé traditionnel en droit international privé de qualification⁴². La qualification se fait *lege fori* et ce depuis l'arrêt Caraslanis⁴³, c'est-à-dire selon le point de vue du for.

Cette opération de qualification conduit à distinguer entre la nature de l'opération, et la question des pouvoirs du dirigeant social. Le raisonnement conflictuel qui en découlera ne sera alors pas le même et la loi applicable sera potentiellement différente⁴⁴. Ainsi, la loi de l'acte passé ne sera pas nécessairement la même que celle qui déterminera les pouvoirs du dirigeant ayant passé cet acte. La question des pouvoirs du dirigeant est une question indépendante de l'acte. Peu importe la loi régissant le fond ou la forme de l'acte, ces dernières n'auront aucune influence sur l'appréciation des pouvoirs du dirigeant⁴⁵. Les questions recevant des qualifications propres, les lois applicables seront désignées de manière distincte et ne seront potentiellement pas les mêmes.

Il est intéressant de noter que dans l'arrêt du 21 décembre 1987, la Cour de cassation invite également à distinguer en troisième lieu, la question de l'éventuelle sanction d'une absence d'autorisation à conclure l'acte⁴⁶.

A présent que cette distinction a été opérée, il convient de se pencher plus amplement sur la solution posée par la Cour de cassation et sur la manière dont elle a formulé cette nouvelle règle de conflit.

⁴² M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, n°122.

⁴³ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} février 1955, n° 55-02.067.

⁴⁴ D. COHEN, « La responsabilité des dirigeants sociaux en droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 2003.585.

⁴⁵ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, n°122.

⁴⁶ H. SYNDET, note sous Cass. com., 21 décembre 1987, n° 85-13.173, *op. cit.*, p. 406.

Section 2. Évolution de formulation

On observe dans la jurisprudence une divergence entre la chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation. La chambre commerciale depuis son arrêt de 1987⁴⁷ fait référence à la loi nationale de la société qui désigne alors la loi du lieu du siège social. Depuis un arrêt du 8 décembre 1998⁴⁸, c'est la chambre civile de la Cour de cassation qui s'est prononcée faisant alors à chaque fois référence à la *lex societatis*. Dans les deux cas, la loi désignée sera celle du lieu du siège social, les conséquences pratiques seront alors les mêmes. Il convient cependant de se pencher plus en détail sur cette confusion.

§1. Une première référence à la loi nationale

A partir de son arrêt du 21 décembre 1987, la chambre commerciale de la Cour de cassation a fait référence à la loi nationale de la société pour déterminer la loi applicable au pouvoir d'engager la société⁴⁹.

Ainsi dans son arrêt du 21 décembre 1987, la chambre commerciale de la Cour de cassation se prononce sur la question en ces termes « *l'appréciation des pouvoirs des dirigeants d'une société relève de la loi nationale de cette société* »⁵⁰. Dans cette affaire, il était question d'une société dénommée Textiles du Valespir, filiale d'une société de droit espagnol Vidua de José Tolra (Société Tolra). Cette filiale avait passé un contrat avec la société de développement régional du Languedoc-Roussillon (SOLDER) pour l'obtention de 3 prêts. Par une lettre d'intention, la société Tolra s'engageait à soutenir sa filiale dans ses besoins financiers et à la remplacer si nécessaire. Sur fondement de cette lettre, la société SOLDER a assigné la société Tolra en paiement. Dans sa défense, la société Tolra avançait que la lettre n'avait pas été faite conformément au droit espagnol (car pas souscrite avec l'autorisation de l'office des changes espagnol). La Cour d'appel avait appliqué la loi de l'acte (c'est-à-dire la loi française). La Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel en posant la règle selon laquelle l'appréciation des pouvoirs des dirigeants sociaux se fait selon la loi de nationalité de la société (donc la loi espagnole).

Dans cet arrêt, la Cour de cassation pose pour la première fois la solution. Elle avance une méconnaissance de la règle de conflit par la Cour d'appel qui ne faisait uniquement

⁴⁷ Cass. com., 21 décembre 1987, n° 85-13.173.

⁴⁸ Cass. 1^{re} civ., 8 décembre 1998, n° 96-19.514.

⁴⁹ Cass. com., 21 décembre 1987, n° 85-13.173.

⁵⁰ J.-P. LABORDE, note sous cass. com., 21 décembre 1987, *Bull. Joly* 1988, p. 194.

référence à la loi de l'acte. La Cour dégage alors une règle de conflit spécifique à la loi applicable aux pouvoirs des dirigeants sociaux⁵¹.

La Cour de cassation a réitéré sa jurisprudence dans un arrêt du 8 novembre 1988⁵² et dans un arrêt du 9 avril 1991 « *attendu qu'en statuant ainsi, après avoir énoncé que la société Interpart avait son siège dans le Grand-duché du Luxembourg, ce dont il résultait qu'elle était une société de droit luxembourgeois, et alors que l'appréciation des pouvoirs de dirigeants d'une société relève de la loi nationale de cette société, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »⁵³. En l'occurrence, ces deux arrêts concernaient des actes de caution. Dans celui du 9 avril 1991, la société Le matin de Paris avait consenti deux actes sous seing privé à la société professionnelle de papiers de presse, pour lesquels la société Interpart, dont le siège se situait au Luxembourg, se portait caution. Suite à la mise en redressement judiciaire de la société Matin, la société professionnelle de papiers de presse a assigné la société Interpart en paiement. La Cour d'appel s'était fondée sur le droit français (art. 98 de la loi du 24 juill. 1966 ; art. 89 du décret du 23 mars 1967), selon lequel le cautionnement ne pouvait être accordé sans autorisation expresse du conseil d'administration. La chambre commerciale de la Cour de cassation a cassé l'arrêt en affirmant qu'il ne fallait pas se fonder sur la loi française mais sur la loi luxembourgeoise, étant donné que le siège social d'Interpart se trouvait au Luxembourg.

Dans un arrêt du 19 mai 1992⁵⁴, la chambre commerciale de la Cour de cassation a étendu sa solution à l'engagement fait au sujet d'une hypothèque, et donc au-delà de l'hypothèse du cautionnement évoquée dans les arrêts précédents. L'arrêt concernait le pouvoir de deux représentants d'une société suisse, Valpage tourist. Le président avait, par un mandat spécial, donné le pouvoir à son représentant de consentir une hypothèque à une banque (Grindlay's bank), puis un second contrat avait affecté les mêmes biens d'une hypothèque en faveur d'une autre banque (Banque Worms). La Cour d'appel avait affirmé que les mandataires avaient bel et bien les pouvoirs au regard du droit français et la Cour de cassation a cassé cet arrêt au regard de la loi suisse applicable à l'espèce puisque la société avait son siège en Suisse. Ainsi selon la Cour de cassation, « *attendu qu'en statuant ainsi, après avoir constaté que la société avait son siège en Suisse, sans rechercher, comme elle y était invitée, si les statuts de la*

⁵¹ H. SYNDET, note sous Cass. com., 21 décembre 1987, n° 85-13.173, *op. cit.*, p. 406.

⁵² Cass. com., 8 novembre 1988, n° 87-11.234.

⁵³ Cass. com., 9 avril 1991, n° 89-15.362.

⁵⁴ Cass. com., 19 mai 1992, n° 90-16.599.

société Valplage permettaient à M. Jost d'engager celle-ci, ou de donner mandat à cet effet, pour la constitution d'une hypothèque, dès lors que l'étendue des pouvoirs des dirigeants sociaux et l'opposabilité aux tiers des limitations qui sont apportées à ces pouvoirs par les dispositions légales ou statutaires s'apprécient selon la loi nationale de la société, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »⁵⁵.

La Cour reprend la position qu'elle avait déjà prise précédemment en réaffirmant la référence à la nationalité de la société pour déterminer la loi applicable aux pouvoirs des dirigeants sociaux.

Par ailleurs, elle répond dans cet arrêt à une question restée ouverte à la suite de l'arrêt de 1987 quant au rôle des statuts de la société⁵⁶. Dans cet arrêt, la Cour ajoute à sa solution que non seulement les pouvoirs s'apprécient par rapport à la loi nationale de la société, mais en plus par rapport aux statuts, ce qui on le verra peut être considéré comme lourd pour le tiers⁵⁷. A ce sujet, il convient de rappeler la règle en droit interne français selon laquelle la clause statutaire limitant les pouvoirs des dirigeants d'une société ne peut être opposée aux tiers⁵⁸. Il faut retenir cependant que les tiers peuvent opposer à la société ses propres statuts, et notamment lorsque le représentant de cette société a dépassé les pouvoirs lui étant conférés par ces statuts⁵⁹.

Dans ces divers arrêts, on constate la volonté de la chambre commerciale à se référer à la nationalité de la société pour déterminer la loi applicable aux pouvoirs des dirigeants sociaux. La Cour se prononce initialement au sujet d'engagement à des cautions, mais plus largement après au cas d'hypothèques, au point qu'on puisse en déduire une règle générale. La formulation, elle aussi générale, laisse à penser que la volonté de la Cour de cassation n'était pas de restreindre ce principe uniquement aux situations de caution ou d'hypothèque.

Cependant, cette référence à la nationalité a comme nous allons le voir été critiquée par la doctrine notamment à cause de la confusion alors opérée entre nationalité et *lex societatis* précédemment évoquée.

⁵⁵ Cass. com., 19 mai 1992, n° 90-16.599.

⁵⁶ H. SYNDET, note sous Cass. com., 21 décembre 1987, n° 85-13.173, *op. cit.*, p. 408.

⁵⁷ P. KAHN, note sous Cass. com., 19 mai 1992, n° 90-16.599, *Clunet*, 1992.954, p. 956.

⁵⁸ G. LARDEUX, « La loi applicable à la représentation conventionnelle. Réflexions de droit prospectif », *Rev. crit. DIP*, 2014/3 p. 528.

⁵⁹ Cass. 3^e civ., 14 juin 2018, n°16-28.672.

A. Une référence à la nationalité critiquable

Dans tous ces arrêts, on retrouve la confusion entre nationalité d'une société et *lex societatis*. Cette distinction avait déjà été amorcée précédemment, mais il convient de revenir dessus dans le cadre de la jurisprudence relative à l'appréciation des pouvoirs des dirigeants sociaux.

En effet, on observe que la Cour opère une forme de syllogisme: le siège de la société se trouve dans un État X, les pouvoirs sont appréciables selon la loi de la nationalité de cette société, la nationalité dépend du siège, donc la loi applicable sera celle du siège⁶⁰. Ainsi, reprenant l'exemple de l'arrêt du 9 avril 1991 tel que repris par R. Lichbacher⁶¹ : en majeure, il y a la société dont le siège est situé au Luxembourg et qui est donc une société luxembourgeoise. En mineure, la règle posée par la Cour de cassation selon laquelle l'appréciation des pouvoirs des dirigeants sociaux se fait par référence à la loi nationale de la société. Et en conclusion, la réponse selon laquelle l'appréciation des pouvoirs des dirigeants sociaux se fait selon la loi luxembourgeoise de nationalité de la société.

Dans son analyse de l'arrêt du 9 avril 1991, R. Lichbacher va soulever la question de la confusion entre nationalité de la société et la loi qui lui est applicable⁶². Il soulève en effet la formulation peu claire de la Cour de cassation qui se réfère à la « *société de droit luxembourgeois* », ce qui est vague et ne permet pas de déterminer si la Cour fait référence à la *lex societatis* ou à la nationalité de la société. Cependant, plus tard dans la décision, la Cour fait référence expressément à la loi nationale de la société. Il n'empêche que les termes du débat sont posés, il semble y avoir un flou sur l'appréciation des pouvoirs du dirigeant. Doit-on se référer à la nationalité ou à la loi applicable à la société ? La seule chose certaine est qu'on se réfère à la loi du lieu du siège social, qui peut faire référence à la loi de nationalité ou à celle de fonctionnement de la société.

La chambre commerciale de la Cour de cassation semble prendre position en faveur de la loi nationale, mais cette position est critiquable en ce qu'elle entraîne de nombreuses confusions entre nationalité et *lex societatis*. Même s'il est certain que le résultat pratique sera le même, puisque dans les deux cas il s'agira de la loi de situation du siège social.

⁶⁰ R. CRONE, *op. cit.*, p. 253.

⁶¹ R. LICHBACHER, note sous Cass. com., 9 avril 1991, n° 89-15.362, *Rev. soc.* 1991 p. 746, n°3.

⁶² *Ibid.*, n°7.

Il n'empêche que cette confusion aurait pu être évitée au travers d'une solution plus adaptée⁶³. En effet, la question des pouvoirs des dirigeants sociaux d'engager la société semble plutôt relever du fonctionnement de la société, il est donc étrange que la Cour fasse référence à la nationalité qui, comme déjà énoncé précédemment, se rattache plus à un aspect public d'allégeance à un État.

Cette confusion peut avoir été causée par une symétrie recherchée (mais à tort) entre les personnes morales et les personnes physiques, le rôle de la nationalité étant central pour les personnes physiques.

B. Symétrie entre personnes physiques et personnes morales

M. Menjucq souligne dans son commentaire de l'arrêt du 8 décembre 1998 la référence faite par la Cour de cassation lors de ses arrêts précédents à l'article 3 du Code civil (état et capacité des personnes faisant référence à la loi nationale)⁶⁴. Par analogie, la nationalité devrait alors déterminer la loi applicable aux sociétés. M. Menjucq lui-même critique le syllogisme opéré indirectement par la chambre commerciale de la Cour de cassation. Partir de la nationalité de la société correspond mal à la réalité de celle-ci et relève d'un parallèle opéré à tort par la Cour de cassation entre personne morale et personne physique. En effet, l'individu et la société sont deux entités très distinctes qui ne répondent pas aux mêmes problématiques. Il est donc indispensable de ne pas confondre nationalité de l'une et nationalité de l'autre comme déjà énoncé.

Pour opérer une comparaison entre personnes physiques et personnes morales, R. Lichabcher va relever que les individus disposent de deux éléments, un statut personnel et une nationalité⁶⁵. Le statut personnel règle les aspects relationnels entre individus d'une société là où la nationalité règle les rapports entre l'individu et l'État.

En comparaison, la loi applicable à la société peut apparaître comme se rapprochant du statut personnel et dans les deux cas la nationalité semble régler les aspects verticaux entre l'individu/la société et l'État dont il possède la nationalité.

⁶³ *Ibid.*, n°10.

⁶⁴ M. MENJUCQ, « L'appréciation des pouvoirs des dirigeants sociaux relève de la loi dont dépend la société », note sous Cass. 1^{re} civ., 8 décembre 1998, *Rev. crit. DIP*, 1999.284.

⁶⁵ R. LICHBACHER, note sous Cass. com., 9 avril 1991, n° 89-15.362, *op. cit.*, n°5.

La comparaison ne peut pour autant se transformer en une assimilation entre les deux⁶⁶. En effet, la loi applicable à la société, la *lex societatis*, régit avant tout les rapports internes de la société et dans certains cas ses rapports avec les tiers. Pour une personne physique, son statut personnel régit exclusivement son rapport aux tiers. De même pour la nationalité, la comparaison peut se comprendre, mais ne doit pas pour autant mener à une confusion ou une assimilation. La dimension de nationalité pour les personnes physiques comme nous l'avons déjà abordé est principalement utilisée pour une question de protection, de bénéfice de traités internationaux ou de protection diplomatique.

En faisant ce détour par la comparaison avec les personnes physiques, R. Lichbacher entend démontrer en quoi la confusion entre nationalité et *lex societatis* opérée par la Cour de cassation ne fait aucun sens en ce que l'appréciation des pouvoirs sociaux semble plus avoir attiré aux relations horizontales de la société⁶⁷.

Si un parallèle devait être cherché entre personne physique et personne morale, M. Menjucq semble plutôt pencher pour la notion de domicile de la personne morale plutôt que celle de nationalité⁶⁸. Cela semble plus logique, et le critère du siège social semble plus cohérent avec cette approche.

Ces critiques ont-elles été entendues ? En tout cas, la chambre civile de la Cour de cassation a marqué un tournant en ne reprenant pas la référence faite par la chambre commerciale à la nationalité, mais a consacré la référence à la *lex societatis*. Cette solution semble, pour les raisons que nous venons d'évoquer, beaucoup plus adaptée à la réalité de la société.

§2. Abandon de la référence à la loi nationale en faveur de la loi de la société

La chambre civile de la Cour de cassation, a à partir d'un premier arrêt rendu le 8 décembre 1998⁶⁹ réitéré la solution du rattachement en fonction de la loi du lieu du siège social, en y apportant une nouvelle qualification. En l'occurrence, la chambre civile va relever que la question d'appréciation des pouvoirs des dirigeants sociaux relève de la loi régissant le

⁶⁶ R. LICHBACHER, note sous Cass. com., 9 avril 1991, n° 89-15.362, *op. cit.*, n°6.

⁶⁷ R. LICHBACHER, note sous Cass. com., 9 avril 1991, n° 89-15.362, *op. cit.*, n°5.

⁶⁸ M. MENJUCQ, note sous Cass. 1^{re} civ., 8 décembre 1998, *op. cit.*, p. 284.

⁶⁹ Cass. 1^{re} civ., 8 décembre 1998, n° 96-19.514.

fonctionnement de la société et non plus de la loi nationale. En somme, elle semble avoir écouté les critiques formulées à l'encontre de la solution retenue par la chambre commerciale de la Cour de cassation.

Dans l'arrêt du 8 décembre 1998⁷⁰, il était question d'un cautionnement souscrit pour le compte de la société d'assurance General accident (dont le siège se situait en Ecosse) par une personne ayant reçu le pouvoir de le faire par le mandataire de la société afin de garantir un prêt accordé par la BNP à des agents généraux. La société d'assurance refuse de reconnaître ce cautionnement et invoque entre autres le défaut de pouvoirs du mandataire lorsqu'il a donné procuration pour souscrire la caution. La société invoquait pour ce faire la violation d'une disposition de droit français. La société ayant cependant son siège social en Ecosse, la Cour d'appel, suivie par la Cour de cassation refusera de faire valoir cet argument. La Cour de cassation se prononce en les termes suivants ; « *mais attendu que la cour d'appel, qui a retenu que le siège de la société General accident était situé en Ecosse, a justement décidé que l'appréciation des pouvoirs des dirigeants sociaux relevait de la loi dont dépendait la société, la loi française étant ainsi sans application en la matière* ». Dans cet arrêt, la chambre civile de la Cour de cassation se prononce pour la première fois sur la question de la loi applicable aux pouvoirs de conclure un contrat international au nom d'une société. La chambre civile opère le même exercice de qualification que la chambre commerciale en distinguant entre nature de l'acte et pouvoir de conclure cet acte⁷¹. Cependant, là où la chambre civile se distingue de la chambre commerciale, c'est lorsqu'elle considère que la question des pouvoirs relève de la *lex societatis* et non de la loi de nationalité de la société. Ce changement s'explique en ce que c'est la loi qui régit le fonctionnement de la société et que cette qualification semble alors plus adéquate à régir la situation⁷².

Ainsi, la chambre civile semble éclairer la situation floue qu'avait posée la chambre commerciale en faisant un détour, pas toujours bien compris ni utile, par la nationalité de la société. Elle procède alors à une simplification de la solution. La chambre civile pose un nouveau syllogisme identifié par R. Lichbacher⁷³. L'appréciation des pouvoirs du dirigeant

⁷⁰ Cass. 1^{re} civ., 8 décembre 1998, n° 96-19.514.

⁷¹ M. MENJUCQ, note sous Cass. 1^{er} civ., 8 décembre 1998, *op. cit.*, p. 284.

⁷² M. MENJUCQ, note sous Cass. 1^{er} civ., 8 décembre 1998, *op. cit.*, p. 284.

⁷³ R. CRONE, *op. cit.*, p. 253.

dépend de la *lex societatis*. Le siège social de la société se situe dans le pays A. Donc l'appréciation des pouvoirs du dirigeant social se fait en fonction de la loi du pays A.

Cette nouvelle formulation permet par ailleurs de dissiper la confusion que la solution de la chambre commerciale avait créée autour de la notion de nationalité de la société et de loi de la société. La notion de nationalité semble être à nouveau restreinte à son rôle originel, c'est-à-dire un lien diplomatique d'aspect plus politique et public⁷⁴.

Dans deux arrêts respectivement du 21 septembre 2010⁷⁵ et du 21 novembre 2012⁷⁶, la chambre civile de la Cour de cassation a rappelé cette solution. On observe un tourant dans la justification qui se réfère selon la chambre civile de la Cour cassation à la *lex societatis*, là où la chambre commerciale de la Cour cassation se réfère de manière assez confuse à la nationalité. La question qui peut alors se poser est de savoir si la chambre commerciale de la Cour de cassation va suivre le mouvement de la chambre civile en se référant à la *lex societatis* ou va-t-elle s'entêter dans sa référence confuse à la loi nationale ?

Cependant, cette solution bien que bienvenue n'est pas exempte de difficultés et de critiques, que ce soit dans ses justificatifs ou dans sa mise en œuvre.

⁷⁴ M. MENJUCQ, note sous Cass. 1^{er} civ., 8 décembre 1998, *op. cit.*, p. 284.

⁷⁵ Cass. 3^e civ., 21 septembre 2010, n°09-67267.

⁷⁶ Cass 1^{re} civ., 21 novembre 2012, n°11-24724.

TITRE II. LES DIFFICULTÉS

Cette solution, bien que désormais encrée dans la jurisprudence française, a suscité certaines critiques. Il conviendra ainsi dans un premier temps de se pencher sur les justificatifs du choix de ce critère de rattachement par la *lex societatis* par rapport à d'autres critères (chapitre 1). Dans un deuxième temps, il conviendra de se pencher plus précisément sur les critiques soulevées par la mise en œuvre trop stricte de cette solution, et ce notamment en cas de dépassement des pouvoirs (chapitre 2).

Chapitre 1. Les justificatifs en faveur de la *lex societatis*

Sections 1. Justifications générales

La justification a déjà été anticipée dans la partie consacrée à la confusion entre *lex societatis* et nationalité. Cette solution en faveur de la *lex societatis* semble être justifiée en ce que la loi d'appréciation des pouvoirs du dirigeant est intimement liée au fonctionnement de la société. De ces pouvoirs dépend le fonctionnement d'une société, mais aussi la conclusion d'actes au nom de cette personne morale. Or la loi régissant le fonctionnement de la société est la *lex societatis*. Ces justifications se comprennent en comparaison à la référence faite à la nationalité.

Par ailleurs, la loi du lieu du siège social semble permettre d'apprécier au mieux l'unité que constitue la société et son fonctionnement. En effet, la référence à la *lex societatis* permet une unité entre la loi applicable à la société et la loi applicable aux pouvoirs des dirigeants sociaux. De manière générale, cela permet une prévisibilité et sécurité juridique des transactions⁷⁷.

On pourrait considérer que les statuts de la société doivent présenter une unité⁷⁸. Le fonctionnement de la société ne peut pas être correct face à des lois contradictoires. Or, on peut s'attendre à ce que l'État de la société refuse de donner effet à une loi étrangère ce qui serait contraignant sur le plan du fonctionnement efficace des transactions internationales.

⁷⁷ R. CRONE, *op. cit.*, p. 250.

⁷⁸ H. SYNDET, note sous Cass. com., 21 décembre 1987, n° 85-13.173, *op. cit.*, p. 407.

Section 2. Différence avec la loi de l'acte passé

On pourrait aussi penser que la dissociation entre la loi de l'acte et la loi de l'appréciation des pouvoirs des dirigeants était à l'origine d'une insécurité pour les cocontractants qui pouvaient alors être surpris par l'émergence dans leur rapport d'une loi différente de celle de l'acte ou de celle du lieu de conclusion de cet acte. La Cour de cassation dans ses réponses distingue comme nous l'avons déjà évoqué la loi de l'acte passé de la loi d'appréciation des pouvoirs au travers d'un exercice de qualification⁷⁹. Cette distinction se justifie au regard de la variabilité alors possible de lois applicables aux pouvoirs d'un même dirigeant ou de plusieurs dirigeants d'une même société si on venait à retenir la loi de l'acte passé. Cette variabilité dans l'appréciation des pouvoirs d'un acte à l'autre entraînerait une insécurité juridique allant à l'encontre de l'effet recherché et à l'encontre de l'unicité dans l'appréciation de la société.

C'est d'ailleurs ce qui était invoqué dans l'arrêt du 21 décembre 1987⁸⁰. La Cour d'appel avait retenu l'application de la loi de l'acte passé en France. Elle avait alors retenu que le litige était entièrement soumis à la loi française. Il n'y a pas eu de référence par la Cour d'appel à la loi de la société, mais uniquement à la loi de l'acte. C'est justement ce qu'a sanctionné la Cour de cassation en retenant une règle de conflit spécifique pour l'appréciation des pouvoirs se référant à la *lex societatis*.

Section 3. Les différences avec la loi personnelle du contractant

On aurait pu également penser à soumettre la question à la loi personnelle de celui qui contracte au nom de la société. Cependant, cette solution apparaît bien loin de la réalité d'une société puisque le dirigeant contracte au nom de l'entité que forme la société et non pas en son nom propre. L'appréciation de ses pouvoirs devrait donc logiquement relever de la loi de cette société qu'il engage et non de sa loi personnelle. Par ailleurs, cela entraînerait une trop grande diversité de loi applicable pour les divers contractants au sein d'une société et donc encore plus d'insécurité juridique.

⁷⁹ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n°122.

⁸⁰ Cass. com., 21 décembre 1987, n° 85-13.173.

Cette référence à la *lex societatis* n'empêche pas pour autant toute application d'une autre loi. Il convient de rappeler le mécanisme des lois de police qui permettront alors d'appliquer la *lex fori*, peu importe la loi désignée par la règle de conflit.

Bien que la référence à la *lex societatis* semble être le rattachement le plus adéquat à la situation, son application parfois trop rigoureuse a soulevé des critiques qu'il convient à présent d'étudier.

Chapitre 2. Difficultés suscitées par cette solution et critiques

Cette solution a cependant suscité quelques critiques qui ont amené à des propositions de solutions que nous verrons en partie II. Une première critique qui pourra rapidement être écartée est celle selon laquelle la référence à la *lex societatis* a pour effet de morceler en plusieurs lois les différents aspects que soulève l'élaboration d'un contrat (section 1). Une deuxième critique beaucoup plus présente est celle selon laquelle une application rigoureuse de cette solution peut s'avérer très sévère vis-à-vis des tiers et déstabiliser les relations commerciales (section 2). Cette critique prend tout son sens en cas de dépassement des pouvoirs des pouvoirs par le dirigeant social, puisqu'alors la survie de l'acte est en jeu, les conséquences de sa nullité pouvant être très lourdes.

Section 1. Morcellement en plusieurs lois

La multiplicité des lois applicables peut être un argument selon lequel la solution offerte apporte au final plus d'insécurité juridique : il y a une disparité entre loi de l'acte, loi dans certains cas de la délégation de pouvoir ou de caution, et loi des pouvoirs⁸¹.

Cependant, cette critique paraît peu fondée puisqu'au contraire la solution semble apporter plus d'unicité dans la loi applicable sachant qu'il y a alors une cohérence au sein même de la société et que l'appréciation des pouvoirs des dirigeants sociaux apparaît comme

⁸¹ R. LICHBACHER, note sous Cass. com., 9 avril 1991, n° 89-15.362, *op. cit.*, n°3.

intimement lié au fonctionnement de la société. Une unité dans l'appréciation des pouvoirs de tous les dirigeants semble plus pertinente.

Section 2. Insécurité vis-à-vis des tiers et impunité

Le véritable problème semble plutôt se poser du côté de la protection du contractant qui voit une loi différente que la sienne être appliquée⁸². La conséquence de l'absence de pouvoirs étant souvent l'inopposabilité de l'acte, le rattachement par la *lex societatis* semble lourd de conséquences pour le tiers qui n'avait pas anticipé l'intrusion dans son rapport et ne s'était pas renseigné sur le contenu d'une loi étrangère à celle de l'acte, du lieu de conclusion de l'acte, ou encore à sa propre loi. Le risque étant alors une impunité des sociétés en cas de dépassement des pouvoirs par celui qui aurait contracté au nom de la société⁸³.

§1. Critique principale

La solution de retenir l'application de la *lex societatis* semble justifiée dans les rapports internes de la société, mais beaucoup moins dans les rapports avec des tiers⁸⁴. Cela risque de surprendre le cocontractant lorsque la loi de la société est différente de la loi de conclusion de l'acte ou de toute autre loi plus prévisible⁸⁵. Cette difficulté est accrue lorsque la *lex societatis* est plus sévère que par exemple la *lex contractus*⁸⁶. Lorsque le contractant est de bonne foi, cela peut être très pénalisant pour lui, puisque la société ne sera alors pas liée par le contrat quand bien même les apparences y étaient.

Par ailleurs, il a été avancé que cette solution risquait de faire peser une charge lourde de vérification sur les tiers, d'autant plus que le contenu des lois étrangères n'est pas toujours facilement accessible et les traductions pas toujours existantes⁸⁷. Ce tiers n'est parfois pas habitué aux reflexes de droit international privé et n'a parfois pas les aides juridiques à même de le guider dans son engagement, cela d'autant plus lorsqu'il s'agit de sociétés de petites tailles

⁸² R. LICHBACHER, note sous Cass. com., 9 avril 1991, n° 89-15.362, *op. cit.*, n°14.

⁸³ R. CRONE, *op. cit.*, p. 257.

⁸⁴ M. AUDIT, S. BOLLÉE et P. CALLÉ, *op. cit.*, n°62.

⁸⁵ R. CRONE, *op. cit.*, p.255.

⁸⁶ M. AUDIT, S. BOLLÉE et P. CALLÉ, *op. cit.*, n°62.

⁸⁷ H. GAUDEMET-TALLON, « Autorisation des cautionnements, avals et garanties dans les contrats internationaux : pour une ignorance excusable de la *lex societatis* », in *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz, 2007, p. 766.

plus habituées à conclure des contrats de droit interne⁸⁸. Le tiers pas toujours professionnel n'aura alors pas le réflexe d'aller se renseigner sur la règle de conflit⁸⁹. Ce risque est d'autant plus accru dans des situations impliquant des délais très restreints ne laissant pas beaucoup de temps pour vérifier le contenu de la loi étrangère, ce qui est bien souvent le cas dans des relations du commerce international⁹⁰.

Au-delà de l'accessibilité de la loi étrangère, encore faut-il identifier la *lex societatis* en question, or on l'a vu le critère de détermination n'est pas unique dans le monde et l'appréciation du lieu du siège social n'est pas toujours évident, cela d'autant plus depuis l'intervention de la Cour de justice de l'Union européenne⁹¹.

§2. vérification des pouvoirs

Cependant, il a été parfois avancé que c'était du devoir du cocontractant de vérifier la loi applicable aux pouvoirs de conclure un contrat international. C'est au cocontractant de se douter que cette loi sera différente de celle de l'acte conclu ou de toute autre loi qu'il aurait pu croire applicable⁹². Là où cette ignorance peut être tolérée pour les personnes physiques, il a été avancé par certains auteurs, notamment M. Menjucq, que cette ignorance ne pouvait être admise s'agissant de personnes morales, et ce au nom de la bonne foi⁹³. Le cocontractant doit avoir le réflexe de vérifier la teneur de la loi étrangère, et ne peut se réveiller une fois le contrat passé pour évoquer l'absence de pouvoirs et ainsi espérer se dégager d'un contrat auquel il ne souhaite plus être tenu.

S. Bollé ajoutera dans la lignée de la position prise par M. Menjucq, qu'en plus que le contractant ne devrait pas être surpris de l'intrusion d'une loi étrangère dans son rapport, il pèse sur lui un devoir de rechercher le contenu de cette loi étrangère⁹⁴. Par ailleurs, à propos de ce devoir de recherche, M. Menjucq ajoute qu'il est « stimulant pour l'économie » avant d'ajouter qu'il fait partie des « pratiques du commerce international »⁹⁵.

⁸⁸ H. GAUDEMET-TALLON, *ibid.*, p. 765.

⁸⁹ R. CRONE, *op. cit.*, p. 273.

⁹⁰ R. CRONE, *op. cit.*, p. 272.

⁹¹ H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 766.

⁹² M. MENJUCQ, note sous Cass. 1^{er} civ., 8 décembre 1998, *op. cit.*

⁹³ M. MENJUCQ, note sous Cass. 1^{er} civ., 8 décembre 1998, *op. cit.*

⁹⁴ S. BOLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica, 2004, p. 436.

⁹⁵ M. MENJUCQ, note sous Cass. 1^{er} civ., 8 décembre 1998, *op. cit.*

On pourra alors évidemment rétorquer comme précédemment énoncé qu'il n'est pas toujours évident d'avoir accès à la loi étrangère et de vérifier précisément chacun des contours des pouvoirs des dirigeants sociaux⁹⁶. Cette critique semble en effet bien sévère à l'égard du contractant de bonne foi qui peut dans le sens inverse être victime d'un cocontractant peu scrupuleux qui de mauvaise foi invoque le dépassement des pouvoirs de son dirigeant pour se dégager du contrat. Pour ces raisons, plusieurs solutions ont été proposées qu'on analysera dans la partie II.

⁹⁶ R. CRONE, *op. cit.*, p. 273.

PARTIE II. EN CAS DE DÉPASSEMENT DES POUVOIRS

A présent que la solution a été posée pour la matière sociétaire, il conviendra désormais d'analyser en premier les différentes propositions faites par la doctrine pour dépasser les difficultés que nous venons de développer liées à une application trop rigoureuse du critère de rattachement (titre I). Dans un second temps, nous analyserons la solution appliquée à la matière des personnes morales de droit public (en termes de loi applicable et en y appliquant les solutions que nous nous apprêtons à voir) (titre 2). Le cas des personnes morales de droit public étant analogues, mais pas identiques à celui des sociétés (une personne morale de droit public n'a par exemple pas de *lex societatis*).

TITRE I. PROPOSITIONS FACE À UNE APPLICATION TROP RIGIDE DE LA RÈGLE DE CONFLIT

La solution retenue par la Cour de cassation a cependant soulevé de nombreuses critiques. Elle semble être en effet assez sévère vis-à-vis des tiers, notamment quand ces derniers sont des petites entités n'ayant pas toujours connaissance des enjeux du droit international privé. Malgré les critiques, la Cour de cassation semble rester ferme dans ses positions. Pour répondre à ces besoins, deux pistes de solutions principales ont été exprimées, la première se basant sur un rejet encadré de la *lex societatis* (chapitre 1), la deuxième cherchant à responsabiliser les dirigeants (chapitre 2).

Chapitre 1. Rejet de la *lex societatis*

La nécessité de sécuriser les relations commerciales, et ce d'autant plus dans un contexte international, semblerait pousser vers une volonté de favoriser à tout prix la sauvegarde de l'acte. Ce faisant, la doctrine a depuis un moment déjà proposé des solutions soutenue par des exemples en droit comparé pour sauver cet acte. Ces solutions se fondent sur un écartement de la *lex societatis* qui permettrait alors de maintenir l'acte dont l'existence est menacée.

Il faut alors distinguer deux hypothèses. Une première, comparable à celle observée dans le droit international privé belge et le droit international privé suisse consisterait à, dans

certaines circonstances, conserver l'acte en se fondant sur une analyse comparable à celle de l'arrêt Lizardi⁹⁷ en ce qui concerne la capacité des personnes. Une solution comparable consisterait aussi à se fonder sur la Convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable à la représentation⁹⁸ (section 1). La deuxième hypothèse, plus isolée, quant à elle se fonde sur la règle matérielle développée en arbitrage international dans l'arrêt Soerni⁹⁹ sur la validité de l'engagement à l'arbitrage (section 2)

Section 1. Rejet encadré de la *lex societatis*

Une première solution consiste à assurer la sauvegarde de certains actes uniquement au travers du rejet dans certains cas de l'application de la *lex societatis*. Deux sources d'inspiration sont alors possible, la première en se fondant sur l'exception d'ignorance excusable de la loi étrangère développée dans l'arrêt Lizardi en ce qui concerne la capacité des personnes physiques¹⁰⁰. Cette solution étant soutenue par des exemples en droit international privé belge et droit international privé suisse. La seconde se fonde sur une application de la convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable à la représentation¹⁰¹, qui bien que jamais appliquée en pratique pourrait apporter un correctif intéressant.

§1. L'exception de l'ignorance excusable de la loi étrangère

A. L'arrêt Lizardi

L'arrêt Lizardi rendu le 16 janvier 1861¹⁰² a posé une règle nouvelle en matière de capacité des personnes physiques, celle de l'exception d'ignorance excusable de la loi étrangère. L'idée étant qu'on ne pouvait opposer les conséquences négatives au cocontractant de son ignorance du contenu de la loi étrangère invalidant l'acte, lorsque cette ignorance était

⁹⁷ Cass. req. 16 janvier 1861.

⁹⁸ Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation.

⁹⁹ Cass. 1^{re} civ. 8 juillet 2009, n° 08-16.025.

¹⁰⁰ Cass. req. 16 janvier 1861.

¹⁰¹ Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation.

¹⁰² Cass. req. 16 janvier 1861.

excusable au regard de la divergence de la loi étrangère avec la loi du lieu de conclusion de l'acte¹⁰³.

Les faits de l'affaire étaient les suivants : en 1853 et 1854, un jeune mexicain avait acheté des bijoux auprès de joailliers parisiens en souscrivant à des lettres de change pour procéder à ces achats qui impliquaient d'importantes sommes d'argent. Le jeune homme avait alors passé l'âge de la majorité tel que fixé par la loi en France, mais pas l'âge fixé au Mexique. C'est seulement en 1957 qu'il atteint l'âge de majorité au Mexique. Il assigne alors en justice les joailliers parisiens auprès desquels il avait acheté les bijoux et cherche ainsi à obtenir la nullité des contrats sur fondement de son incapacité à contracter selon le droit mexicain de sa nationalité. En défense, les joailliers invoquent la majorité du jeune homme au moment des actes selon la loi française. Par ailleurs, ils avancent qu'ils ignoraient la divergence existante avec le droit mexicain.

La demande a été déclarée mal fondée en première instance, ce qui a été confirmé en appel, puis devant la Cour de cassation. Il sera alors avancé par les juges que la capacité est facile à vérifier entre français mais que cela est plus difficile face à des étrangers. En effet, on « ne peut être tenu de connaître la loi des diverses nations »¹⁰⁴. La simple divergence de législation ne suffit cependant pas, l'ignorance de la loi étrangère devant être « légitime ». Les joailliers français avaient traité « sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi »¹⁰⁵. Ils ignoraient la qualité d'étranger du jeune mexicain et ont ce faisant appliqué la loi française. Le recours a ainsi été rejeté par la Cour de cassation qui pose en même temps cette règle d'ignorance excusable de la loi étrangère.

Cette jurisprudence répond à une nécessité, celle de conserver la sécurité des opérations du commerce international¹⁰⁶. Les actes et contrats sont conclus au quotidien et il n'est pas toujours évident de se renseigner sur les diverses lois du monde, d'autant plus si on agit dans la précipitation et si on ignore le caractère international de l'acte passé. Le cocontractant peut potentiellement être surpris de l'intrusion dans son rapport d'une loi étrangère entraînant le risque de nullité de l'acte conclu¹⁰⁷. Le risque par une solution trop radicale serait d'attenter à

¹⁰³ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, 2001, p. 40.

¹⁰⁴ Cass. req. 16 janvier 1861.

¹⁰⁵ Cass. req. 16 janvier 1861.

¹⁰⁶ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 39.

¹⁰⁷ B. AUDIT et L. d'AVOUT, *op. cit.*, n°1247.

la sécurité du commerce, la solution de l'arrêt Lizardi vise alors à sécuriser les transactions du commerce international¹⁰⁸.

Pour permettre de conserver l'acte, l'accent est mis sur la bonne foi des cocontractants. En effet, bien que le principe soit celui de regarder la loi nationale de la personne contractante, il ne faudrait pas procéder à un usage trop rigoureux de la règle au risque de porter atteinte aux cocontractants agissants de bonne foi, sans légèreté ni imprudence¹⁰⁹. La bonne foi s'exprime par le fait que le cocontractant français pensait que le jeune mexicain avait l'âge de contracter.

Il convient cependant de noter que cette appréciation se fait de manière casuistique par le juge. Il prendra en compte les éléments de fait afin de déterminer si le cocontractant qui ignorait le contenu de la loi étrangère est de bonne foi dans son ignorance¹¹⁰. La règle fonctionnera alors sous forme de règle matérielle qui s'imposera pour écarter le jeu de la règle de conflit¹¹¹.

Une solution analogue a été consacrée par le législateur européen d'abord dans la convention de Rome, puis dans le règlement Rome I. Ainsi ; « *Dans un contrat conclu entre personnes se trouvant dans un même pays, une personne physique qui serait capable selon la loi de ce pays ne peut invoquer son incapacité résultant de la loi d'un autre pays que si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part.* »¹¹².

B. Proposition d'adaptation à la matière sociétaire

1) L'adaptation

Suivant l'arrêt Lizardi¹¹³, il a été proposé de transposer cette solution à la matière sociétaire. De la même manière qu'un contractant peut ignorer l'absence de capacité de son cocontractant, personne physique, à conclure un contrat selon sa loi nationale, un contractant

¹⁰⁸ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 46.

¹⁰⁹ B. AUDIT et L. d'AVOUT, *op.cit.*, n°1247.

¹¹⁰ B. AUDIT et L. d'AVOUT, *op. cit.*, n°1211.

¹¹¹ G. LARDEUX, *op. cit.*, p 527.

¹¹² Règlement (CE) n° 593/2008 du parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), article 13.

¹¹³ Cass. req. 16 janvier 1861.

peut ignorer l'absence de pouvoir d'un dirigeant social à conclure un contrat international au nom de la société qu'il prétend engager. Dans les deux cas, le but est d'assurer la sécurité juridique des situations et d'assurer autant que possible la survie de l'acte menacé de nullité par l'usage de la règle de conflit. Dans un cas, on vise la loi nationale du contractant. Dans l'autre, la *lex societatis* déterminant les pouvoirs du représentant social à contracter au nom de la personne morale qu'il représente. Dans les deux cas, l'appréciation se fera au cas par cas puisque la règle ne devra pas être étendue de manière générale, mais reste soumise à certaines exigences, notamment de bonne foi.

La transposition de la théorie développée dans l'arrêt Lizardi à la matière de la représentation sociétaire permettrait alors de sauvegarder certains actes sur lesquels le cocontractant fondait une croyance légitime et de bonne foi¹¹⁴. C'est le moyen le plus sûr de sauver l'acte, bien que cela entraîne à ignorer le raisonnement conflictualiste pourtant à la base du droit international privé¹¹⁵. Cette mise de côté du raisonnement conflictualiste apparaît justifiable, car l'irruption de la loi étrangère dans le rapport peut surprendre le contractant de bonne foi¹¹⁶.

Hélène Gaudemet-Tallon a en particulier développé la proposition de faire jouer l'exception d'ignorance excusable de la loi étrangère dans le cadre des cautions¹¹⁷. Elle propose de faire jouer cette exception de manière encadrée. Il faut conserver le fonctionnement du mécanisme conflictuel mais l'assortir d'un correctif en le tempérant au travers de l'usage de l'exception d'ignorance excusable de la loi étrangère¹¹⁸. La mise à l'écart de la *lex societatis* « doit rester exceptionnel »¹¹⁹.

D'après Hélène Gaudemet-Tallon, il y a deux types d'éléments à prendre en compte dans l'appréciation de la mise en œuvre de cette exception : les éléments de fait et les éléments de droit¹²⁰.

¹¹⁴ H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 763.

¹¹⁵ R. CRONE, *op. cit.*, p. 257.

¹¹⁶ D. VIDAL, « Lex societatis, délégation de pouvoirs », note sous Paris 3^e ch., 1^{er} juin 2001, *dr. soc.*, 2002/1, janvier 2002, comm. 10.

¹¹⁷ H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*

¹¹⁸ H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 763.

¹¹⁹ H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 765.

¹²⁰ H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 765.

Les éléments de fait sont ceux qui « découlent de la situation »¹²¹. Il s'agit des « circonstances concrètes dans lesquelles l'acte a été conclu »¹²² dont l'appréciation sera utile afin de déterminer le caractère excusable de l'ignorance de la loi du cocontractant¹²³. Par exemple, un élément de fait important pour apprécier l'ignorance de bonne foi du contractant peut être l'appréciation de son caractère « professionnel »¹²⁴. Il est plus courant pour une grosse entreprise tournée vers l'international avec un service juridique développé de faire usage des réflexes de droit international privé que pour un individu agissant à une échelle moindre. Le montant du contrat peut aussi être pris en compte puisqu'on peut valablement s'attendre à ce que plus le montant est grand, plus les parties seront prudentes dans leur engagement. Enfin, le temps peut parfois être d'une grande influence sur l'attention qu'apporteront les parties lorsqu'elles s'engagent. Or, il est couramment observé dans les relations d'affaires que souvent le temps manque¹²⁵. Les parties n'ont alors pas le temps d'aller rechercher la teneur de la loi étrangère et ce d'autant plus lorsqu'il y a des barrières linguistiques et d'accessibilité du contenu de cette loi¹²⁶. Il convient cependant de tempérer ce dernier élément puisque de nos jours, avec l'essor d'internet et des intelligences artificielles il est plus facile d'accéder au contenu des lois étrangères et d'en obtenir une traduction. Cette accessibilité facilitée semble très forte au sein de l'Union européenne, mais peut parfois être perturbée par l'action de la Cour de justice de l'Union européenne, qui, en voulant favoriser les libertés de circulation et notamment d'établissement au sein de l'espace économique européen amène des difficultés nouvelles dans la détermination de la *lex societatis*¹²⁷. Il est en effet possible depuis par exemple l'arrêt Centros¹²⁸ d'avoir son siège statutaire dans un pays sans y exercer d'activité économique. Depuis l'arrêt Polbud¹²⁹, il est possible de transférer son siège statutaire dans un autre État membre tout en conservant son activité économique uniquement au sein de l'État de départ du transfert. Cette jurisprudence développée par la Cour de justice de l'Union européenne est susceptible de compliquer la recherche de la *lex societatis* applicable et de créer des confusions et donc de justifier une ignorance légitime¹³⁰. Notons par ailleurs le récent arrêt déjà

¹²¹ H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 765.

¹²² H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 765.

¹²³ H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 767.

¹²⁴ R. CRONE, *op. cit.*, p. 273.

¹²⁵ R. CRONE, *op. cit.*, p. 272.

¹²⁶ H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 765.

¹²⁷ M. AUDIT, S. BOLLÉE et P. CALLÉ, *op. cit.*, n°87.

¹²⁸ C.J., arrêt *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, EU:C:1999:126.

¹²⁹ C.J., arrêt *Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o.*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804.

¹³⁰ H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 766.

mentionné¹³¹ du 25 avril 2024¹³² qui fragilise encore plus l'utilisation de l'option offerte par le législateur de recourir à la loi du lieu du siège statutaire. La détermination de la *lex societatis* semble de plus en plus compliquée et ce d'autant plus que les situations intra-européennes sont de plus en plus différentes des solutions internationales et ce du fait de l'intervention récurrente de la Cour de justice de l'Union européenne au nom des libertés de circulations.

En ce qui concerne les éléments de droit à prendre en compte d'après Hélène Gaudemet Tallon, il peut par exemple s'agir de la loi du contrat ou de la loi de lieu de conclusion du contrat susceptibles d'avoir influencé le contractant dans son engagement. En effet, il est possible que ce dernier ait pensé que son cocontractant disposait des pouvoirs requis en vertu d'une de ces deux lois¹³³.

Une question qui reste cependant à résoudre est celle de l'admission de la prise en compte de la bonne foi du contractant. Car pour faire jouer cette exception encore faut-il qu'une loi admette la prise en compte de la bonne foi du tiers. On pourrait penser alors à se référer à la loi du contrat ou à la loi du lieu de conclusion de l'acte. Cependant, Hélène Gaudemet Tallon semble dans son article privilégier le jeu de la *lex societatis* ou de la *lex fori*¹³⁴.

2) Législations étrangères et propositions

Ces solutions, bien que non suivies par le législateur français ni par les juges ne sont pas isolées. En effet on retrouve au travers d'une approche comparatiste la consécration de solutions similaires dans d'autres États.

Ainsi, une proposition avait déjà été formulée en 1960 par l'Association de droit international privé dans son projet de convention sur les conflits de loi en matière internationale¹³⁵. Ainsi l'article 5§2 dispose que « *toutefois, si le contrat est conclu par un organe social dans un pays autre que celui de la loi personnelle de la société – que cet organe y réside temporairement ou de façon permanente – et que le contractant ait pu raisonnablement ne pas connaître les restrictions apportées à la capacité de la société ou aux pouvoirs des*

¹³¹ Voir p. 9 du présent travail.

¹³² C.J., arrêt *Edil Work 2 Srl, S.T. Srl c. STE Sàrl*, 25 avril 2024, C-276/22, EU:C:2023:796.

¹³³ H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 766.

¹³⁴ H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 768.

¹³⁵ *Rev. crit. DIP* 1961. 440.

organes sociaux , la société est liée par ledit contrat dans le cas où la capacité de la société ou les pouvoirs de l'organe social ne font pas, dans la loi du pays où est conclu le contrat, l'objet des mêmes restrictions ».

Le Code de droit international privé belge s'est lui aussi prononcé sur la question. L'article 111§2 énonce ainsi « *Toutefois, la personne morale ne peut invoquer une incapacité fondée sur des restrictions du pouvoir de représentation en vertu du droit applicable, à l'encontre d'une partie, si cette incapacité est inconnue du droit de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été passé par cette partie et si celle-ci n'a pas connu et n'a pas dû connaître cette incapacité à ce moment* »¹³⁶.

En Belgique, depuis la réforme du 23 mars 2019, le critère de rattachement de la *lex societatis* est celui du siège statutaire venant remplacer l'ancien rattachement par le siège réel de la société. Cette disposition contenue dans l'article 110 du Code belge de droit international privé¹³⁷ avait été adoptée afin de se mettre en phase avec la jurisprudence européenne sur la liberté d'établissement des sociétés. Ce changement législatif traduisait un souci d'attractivité de la part du législateur afin d'attirer plus de prestataires sur la place belge¹³⁸. L'article 111§1 vise le domaine de la *lex societatis*. Cette disposition est restée inchangée lors de la réforme de 2019. Cet article se veut être une codification des jurisprudences précédentes sur le domaine de la *lex societatis* mais le §2 lui a été nouvellement créé lors de la première version du code en 2004¹³⁹. Ce second paragraphe est « *directement inspiré de l'article 11 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles* »¹⁴⁰. Ainsi, bien que le règlement Rome I, comme précédemment évoqué, ne s'applique pas à la matière sociétaire, on perçoit une volonté de transposer la théorie (telle que celle développée en France dans l'arrêt Lizardi) à la matière sociétaire.

Le droit international privé Suisse s'est lui aussi prononcé de manière similaire. Ainsi, l'article 158 de la Loi fédérale sur le droit international privé prévoit que « *la société ne peut pas invoquer des restrictions du pouvoir de représentation d'un organe ou d'un représentant*

¹³⁶ BELGIQUE, Code D.I.P, art. 111§2.

¹³⁷ BELGIQUE, Code D.I.P., art 110.

¹³⁸ A. AUTENNE et J.M., JONET, « La réforme du droit international privé belge des sociétés à la lumière du droit européen », *Revue internationale du droit des affaires*, 2020/1, n°133, Wolters Kluwer, 2020, p. 2.

¹³⁹ M. PERTEGÀS SENDER, « Le nouveau droit international privé Belge », *J.T.*, 2005, p. 198.

¹⁴⁰ M. PERTEGÀS SENDER, *ibid.*, p. 198.

*qui sont inconnues du droit de l'État de l'établissement ou de la résidence habituelle de l'autre partie, à moins que celle-ci n'ait connu ou dû connaître ces restrictions ».*¹⁴¹

On observe un raisonnement similaire opéré par le législateur suisse et le législateur belge. Sauf à noter que le législateur Belge renvoie alors vers la loi du territoire sur lequel l'acte a été passé là où le législateur suisse renvoie vers la loi d'établissement ou de résidence habituelle de l'autre partie.

Une proposition de législations identique a été formulée en 2021 par le Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris¹⁴². Ce dernier propose d'introduire dans le Code civil un nouvel art 1837-2. Le rapport du HCJP de 2021 explique ce choix dans un but de « *protéger des cocontractants « français » de sociétés étrangères contre des causes d'incapacité ou des dépassements de pouvoirs par les représentants sociaux qu'ils ne pouvaient que difficilement anticiper* »¹⁴³. Cet article ne reprend pas l'apparence de pouvoirs en se fiant à la loi du lieu de conclusion de l'acte ou bien celle du lieu d'établissement du cocontractant. Cette proposition semble en tout point être une mise en œuvre de l'arrêt Lizardi transposé en matière sociétaire puisqu'il vise toute restriction de pouvoirs que le contractant français pouvait « légitimement ignorer »¹⁴⁴. Cette proposition vise clairement à protéger les contractants français au-delà des protections (certes minimales) déjà offertes par le droit de l'Union européenne et en particulier par la directive de 2017/132¹⁴⁵.

La solution ici développée sur fondement de la théorie de l'ignorance excusable de la loi étrangère est à distinguer de la théorie du mandat social apparent. Les deux se ressemblent car opérant avec un objectif similaire, celui de sauver à tout prix l'acte conclu malgré un défaut de pouvoirs. Cependant, dans le cadre de ce travail nous allons les étudier séparément, les fondements de ces propositions n'étant pas les mêmes.

¹⁴¹ SUISSE, Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, art. 158.

¹⁴² Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, rapport sur le rattachement des sociétés du 31 mars 2021.

¹⁴³ Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, rapport sur le rattachement des sociétés du 31 mars 2021, p. 19.

¹⁴⁴ Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, rapport sur le rattachement des sociétés du 31 mars 2021, p. 20.

¹⁴⁵ Directive (UE) 2017/132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés (texte codifié).

C. Distinction avec la théorie du mandat apparent

La théorie du mandat apparent apparaît comme similaire à l'exception d'ignorance excusable de la loi étrangère, dans les deux cas l'apparence à induit le contractant en erreur sur l'existence des pouvoirs du représentant de la société cocontractante. Mais il convient de les distinguer. La question pourra alors se poser de savoir si on peut faire jouer dans un contexte international, cette théorie du mandat social apparent. D'après H. Synvet, la théorie de l'apparence serait « *de nature à fournir un précieux secours à ceux qui ont contracté de bonne foi avec les dirigeants d'une société étrangère dépourvus des pouvoirs requis* »¹⁴⁶.

Dans un contexte interne, la théorie du mandat social apparent joue lorsque « *L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté* »¹⁴⁷.

R. Lichabacher dans son commentaire de l'arrêt du 9 avril 1991¹⁴⁸ s'était opposé à faire jouer cette théorie qui à l'époque était prohibée ; « *l'interdiction du mandat social apparent en droit français aurait alors dû le conduire à vérifier qu'une autorisation expresse du conseil d'administration de la société avait été donnée au dirigeant* ». Cependant, le mandat apparent est consacré en droit interne depuis la réforme du Code civil de 2016 et cet article a déjà été amené à faire produire ses effets en matière sociétaire. « *Il résulte des articles 1985 et 1998 du Code civil qu'une personne peut être engagée sur le fondement d'un mandat apparent lorsque la croyance du tiers aux pouvoirs du prétendu mandataire a été légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient ce tiers à ne pas vérifier lesdits pouvoirs* »¹⁴⁹.

Avant que l'interdiction du mandat apparent ne soit posée par la loi de 1966¹⁵⁰, un arrêt avait été rendu en ce sens ; « *Mais attendu, d'une part, que le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites*

¹⁴⁶ H. SYNDET, note sous Cass. com., 21 décembre 1987, n° 85-13.173, *op. cit.*, p. 408.

¹⁴⁷ C. civ., art 1156.

¹⁴⁸ R. LICHBACHER, note sous Cass. com., 9 avril 1991, n° 89-15.362, *op. cit.*, n°16.

¹⁴⁹ Cass. com., 9 mars 2022, n° 19-25.704.

¹⁵⁰ Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

exactes de ces pouvoirs »¹⁵¹. A présent que la règle est intégrée dans le Code civil, on peut à nouveau se demander si on ne pourrait pas la faire jouer sur le plan du droit international privé.

On le comprend, pour faire jouer cette théorie, du moins en droit interne, il faut une croyance légitime du cocontractant, mais il faut surtout que les actes du représentant aient induit en erreur¹⁵². Cette solution s'écarte de celle développée précédemment sur fondement de l'arrêt Lizardi en ce qu'elle implique qu'une attention particulière soit portée au comportement du représentant¹⁵³.

Cependant, la question principale qui nous intéresse dans la mise en œuvre de cette exception dans le contexte international est une question qui relève du droit international privé. En effet, il ne suffit pas que la théorie du mandat apparent soit admise en droit interne français, encore faut-il se poser la question de savoir selon quelle loi l'admissibilité de cette théorie sera déterminée. Il pourrait s'agir de la loi de l'acte passé comme de la loi du for ou, plus probablement la *lex societatis*. Faudrait-il aussi imaginer l'usage d'une loi différente pour l'admissibilité et pour la mise en œuvre de cette théorie ? Mais alors se posent les questions du cumul des lois, puisque si on venait à devoir faire référence à deux lois distinctes encore faudrait-il trouver deux lois qui admettent le jeu de cette théorie.

Mais au lieu de créer une nouvelle règle inspirée de l'arrêt Lizardi, il existe une solution plus simple qui consiste à appliquer la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable à la représentation. Cette convention bien que applicable en France n'est en pratique jamais appliquée. Or, elle pourrait apporter des solutions intéressantes si elle venait à être prise en compte par les juges.

§2. La Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable à la représentation

Ainsi, une autre solution proposée pour écarter de manière ponctuelle le jeu de la *lex societatis* a été de se fonder sur la Convention de la Haye de 14 mars 1978 sur la loi applicable

¹⁵¹ Cass. Ass. plén., 13 décembre 1962, n° 57-11.569.

¹⁵² G. LARDEUX, *op. cit.*, p. 527.

¹⁵³ G. LARDEUX, *op. cit.*, p. 527.

à la représentation et plus particulièrement son article 11¹⁵⁴. Cette convention est entrée en vigueur en France le 1^{er} mai 1992 et a vocation universelle, c'est-à-dire que peu importe que la loi désignée soit celle d'un État contractant, celle-ci aura toujours vocation à s'appliquer. Cependant, il convient dès à présent de noter que dans la réalité cette convention est très peu appliquée¹⁵⁵.

Cette convention régit la représentation, que celle-ci soit directe ou indirecte. Le moyen principal de représentation est la représentation par intermédiaire, la convention régit ce type de représentation, peu importe qu'il s'agisse d'un intermédiaire professionnel ou occasionnel¹⁵⁶. Un point qui nous intéresse est que cette convention va au-delà de la simple conception des relations entre représenté et intermédiaire et entre intermédiaire et tiers. Elle traite également la question de l'intermédiaire qui n'agit pas, ou, ce qui nous intéresse ici, celui qui aurait dépassé les pouvoirs de négociation lui ayant été attribués.

La convention exclut de son champ d'application la représentation sociale, mais uniquement lorsque le représentant agit dans le cadre de ses pouvoirs. Ainsi, cette convention pourrait être d'application en cas de dépassement des pouvoirs conférés. En effet, l'article 3 a) prévoit que : « *l'organe, le gérant ou l'associé d'une société, d'une association ou de toute autre entité légale, dotée ou non de la personnalité morale, n'est pas considéré comme l'intermédiaire de celle-ci, dans la mesure où, dans l'exercice de ses fonctions, il agit en vertu de pouvoirs conférés par la loi ou les actes constitutifs de cette entité légale* »¹⁵⁷.

La convention opère une distinction entre les rapports entre représenté et représentant et les rapports entre représentant et tiers. Ce qui nous intéresse ici est le rapport entre représentant et tiers, il conviendra alors de s'intéresser à l'article 11 de la convention. Cet article prévoit l'application de principe de la loi « *loi interne de l'État dans lequel l'intermédiaire avait son établissement professionnel au moment où il a agi* »¹⁵⁸. On retrouve là le rattachement déjà présent en droit français. Cependant, la suite de l'article ajoute un rattachement alternatif ; « *Toutefois, la loi interne de l'État dans lequel l'intermédiaire a agi est applicable si :*

¹⁵⁴ Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, art. 11.

¹⁵⁵ B. AUDIT et L. d'AVOUT, *op. cit.*, n°1247.

¹⁵⁶ P. LAGARDE, « La Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation », *Rev. crit. DIP*, 1978/31.

¹⁵⁷ Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, art. 3.

¹⁵⁸ Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, art. 11.

- a) le représenté à son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle dans cet État et que l'intermédiaire ait agi au nom du représenté ; ou
- b) le tiers a son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle dans cet État ; ou
- c) l'intermédiaire a agi en bourse ou pris part à une vente aux enchères ; ou
- d) l'intermédiaire n'a pas d'établissement professionnel.
- Lorsque l'une des parties a plusieurs établissements professionnels, le présent article se réfère à l'établissement auquel l'acte de l'intermédiaire se rattache le plus étroitement. »

On retrouve dans cette alternative un rattachement similaire à celui prévu par le législateur belge qui faisait référence à la loi du territoire où l'acte avait été passé. On retrouve aussi une idée similaire à celle proposée sur fondement de l'exception Lizardi. A la différence que dans le cas de la Convention de la Haye, c'est une option, alors que dans le cas d'une solution fondée sur l'arrêt Lizardi, c'est une exception mise en œuvre par le juge (en cas de bonne foi)¹⁵⁹.

Cette solution avait été proposée afin de mettre en place un raisonnement sous forme de groupement de points de contact permettant de parvenir à un compromis entre les différentes solutions étatiques des États parties à la négociation. Elle propose ainsi un équilibre entre proximité (lieu d'exécution de la mission de l'intermédiaire) et prévisibilité (loi du lieu de son établissement)¹⁶⁰. Ce compromis a cependant complexifié la mise en œuvre de l'exception, ce qui peut justifier son manque d'application par les tribunaux¹⁶¹. Cette complexité se traduit notamment dans la recherche du lieu d'exécution de la mission qui n'est pas toujours évident.

Ces deux solutions se fondent sur une mise à l'écart encadrée du jeu de la *lex societatis*. Celle-ci a vocation à jouer sauf sous certaines conditions. Cependant, une autre proposition plus radicale consiste à totalement rejeter la *lex societatis* afin de poser une règle matérielle de droit international privé de manière similaire au raisonnement tenu dans l'arrêt Soerni¹⁶² retenant la validité de l'engagement à l'arbitrage.

¹⁵⁹ G. LARDEUX, *op. cit.*, p. 517.

¹⁶⁰ P. LAGARDE, « La Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation », *Rev. crit. DIP*, 1978/31.

¹⁶¹ G. LARDEUX, *op. cit.*, p. 527.

¹⁶² Cass. 1^{re} civ. 8 juillet 2009, n° 08-16.025.

Section 2. Rejet complet d'un raisonnement conflictuel

Enfin, une dernière solution proposée pour sauvegarder l'acte conclu serait de raisonner de manière similaire au raisonnement tenu dans l'arrêt Soerni¹⁶³ au sujet de l'engagement à l'arbitrage. Cette solution préconise le détachement de tout raisonnement conflictuel en posant une règle matérielle de validité de l'engagement à l'arbitrage. On pourrait imaginer tenir un raisonnement analogue, mais en l'étendant à la validité de toute conclusion de contrat.

§1. La règle de l'arrêt Soerni

Les faits de l'affaire sont les suivants : une société française représentée par un de ses salariés conclut un contrat avec une société suisse pour le transport d'une vedette du Congo vers le Gabon. Le contrat contient une clause compromissoire ainsi qu'une décharge de responsabilité. Le transport fait naufrage et, conformément à la clause contenue dans le contrat, l'affaire est portée devant un tribunal arbitral. Une sentence va être rendue sur laquelle une ordonnance en exequatur a été rendue. La société française Soerni va alors faire appel sur cette ordonnance et prétend alors ne pas être engagée par la clause, car l'employé ayant contracté n'en avait pas les pouvoirs conformément à la *lex societatis* (française). La Cour d'appel va confirmer l'ordonnance d'exequatur. Devant le juge, Soerni va reprocher à l'arrêt d'appel de ne pas avoir recherché le contenu de la loi française applicable, mais la Cour de cassation va rejeter le recours et confirmer la décision d'appel (s'inspirant dans son raisonnement de décisions précédemment rendues par la cour d'appel de Paris¹⁶⁴) ; *« L'engagement d'une société à l'arbitrage ne s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale mais par la mise en œuvre d'une règle matérielle déduite du principe de validité de la convention d'arbitrage fondée sur la volonté commune des parties, de l'exigence de bonne foi et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause pour conclure un acte de gestion courante qui lie la société ; que l'arrêt retient exactement, d'abord, que la lettre d'exonération de responsabilité, faisant expressément référence aux « règles d'arbitrage du connaissance CLS », a été signée, pour la société Soerni, par M. Roux, seul contact de la société ASB pendant les négociations, cette dernière n'ayant été mise en garde, ni avant ni après la signature de la lettre, sur un éventuel défaut de pouvoir de ce salarié par les dirigeants de la société Soerni qui avaient au*

¹⁶³ Cass. 1^{re} civ. 8 juillet 2009, n° 08-16.025.

¹⁶⁴ Voir not. Paris, 10 juin 2004, *Rev. arb.* 1/2006, p 154.

contraire tacitement ratifié l'opération en demandant un devis pour une assurance complémentaire ; puis que la volonté d'arbitrer de la société Soerni résulte de sa connaissance de l'existence d'une référence claire à la convention d'arbitrage dans la lettre d'exonération de responsabilité ; que la cour d'appel a décidé à bon droit que la société Soerni était engagée par la clause compromissoire »¹⁶⁵.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation rejette la méthode conflictuelle en ce qui concerne le pouvoir de compromettre en matière d'arbitrage et pose ainsi une règle matérielle¹⁶⁶. Pour ce faire, la Cour fonde son raisonnement sur le principe d'autonomie de la clause d'arbitrage déjà bien ancré en droit français de l'arbitrage commercial international depuis l'arrêt Dalico rendu en 1993¹⁶⁷. Suivant ce dernier arrêt, la clause compromissoire est autonome par rapport au contrat. Donc peu importe que ce dernier soit entaché de nullité, la clause survivra de manière détachée à tout droit étatique. Dans l'arrêt Soerni, la Cour étend cette solution à l'engagement à l'arbitrage qui se trouve alors également détaché de tout raisonnement conflictuel et donc de tout droit étatique¹⁶⁸.

La solution se fonde également sur une référence au principe de bonne foi et à la croyance légitime des parties de l'engagement à l'arbitrage. Ce principe de validité permet de réduire la question du consentement à l'arbitrage au constat d'échange de consentements et donc de vérifier simplement si le cocontractant pouvait légitimement et de bonne foi croire que le représentant qui signait avait les pouvoirs d'engager la société au contrat¹⁶⁹. Une apparence légitime de pouvoirs suffit alors à engager la société¹⁷⁰.

Cette solution est très largement influencée par une volonté marquée en France de favoriser l'arbitrage commercial international¹⁷¹. En matière d'arbitrage international, il est d'ailleurs très courant de favoriser des règles matérielles aux règles de conflit¹⁷². Il y a l'idée que l'arbitrage est le mode usuel de règlement des litiges commerciaux de par les nombreux avantages (rapidité, discrétion...) qu'il offre par rapport à une justice étatique. On présume alors

¹⁶⁵ Cass. 1^{re} civ. 8 juillet 2009, n° 08-16.025.

¹⁶⁶ F. JAULT-SESEKE, « De la validité de la clause compromissoire au regard du pouvoir de compromettre », note sous Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2009, n° 08-16.025, *Rev. crit. DIP*, 2009/779.

¹⁶⁷ Cass. 1^{re} civ., 20 décembre 1993, n° 91-16.828.

¹⁶⁸ F. JAULT-SESEKE, note sous Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2009, n° 08-16.025, *op. cit.*

¹⁶⁹ B. LE BARS, *Arbitrage commercial international ; les grands arrêts du droit français*, Dalloz, 2016, p. 174.

¹⁷⁰ B. LE BARS, *ibid.*, p. 174.

¹⁷¹ D. COHEN « L'engagement des sociétés à l'arbitrage », *op. cit.*, p. 36.

¹⁷² B. LE BARS, *op. cit.*, p. 176.

que la volonté des parties est ainsi d'y avoir recours¹⁷³. Cette solution permet non seulement une protection de la personne morale contre ses actionnaires ou associés¹⁷⁴, mais aussi et surtout, une protection de l'autre partie qui croyait légitimement à l'engagement à l'arbitrage. C'est une sécurité des relations commerciales qui est ici recherchée, l'arbitrage étant considéré comme le moyen le plus à même de parvenir à cet objectif. On veut ainsi éviter qu'une partie évoque de mauvaise foi sa *lex societatis* pour échapper à son engagement à l'arbitrage. Par ailleurs, ce raisonnement évite la détermination, parfois compliquée de la *lex societatis*. Cependant cette solution a également été sujette à des critiques, notamment celle selon laquelle en échappant à tout raisonnement contractuel on risquait alors de laisser libre cours à l'arbitraire du juge¹⁷⁵.

Cette solution étant uniquement retenue en droit français de l'arbitrage international, elle garde cependant une portée limitée¹⁷⁶.

Sur fondement de cet arrêt, il a été proposé d'en étendre la résolution à toute forme d'engagement. Ainsi, il s'agirait de retenir la validité d'un contrat, et ce de manière détachée de tout raisonnement conflictualiste.

§2. Transposition de la solution au-delà de la clause compromissoire

Tout comme dans l'arrêt Soerni où l'engagement d'une société à l'arbitrage ne s'apprécie pas par référence à une loi nationale, mais par une règle matérielle qui présume cet engagement¹⁷⁷, on pourrait imaginer une règle matérielle qui refuse de vérifier les pouvoirs à agir d'un représentant social par référence à sa *lex societatis*. On poserait alors une règle matérielle de validité de l'acte passé en ce qui concerne les pouvoirs du représentant qui engage la société. On détache alors l'appréciation de ses pouvoirs de toute loi nationale et ce, que ce soit la *lex societatis*, mais également de la loi du lieu de conclusion de l'acte ou toute autre loi qui pourrait avoir un intérêt à régir la situation. On irait plus loin que l'engagement à l'arbitrage pour étendre cette solution à la validité de la totalité de l'acte au regard du pouvoir des parties à engager la société en posant une règle matérielle de droit international privé.

¹⁷³ F. JAULT-SESEKE, note sous Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2009, n° 08-16.025, *op. cit.*

¹⁷⁴ B. LE BARS, *op. cit.*, p. 166.

¹⁷⁵ D. COHEN « l'engagement des sociétés à l'arbitrage », *op. cit.*, p. 54.

¹⁷⁶ F. JAULT-SESEKE, note sous Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2009, n° 08-16.025, *op. cit.*

¹⁷⁷ B. LE BARS, *op. cit.*, p. 165.

Daniel Cohen lui-même en 2006, avant que cette solution de l'arrêt Soerni ne soit consacrée par la Cour de cassation, plaidait en sa faveur dans un article « l'engagement des sociétés à l'arbitrage »¹⁷⁸. Dans cet article, il allait plus loin que le simple engagement à l'arbitrage en évoquant la consécration d'une telle situation également au-delà de l'arbitrage. Il veut l'étendre à « l'ensemble des engagements pris par une société sur la scène internationale ».¹⁷⁹

Cependant, transposer la solution de l'arrêt Soerni à tout engagement contractuel semble assez radical. En effet, la solution de l'arrêt Soerni s'explique par la faveur faite à l'arbitrage et par sa portée limitée à la convention d'arbitrage. Étendre la solution à toute forme d'acte semble excessif et même la sécurité juridique ne saurait justifier de tels excès. Le risque étant de retenir l'engagement de la société de manière excessive alors même que son représentant ne disposait pas des pouvoirs pour l'engager. On comprend la nécessité de sauver une clause d'arbitrage surtout au regard de la faveur faite en droit français envers l'arbitrage (surement dû au souci d'attractivité du droit français de l'arbitrage). Mais il serait excessif de transférer cette solution à la totalité du contrat sans imposer de solutions de bonne foi et de référence à une loi comme la loi du lieu de conclusion de l'acte.

Jusqu'à présent, la Cour de cassation s'est montrée hostile à faire jouer toute forme de solution telles que nous venons de les proposer. Elle conserve le jeu de la règle conflictualiste en toute circonstance. Elle ne s'est prononcée explicitement sur la question que dans un seul arrêt rendu le 8 novembre 1998¹⁸⁰. Cette position catégorique mène à faire privilégier la mauvaise foi en faisant jouer de manière systématique une règle « contestable »¹⁸¹. La société de mauvaise foi va faire peser sur le tiers de bonne foi ses propres défauts de pouvoirs de représentation¹⁸². Cette sévérité par ailleurs affecte la stabilité des relations commerciales internationales en empêchant de manière catégorique la survie de l'acte.

Pour pallier un minimum ces difficultés, il a été évoqué de faire jouer la responsabilité civile des dirigeants sociaux. Cette proposition ne joue donc plus au même moment. Dans les

¹⁷⁸ D. COHEN « l'engagement des sociétés à l'arbitrage », *op. cit.*, p. 54.

¹⁷⁹ D. COHEN « l'engagement des sociétés à l'arbitrage », *op. cit.*, p. 52.

¹⁸⁰ Cass. 1^{re} civ., 8 décembre 1998, n° 96-19.514.

¹⁸¹ D. COHEN « l'engagement des sociétés à l'arbitrage », *op. cit.*, p. 53.

¹⁸² D. COHEN « l'engagement des sociétés à l'arbitrage », *op. cit.*, p. 53.

hypothèses que nous venons de voir, il s'agissait de tempérer le jeu de la règle de conflit parfois trop strict. En ce qui concerne la responsabilité civile, il ne s'agit pas de restreindre le jeu de la *lex societatis* mais de venir sanctionner par après un manquement consistant au non-respect de la limite des pouvoirs du représentant social.

Chapitre 2. Responsabilité des dirigeants

Une solution curative a été proposée, celle de faire jouer la responsabilité civile des représentants. Dès l'arrêt de 1987, H. Synvet va proposer dans son commentaire de faire jouer la responsabilité civile. Il voit dans le jeu de la responsabilité un « *tempérament à la rigueur des conséquences de l'application de la lex societatis* »¹⁸³. En effet, un des reproches fait à l'application trop stricte de la règle de conflit (sans le jeu des tempéraments précédemment proposés) est d'imposer alors des conséquences radicales et même injustes au contractant qui ignorait l'absence de pouvoirs dans le chef de l'autre partie. L'idée est de sanctionner ce déséquilibre causé par un cocontractant pouvant invoquer de mauvaise foi le dépassement des pouvoirs de son représentant dans le but de se dégager de ses engagements¹⁸⁴.

L'idée au travers du jeu de la responsabilité civile des dirigeants sociaux est de sanctionner la partie qui n'a pas correctement vérifié l'application de sa propre loi dont elle est supposée connaître le contenu¹⁸⁵. C'est donc une logique de sanction qui est ici à l'œuvre et non de prévention comme c'était le cas dans les propositions précédentes¹⁸⁶. Il faut cependant noter que le jeu d'une telle règle aurait tout de même un effet dissuasif si elle venait à être effectivement mise en œuvre par les juges¹⁸⁷. Cet effet étant correctif, il vise à atténuer les effets négatif de la règle de conflit lorsqu'elle est trop strictement appliquée mais ne règle pas le problème entant que tel¹⁸⁸.

¹⁸³ H. SYNDET, note sous Cass. com., 21 décembre 1987, n° 85-13.173, *op. cit.*, p. 408.

¹⁸⁴ H. SYNDET, note sous Cass. com., 21 décembre 1987, n° 85-13.173, *op. cit.*, p. 409.

¹⁸⁵ H. SYNDET, note sous Cass. com., 21 décembre 1987, n° 85-13.173, *op. cit.*, p. 408.

¹⁸⁶ R. CRONE, *op. cit.*, p. 258.

¹⁸⁷ R. CRONE, *op. cit.*, p. 258.

¹⁸⁸ R. LICHBACHER, note sous Cass. com., 9 avril 1991, n° 89-15.362, *op. cit.*, n°18.

L'idée d'une nécessaire correction des effets négatifs causés par une application trop rigoureuse de la *lex societatis* s'est déjà faite ressentir dans la sentence Framatome de 1982¹⁸⁹. Dans cette affaire, le président avait les pouvoirs de contracter mais ne les a pas correctement exercés et délégués ce qui fait qu'il y a eu une irrégularité dans l'exercice des pouvoirs du président¹⁹⁰. Le droit iranien applicable prévoyait que devait en résulter la nullité de l'acte ne pouvant être réparé par une ratification ultérieure. La sentence retient que la mise en œuvre du contrat vaut ratification, il y a alors une confirmation tacite de l'acte irrégulier. C'est l'idée de mauvaise foi qui est ici développée pour justifier de garder la validité du contrat malgré l'irrégularité dans l'exercice des pouvoirs.

Cette idée sera reprise dans ce qui nous intéresse pour justifier la mise en œuvre de la responsabilité civile.

§1. Mise en œuvre

A. Critère de rattachement

Il convient en premier lieu de distinguer deux hypothèses ; celle de la mise en œuvre de la responsabilité civile du dirigeant et celle de la mise en œuvre de la responsabilité civile de la société ou de ses associés¹⁹¹.

La difficulté en droit international privé sera alors de déterminer la loi applicable à ces actions. On pourrait en effet hésiter entre plusieurs possibilités, en particulier entre la *lex societatis* qui, comme nous l'avons vu régit tout le fonctionnement de la société, et la *lex loci delicti* qui est traditionnellement retenue en matière délictuelle.

En ce qui concerne les rapports internes de la société, la référence à la *lex societatis* semble logique puisqu'elle concerne tout le fonctionnement de la société et donc celle qui détermine les pouvoirs et les conséquences du dépassement des pouvoirs¹⁹².

¹⁸⁹ B. OPPETIT, note sous sentence faramatome et autres c/Atomic Energy Organization of Iran, avril 1982, *Clunet*, 1984/58.

¹⁹⁰ B. OPPETIT, note sous sentence faramatome et autres c/Atomic Energy Organization of Iran, *ibid.*, p. 51.

¹⁹¹ D. COHEN, « La responsabilité des dirigeants sociaux en droit international privé », *op. cit.*, n°3.

¹⁹² A. MUSELLA, « La détermination de la loi applicable à la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Gaz. Pal.*, 6 avril 2013, n° 125p0, n°19.

En ce qui concerne les rapports externes et donc les actions intentées par les tiers, il peut y avoir plus de débats autour du rattachement devant être retenu. Il convient en premier lieu de rejeter le jeu de certaines lois.

D'abord la *lex contractus*. Car certes, le représentant est souvent lié à la société par un contrat, celui du mandat, mais cette situation est désormais souvent dépassée depuis l'existence d'un statut légal de représentation depuis la loi de 1966¹⁹³. Par ailleurs, bien que la société soit considérée comme étant un contrat, elle peut également être considérée comme étant plus qu'un simple contrat puis qu'elle a la personnalité morale et entretient des relations en dehors de la société¹⁹⁴.

Par ailleurs, la loi du domicile ou de nationalité du dirigeant doit être rejetée en ce que retenir un tel critère risquerait d'apporter beaucoup d'insécurité juridique de par le nombre de lois alors susceptibles de s'appliquer au sein d'une même société. D'autant plus, le représentant agit dans le cadre de son rôle professionnel et non personnel ce qui rend ce rattachement illogique¹⁹⁵.

Une première proposition a été faite par H. Synvet de faire jouer la *lex loci delicti* dans son commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation rendu en 1987¹⁹⁶. Cette proposition a plus tard été suivie par R. Lichbacher qui retenait comme critère celui de la *lex loci delicti*¹⁹⁷. Si on venait à suivre cette possibilité aujourd'hui, il aurait fallu se référer à la loi du lieu de survenance du dommage qui est en l'occurrence difficile à localiser et entraîne de l'imprévisibilité¹⁹⁸.

Ainsi, une seconde proposition a eu plus de succès, celle de faire jouer le rattachement par la *lex societatis*. Cela semble logique puisque c'est alors la loi qui régit la constitution, la vie et la mort de la société ainsi que la loi qui détermine les pouvoirs des dirigeants sociaux qui déterminera le régime de responsabilité de ces dirigeants. Ce rattachement permet une unicité des solutions et de loi applicable¹⁹⁹.

¹⁹³ Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

¹⁹⁴ D. COHEN, « La responsabilité des dirigeants sociaux en droit international privé », *op. cit.*, n°16.

¹⁹⁵ D. COHEN, « La responsabilité des dirigeants sociaux en droit international privé », *op. cit.*, n°16.

¹⁹⁶ H. SYNDET, note sous Cass. com., 21 décembre 1987, n° 85-13.173, *op. cit.*, p. 408.

¹⁹⁷ R. LICHBACHER, note sous Cass. com., 9 avril 1991, n° 89-15.362, *op. cit.*, n°18.

¹⁹⁸ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, n°126.

¹⁹⁹ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, n°126.

Dans un arrêt Africatour²⁰⁰, la Cour de cassation est venue indirectement valider cette solution. L'affaire est la suivante : la société Africatour intente une action contre le dirigeant de la société Africair Services Mr Diop sur fondement de l'article 1380 du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales²⁰¹ (responsabilité des dirigeants pour fautes commises envers les tiers). Lors du recours en cassation, la partie reproche à la Cour d'appel d'avoir interprété le code sénégalais en se référant à l'interprétation donnée en droit interne français et donc dénaturant ainsi la loi étrangère applicable (la loi sénégalaise). La Cour de cassation va reprocher à la Cour d'appel d'avoir dénaturé la loi sénégalaise applicable au visa de l'article 3 du Code civil. La dénaturation de la loi étrangère est ainsi assimilée à un non-respect de la règle de conflit²⁰².

Mais ce qui nous intéresse ici est qu'en se prononçant sur la dénaturation de la loi étrangère, la Cour de cassation répond de manière implicite à la question de la loi applicable pour déterminer le régime de responsabilité civile du représentant social. En retenant que la Cour d'appel a dénaturé la loi sénégalaise dont l'application n'est pas discutée, la Cour de cassation accepte le rattachement par la *lex societatis*.

Cette solution a pour avantage de simplifier les rattachements autour d'un même critère adapté à la réalité de la société. Ainsi tout ce qui a attrait à la société est soumis à la même loi, ce qui semble répondre à un souci de prévisibilité. Le principal reproche fait à ce rattachement reste celui fait de manière traditionnelle au rattachement par la *lex societatis* étant la difficulté de son appréhension, et ce d'autant plus depuis l'action de la Cour de justice de l'Union européenne. Cependant, la *lex loci delicti* n'est pas nécessairement plus facile à identifier²⁰³.

L'usage de cette règle de conflit est rendu nécessaire par l'absence de règles matérielles sur la responsabilité civile des représentants sociaux²⁰⁴.

²⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 1 juillet 1997, n°95-15.262.

²⁰¹ SENEGAL, Code des obligations civiles et commerciales, art. 1380.

²⁰² M. MENJUCQ, note sous Cass. com., 1^{er} juillet 1997, n° 95-15.262, *Bul. Joly* n°12, 1997, p.1062.

²⁰³ A. MUSELLA, *op. cit.*, n°21.

²⁰⁴ D. COHEN, « La responsabilité des dirigeants sociaux en droit international privé », *op. cit.*, n°9.

B. Incidence d'autres lois

Nous venons de le voir, c'est le critère de la *lex societatis* qui a été retenu. Cependant, cela n'empêche pas la *lex loci delicti* de produire certains effets. Il va falloir alors mener un travail complexe de qualification afin de répartir les effets entre les deux lois. Le juge peut appréhender de manière distincte la faute liée à la fonction du représentant et donc à ce titre appliquer la *lex societatis* et une autre partie de la faute détachée de cette fonction et appliquer la *lex loci delicti*. Il s'agira de jongler entre les deux selon les qualifications retenues par le juge²⁰⁵.

Par ailleurs, le jeu des lois de police peut avoir un incident sur l'application de la *lex societatis*. Ces règles sont notamment très présentes dans le secteur boursier, imposant d'écarter la *lex societatis* normalement applicable²⁰⁶.

C. Régime de responsabilité retenu en droit français

En ce qui concerne l'action intentée à l'encontre de la société, il a y a déjà eu des sanctions sur le fondement de l'ancien article 1384 al 5 du code civil (actuel article 1242) retenant alors la responsabilité du fait du préposé²⁰⁷. La responsabilité de la société a également déjà été retenue sur fondement de l'ancien article 1240 du Code civil (actuel article 1382). Il s'agit alors de reprocher à la société le défaut de surveillance de l'exercice correct des pouvoirs de ses organes. La faute du dépassement des pouvoirs se retourne alors contre la société elle-même²⁰⁸.

En ce qui concerne l'action intentée à l'encontre du représentant social, les dirigeants ont une immunité pour les rapports avec les tiers²⁰⁹. Par ailleurs, il y a peu d'intérêt de porter une action à l'encontre du dirigeant car celui-ci sera rarement en mesure de couvrir les couts d'une telle condamnation²¹⁰.

²⁰⁵ A. MUSELLA, *op. cit.*, n°29.

²⁰⁶ A. MUSELLA, *ibid.*, n°35.

²⁰⁷ R. LICHBACHER, note sous Cass. com., 9 avril 1991, n° 89-15.362, *op. cit.*, n°18.

²⁰⁸ R. LICHBACHER, note sous Cass. com., 9 avril 1991, n° 89-15.362, *op. cit.*, n°18.

²⁰⁹ A. MUSELLA, *op. cit.*, n°20.

²¹⁰ D. COHEN, « La responsabilité des dirigeants sociaux en droit international privé », *op. cit.*, n°3.

Nous le voyons, la situation est loin d'être évidente. La règle posée consistant à se référer à la *lex societatis* est aujourd'hui indiscutable. En revanche son application stricte suscite de nombreux débats avec les propositions que nous venons d'étudier. Cependant, ces propositions ont toutes été formulées au sujet des personnes morales de droit privé. Il convient alors de se poser les mêmes questions, mais au sujet des personnes morales de droit public et donc également au sujet des États.

TITRE II. LA PROBLÉMATIQUE TRANSPOSÉE À LA SITUATION DES PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC

Il convient de remarquer que le terme de « personne morale » englobe non seulement les personnes morales de droit privé, comme nous venons de l'évoquer au sujet de la matière sociétaire, mais également les personnes publiques et les États. Les auteurs se sont prononcés sur cette première problématique de personnes privées, mais il convient à présent d'analyser la problématique appliquée aux personnes publiques. En effet, ces dernières ne sont pas non plus à l'abri du questionnement sur la loi applicable aux pouvoirs de conclure un contrat en leur nom (chapitre 1) ni de tout le questionnement lié à la problématique du dépassement de ces pouvoirs (chapitre 2). Les questionnements seront similaires à ceux que nous venons d'opérer, mais il conviendra tout de même de porter attention à des détails bien spécifiques liés à la qualité de personne publique.

Chapitre 1. La question de la loi applicable

Ce questionnement est loin d'être infondé. En effet de nos jours, les États et personnes publiques sont des acteurs non négligeables des échanges internationaux. Ainsi, les personnes publiques sont amenées à conclure des contrats sur la scène interne comme internationale²¹¹. Dès le début du XXI^e siècle, le juriste et diplomate italien Anzilotti a soutenu la théorie de la dualité de l'État²¹². Ainsi, l'on distingue l'État comme entité de droit public et l'État comme sujet de droit interne. La première évoque l'État comme souverain qui exerce ses pouvoirs normatifs, exécutifs et judiciaires. Cet État exerce sa souveraineté lorsqu'entre autres, il est amené à conclure des traités internationaux avec d'autres États souverains. Le commerce sera affecté par l'État international public au travers de l'action normative de ce dernier. La deuxième en revanche évoque un État partie privée qui se soumet alors aux normes lorsqu'il contracte avec des particuliers. À noter qu'il existe également la figure particulière des contrats

²¹¹ S. LEMAIRE, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé*, thèse, Paris 1999, p. 4.

²¹² M. AUDIT, S. BOLLÉE et P. CALLÉ, *op. cit.*, n°105.

conclus entre États²¹³. L'État n'est ici plus à l'origine de la norme, mais soumis à cette dernière. C'est suivant ce second aspect de l'État que la question qui nous occupe va pouvoir se poser.

L'État dans son aspect privé, mais également les émanations de l'État et autres personnes publiques sont régulièrement amenés à conclure des contrats. La globalisation n'a pas uniquement affecté les personnes privées. L'augmentation de contrats internationaux touche non seulement les personnes privées, mais également les personnes publiques²¹⁴. Les questions de droit international privé soulevées par cette expansion ne touchent donc pas uniquement les personnes privées, mais aussi les personnes publiques. On va assister à une pénétration progressive des règles de conflit et méthodes du droit international privé dans la matière touchant à des contrats administratifs ou privés conclus par des personnes publiques²¹⁵.

En droit interne, les contrats passés par une personne publique ne relèvent pas tous de la qualification administrative²¹⁶. Ainsi, une personne publique peut être amenée à conclure un contrat privé soumis au droit privé. Elle peut également être amenée à conclure des contrats publics soumis au droit public. Il y aura également une différence en ce qui concerne le juge compétent.

La problématique de la qualification de contrat administratif existe également pour les contrats internationaux. Sans entrer dans les débats des critères de qualification, il convient tout de même d'opérer une distinction entre, d'une part, les contrats publics internationaux de droit privé et les contrats publics internationaux de droit administratif conclus par une personne publique française²¹⁷. Et d'autre part, les contrats internationaux passés par les personnes publiques étrangères²¹⁸.

Afin de conclure ce contrat international au nom de la personne publique, le représentant doit avoir les pouvoirs nécessaires. La question sera alors de savoir quelle est la loi qui va déterminer ces pouvoirs. Les problématiques de droit international privé ne sont pas exclues parce qu'il s'agit d'une personne publique ou un État. Comme nous le savons, la question en

²¹³ S. LEMAIRE, *op. cit.*, p. 87.

²¹⁴ M. LAAZOUZI, « La spécificité des contrats publics internationaux », *RDC* sept. 2014, n° 1107, p. 545.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 545.

²¹⁶ M. LAAZOUZI, *Les contrats administratifs à caractère international*, Economica, 2008, p. 245 à 247.

²¹⁷ M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, 2^e édition, Economica, 2019, p. 750.

²¹⁸ M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAAZOUZI, *ibid.*, p. 771.

ce qui concerne les sociétés est réglée depuis l'arrêt du 21 décembre 1987²¹⁹ qui fixe la règle selon laquelle la loi est celle du lieu de situation du siège social. Une personne publique n'a pas de « *lex societatis* » à proprement parler. Cependant, de manière analogue, on va pouvoir se référer à la loi de l'État dont dépend cette personne publique. Ainsi, les personnes publiques françaises dépendront de la loi française pour déterminer les pouvoirs de ceux qui contractent en son nom. A priori, il n'est pas possible pour le représentant prétendu de choisir le droit applicable. Dans un rapport de droit public, c'est le droit public de l'entité concernée qui détermine le pouvoir de représentation. Ce faisant, c'est le droit de l'État qui constitue le corps des règles appropriées pour trancher cette question de représentation. On pourrait aussi imaginer une approche en termes de lois de polices, le résultat revenant au même, celui de l'application de la loi de l'État dont l'entité dépend. En principe, cette loi est déjà plus facile à identifier que la *lex societatis* puisqu'on échappe aux difficultés liées à la détermination du lieu du siège social. Cette même loi déterminera les sanctions en cas de dépassement des pouvoirs. Sanction qui en droit français est l'inopposabilité de l'acte entaché.

Par ailleurs, ce questionnement sur l'existence des pouvoirs peut faire l'objet d'une coopération judiciaire. Ainsi dans une décision rendue le 27 octobre 2000²²⁰, le Conseil d'Etat avait accepté que la juridiction française compétence soit saisie uniquement sur la question de l'existence des pouvoirs du maire d'une ville française à contracter. La juridiction suisse désignée par la clause attributive de juridiction a alors préféré se référer aux autorités françaises mieux placées pour apprécier l'existence des pouvoirs. Ce besoin de coopération se comprend encore plus en matière de pouvoir d'engager une personne publique qui sont des règles intimement liées à l'Etat dont dépend l'autorité. Ce mécanisme de coopération informelle favorise la possibilité d'appliquer une loi parfois étrangère par le juge saisi.

Le parallèle avec les sociétés peut se prolonger au plan du dépassement des pouvoirs. En effet, la sécurité des tiers et du commerce international est tout autant menacée en cas de dépassement des pouvoirs qu'il s'agisse d'engager une société ou une personne publique. La question semble encore plus d'actualité vis-à-vis des personnes publiques étant donné le déséquilibre qui peut exister entre une personne publique et une personne privée.

²¹⁹ Cass. com. 21 décembre 1987, n° 85-13.173.

²²⁰ CE assemblée 27 octobre 2000, n°172350.

Chapitre 2. En cas de dépassement de pouvoirs

Les difficultés étant les mêmes, il conviendra d'analyser les solutions précédemment évoquées pour les personnes privées en les appliquant aux spécificités des personnes publiques.

Section 1. Analyse des propositions

En premier, nous avons évoqué l'exception d'ignorance excusable de la loi étrangère. Cette solution, inspirée de l'arrêt Lizardi²²¹ se fonde sur l'ignorance par le contractant de l'application de la loi étrangère. Il faudrait alors prouver que ce dernier ignorait qu'il contractait avec un État étranger ou une personne publique étrangère dont la loi divergeait de la loi de l'acte ou du lieu de conclusion de ce dernier. La situation est envisageable, bien que les critères appréciés ne seront pas nécessairement les mêmes que ceux évoqués pour les personnes privées. Une attention particulière devra être apportée à la bonne foi du contractant qui, à priori, devrait se douter de l'application d'une loi étrangère lorsqu'il est amené à contracter avec une personne publique étrangère.

Quand on regarde les solutions en droit comparé, on voit que la solution suisse réserve son application à la matière sociétaire (tout comme d'ailleurs la proposition du HCJP). Le droit international privé belge en revanche vise les « personnes morales ». Il a pu être considéré que le chapitre X dans lequel est intégré cette disposition vise l'ensemble des personnes morales sans en exclure l'application aux personnes morales de droit public²²². En l'absence d'une exclusion expresse dans l'article 111§2 du Code de droit international privé belge, on ne voit pas pourquoi cet article ne pourrait pas s'appliquer aux personnes morales de droit public.

Cependant, il semble assez délicat de considérer un État étranger ou une personne publique étrangère liée par un contrat alors même que selon ses propres lois il ne l'est pas.

En second, nous avons évoqué le recours à la théorie de l'apparence. La solution ici ne diffère pas qu'il s'agisse d'une personne publique ou privée. En effet, la problématique reste la

²²¹ Cass. req. 16 janvier 1861.

²²² D. PASTEGGER, « Section 2 - Le droit international privé belge » in Thirion, N. (dir.), *Droit international et européen des sociétés*, 1^{er} éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 28-57, n°38.

même. Il faut alors avoir recours aux procédés de droit international privé afin de connaître l'admissibilité de cette théorie et de connaître la loi de son éventuelle mise en œuvre. On pourrait s'attendre à ce que ce soit la loi de l'État dont dépend l'entité qui détermine ces solutions. En droit français, on a admis la possibilité de faire jouer cette théorie en matière administrative²²³. La qualité de personne publique n'empêche pas le jeu de cette exception. Le problème surgira face à des personnes publiques étrangères dont la loi n'admet pas le jeu de cette exception.

En troisième, il convient de se pencher sur la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable à la représentation. Comme nous l'avons évoqué, cette convention exclu de son champ d'application dans son article 3 a) « l'organe, le gérant ou l'associé d'une société, d'une association ou de toute autre entité légale, dotée ou non de la personnalité morale » lorsqu'il « agit en vertu de pouvoirs conférés par la loi ou les actes constitutifs de cette entité légale ». Cette convention est donc susceptible de s'appliquer en cas de dépassement des pouvoirs. Rappelons par ailleurs sa portée universelle. Rien n'est prévu au sujet des personnes morales de droit public, on peut supposer alors une éventuelle application de la Convention en ce qui concerne les personnes morales de droit public de manière similaire à ce qui était évoqué pour les personnes morales de droit privé. Mais, rappelons-le, cette convention n'est dans les faits jamais appliquée²²⁴.

La proposition de se fonder sur une règle matérielle analogue à celle retenue dans l'arrêt Soerni pour la clause compromissoire semble cependant plus délicate à mettre ici en œuvre. En effet, il s'agirait alors d'imposer l'application d'une règle matérielle à un État ou à une personne publique dépendant d'un État étranger. Ce raisonnement semblait déjà excessif pour les personnes privées et le semble encore plus vis-à-vis des personnes publiques. La sauvegarde de la clause d'arbitrage semblait nécessaire pour la sécurité des parties d'autant plus que le recours à l'arbitrage est très fréquent dans le contexte du commerce international et encore plus lorsqu'un État est parti. Cela semble moins justifié pour assurer la sauvegarde d'un contrat en entier.

²²³ J.-D. DREYFUS, « Juge civil, mandat apparent et personnes publiques », *AJDA* 2005. 2124, p. 2124.

²²⁴ B. AUDIT et L. d'AVOUT, *op. cit.*, n°1247.

Enfin, un principe curatif avait été proposé, celui de rechercher la responsabilité civile du cocontractant ou de son représentant. La question ici pourrait se poser de faire jouer la responsabilité de la puissance publique. Le problème étant à nouveau celui de savoir quelle loi sera applicable à l'action. Cette loi sera très probablement celle de l'État dont dépend l'entité. En droit français, il est possible de retenir la responsabilité de la puissance publique. Le risque étant l'impunité face à une personne publique étrangère dont la loi ne prévoit pas de régime de responsabilité. Par ailleurs, on pourrait aussi retenir l'application de la *lex loci delicti*, mais il ne serait pas logique de retenir l'application de la *lex societatis* pour les personnes morales de droit privées (arrêt Africatour²²⁵) et la *lex loci delicti* lorsqu'on se retrouve face à une personne morale de droit public.

Face à des personnes morales de droit public et surtout face à des États, il est parfois plus délicat d'imposer de telles solutions, surtout lorsque le droit de cet État ne le prévoit pas. Par ailleurs, l'État étranger pourra être tenté d'invoquer ses immunités de juridiction ou au stade postérieur, de ses immunités d'exécution.

Section 2. Obstacles

Il existe certains obstacles propres à la qualité d'État d'une des parties. Déjà, les États sont très réticents à juger leurs semblables. Ainsi, les actions portées à l'encontre d'un État se font très généralement devant un tribunal arbitral. Par ailleurs, la partie étatique pourra tenter d'invoquer ses immunités de juridiction et d'exécution.

Un État peut refuser d'être jugé devant les juridictions d'un autre État. En principe cette immunité ne vaut que pour les États souverains, les personnes publiques ne peuvent donc pas s'en prévaloir. Cependant ces dernières peuvent invoquer l'immunité lorsqu'elles agissent « pour le compte de l'État en exerçant une mission de service public »²²⁶. Par ailleurs, cette immunité ne vise que les actions de l'État souverain agissant *iure imperii* (Cour de cassation chambre mixte 20 juin 2003²²⁷). Il ne peut pas s'agir d'actes dits de « gestion ». Ainsi, l'obstacle lié à l'immunité de juridiction semble très restreint.

²²⁵ Cass. 1^{re} civ., 1 juillet 1997, n°95-15.262.

²²⁶ M. AUDIT, S. BOLLÉE et P. CALLÉ, *op. cit.*, n°16.

²²⁷ Cass. ch. mixte, 20 juin 2003, n°00-45.629 et 00-45.630.

Par ailleurs, l'immunité d'exécution vise les biens de l'État. Ainsi, si l'État venait à être condamné sur le fondement de sa responsabilité ou bien sur le fondement qu'il refuse de mettre en œuvre le contrat déclaré valide suivant une des solutions proposées, on pourrait se retourner sur ses biens. Là encore, cette immunité semble restreinte. Un État pourra invoquer cette immunité en France pour ses biens situés en France. La loi Sapin II prévoit que le créancier doit au préalable demander une autorisation (art 111-1-1 du code de procédure civile d'exécution). Cette immunité présumée ne pourra être levée qu'à l'égard de certains types de biens ; ceux affectés à la demande du créancier et ceux utilisés par l'État à d'autres fins que de service public. Par ailleurs, ces biens doivent avoir un lien avec le débiteur. Cette immunité risque bien évidemment de diminuer fortement l'effet dissuasif de certaines solutions évoquées et notamment de celle consistant à faire jouer la responsabilité du débiteur.

Ainsi, les particularités liées à la qualité publique d'une des parties sont moindres, mais non négligeables. Elles ne reposent pas tant sur la spécificité des solutions proposées qui restent pour beaucoup proches de celles proposées pour les personnes publiques que sur leur difficile mise en œuvre face à un acteur public étranger. En effet, il est une chose d'imposer la survie d'un acte entaché à une société d'un état étranger dont la loi ne retient pas la même solution, il en est une autre de le faire face à une entité publique. Cette possibilité semble déjà moins choquante en matière d'arbitrage international puisque alors les arbitres sont par principe neutres.

CONCLUSION

La question de la loi applicable au pouvoir de conclure un contrat international au nom d'une personne morale semble à priori réglée et ne plus poser de questions. Après quelques difficultés posées par la solution de la Cour de cassation sur les rattachements des sociétés (nationalité ou *lex societatis*) la solution est désormais certaine et inchangée du rattachement par la *lex societatis*. De la même manière pour les personnes morales de droit public, il semble falloir se référer à la loi de l'État dont l'entité dépend. Cependant, cette solution bien que aujourd'hui largement acceptée, n'est pas immune de toute critique. Une application trop rigoriste de cette solution face aux tiers à la personne morale a, à de nombreuses reprises soulevé des critiques. La bonne foi du cocontractant devrait alors pouvoir le sauver face à un contractant peu scrupuleux qui invoque pour se défaire du contrat le dépassement de ses propres pouvoirs. Nous avons analysé une à une toutes les solutions envisagées pour soulager les tiers de conséquences aussi lourdes, mais celle qui semble avoir le plus de succès reste celle fondée sur une transposition de la jurisprudence Lizardi. En effet, cette solution apporte un tempérament à la rigueur de l'application de la loi de l'entité sans pour autant en écarter tous les effets qui peuvent paraître dans certains cas utiles de conserver contrairement à ce qui serait le cas sinon retenait une solution similaire à celle de l'arrêt Soerni. La façon de mettre en œuvre cette exception a comme nous l'avons vu fait l'objet de propositions différentes, mais conserve un élément central commun, celui de se fier à l'ignorance excusable du tiers de la loi étrangère. La théorie de l'apparence pourrait déjà être mise en œuvre le problème étant que son application dépendra alors de la loi de l'État de l'entité. Cela pose alors des problèmes pour les tiers de bonne foi qui contractent avec une entité dont la loi ne reconnaît pas cette possibilité. Enfin, la convention de La Haye n'étant jamais mise en œuvre, n'apporte pas de solution satisfaisante puisqu'elle n'est jamais appliquée. Il faudrait alors espérer que le législateur vienne à introduire l'article 1837-2 proposé par l'HCJP dans le Code civil ou tout autre article sur le modèle des législations de ses voisins suisses et belges afin de garantir plus de sécurité aux contractants français et de manière plus générale aux relations commerciales internationales. La question délicate restera tout de même le sort des personnes morales de droit public face à qui il semble difficile d'imposer cette solution malgré qu'elle soit régulièrement soulevée en arbitrage international. Enfin, retenir la responsabilité des dirigeants bien que cela étant nécessaire ne semble pas être une solution suffisante puisqu'il s'agit là d'un correctif qui, malgré son potentiel effet dissuasif, ne résout pas le problème entant que tel.

Bibliographie

Législation

Convention internationale et droit européen

Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation.

Directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968.

Règlement (CE) n° 593/2008 du parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

Directive (UE) 2017/132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés (texte codifié).

Droit français

C. com., art. L 210-3.

C. civ., art. 1837.

C. civ., art 1156.

Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

Droits étrangers

BELGIQUE, Code D.I.P, art. 111§2.

BELGIQUE, Code D.I.P., art 110.

SUISSE, Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, art. 158.

SENEGAL, Code des obligations civiles et commerciales, art. 1380.

Doctrine

Ouvrages

ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, 2001.

ANCEL Marie-Elodie, DEUMIER Pascale et LAAZOUZI Malik, *Droit des contrats internationaux*, 2^e édition, Economica, 2019.

AUDIT Mathias, BOLLÉE Sylvain et CALLÉ Pierre, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3^e éd., LGDJ, 2019.

AUDIT Bernard et d'AVOUT Louis, *droit international privé*, 2^e éd., LGDJ, 2022.

BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, *Droit international privé*, t. 1, 8^e éd., LGDJ, 1993.

BEGUIN Jacques et MENJUCQ Michel, *Droit du commerce international*, Lexis Nexis, 2019.

BOLÉE Sylvain, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica, 2004.

DEBARD Thierry et GUINCHARD Serge, *Lexique de termes juridiques 2023-2024*, 31^e éd., Dalloz, 2023.

DELEBECQUE Philippe, USUNIER Laurence et JACQUET Jean-Michel, *Droit du commerce international*, 4^e éd., Dalloz, 2021.

GOLDMAN Berthold, *Cours de droit du commerce international*, 1970-71, Les Cours de droit, 1970.

KASSEDJIAN Catherine et PIRONON Valérie, *Droit du commerce international*, 2^e éd., Thémis, 2020.

LAAZOUZI Malik, *Les contrats administratifs à caractère international*, Economica, 2008.

LARDEUX Gwendoline, *Droit international privé des obligations contractuelles*, 1^{re} éd., Larcier, 2016.

LE BARS Benoit, *Arbitrage commercial international ; les grands arrêts du droit français*, Dalloz, 2016.

MAYER Pierre, HEUZE Vincent et REMY Benjamen, *Droit international privé*, 12^e éd., LGDJ, 2019.

MENJUCQ Michel, *Droit international et européen des sociétés*, 4^e éd., LGDJ, 2016.

Belgique

PASTEGER David, « Section 2 - Le droit international privé belge » in Thirion, N. (dir.), *Droit international et européen des sociétés*, 1^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009.

Contribution

GAUDEMET-TALLON Hélène, « Autorisation des cautionnements, avals et garanties dans les contrats internationaux : pour une ignorance excusable de la *lex societatis* », in *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz, 2007,

Revues

AGOSTINI Eric, « Le mécanisme du renvoi », *Rev. crit. DIP*, 2013/3.

COHEN Daniel, « La responsabilité des dirigeants sociaux en droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 2003.585.

COHEN Daniel, « l'engagement des sociétés à l'arbitrage » *Rev. arb.* 1/2006, p 35-64.

DONDERO Bruno, note sous Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2012, *Bul. Joly* mars 2013.226.

DREYFUS Jean-David, « Juge civil, mandat apparent et personnes publiques », *AJDA* 2005. 2124.

JAULT-SESEKE Fabienne, « De la validité de la clause compromissoire au regard du pouvoir de compromettre », note sous Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2009, n° 08-16.025, *Rev. crit. DIP*, 2009/779.

JOBARD-BACHELLIER Marie-Noëlle, « L'apparence en droit international privé : Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé », *RIDC* 1987.39-3, pp 753-755.

KAHN Philippe, note sous Cass. com., 19 mai 1992, n° 90-16.599, *Clunet*, 1992.954, p. 956.

LAAZOUZI Malik, « La spécificité des contrats publics internationaux », *RDC* sept. 2014

LABORDE Jean-Paul, note sous cass. com., 21 décembre 1987, *Bull. Joly* 1988, p. 194.

LAGARDE Paul, « La Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation », *Rev. crit. DIP*, 1978/31.

LARDEUX Gwendoline, « La loi applicable à la représentation conventionnelle. Réflexions de droit prospectif », *Rev. crit. DIP*, 2014/3.

LICHBACHER Rémy, « La loi applicable aux sociétés et aux pouvoirs des dirigeants sociaux », note sous Cass. com., 9 avril 1991, n° 89-15.362, *Rev. soc.* 1991, p. 746.

LOUSSOUARN Yvon et TROCHU Michel, « Conflits de lois en matière de sociétés », *Clunet* fasc. 564-30, 1997.

M. MENJUCQ, note sous Cass. com., 1^{er} juillet 1997, n° 95-15.262, *Bul. Joly* n°12, 1997, p.1062.

MENJUCQ Michel, « L'appréciation des pouvoirs des dirigeants sociaux relève de la loi dont dépend la société », note sous Cass. 1^{re} civ., 8 décembre 1998, *Rev. crit. DIP*, 1999.284.

MUSELLA Antonio, « La détermination de la loi applicable à la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Gaz. Pal.*, 6 avril 2013, n° 125p0.

OPPETIT Bruno, note sous sentence faramatome et autres c/Atomic Energy Organization of Iran, avril 1982, *Clunet*, 1984/58.

STAES Olivier, note sous Cass. 3^e civ., 21 sept. 2010, n° 09-67267, *Bull. Joly*, déc. 2010, p. 1009.

SYNVET Hervé, note sous Cass. com., 21 décembre 1987, n° 85-13.173, *Rev. soc.* 1988, p. 398.

VIDAL Dominique, « Lex societatis, délégation de pouvoirs », note sous Paris 3^e ch., 1^{er} juin 2001, *dr. soc.*, 2002/1, janvier 2002, comm. 10.

Belgique

AUTENNE Alexia et JONET Jean-Matthieu, « La réforme du droit international privé belge des sociétés à la lumière du droit européen », *Revue internationale du droit des affaires*, 2020/1, n°133, Wolters Kluwer, 2020.

PERTEGÀS SENDER Marta, « Le nouveau droit international privé Belge », *J.T.*, 2005, p. 198.

Rapports

CRONE Richard, « La loi applicable aux pouvoirs des dirigeants de sociétés étrangères ». In: *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé, 14e année, 1998-2000.* 2001. pp. 243-277.

Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, rapport sur le rattachement des sociétés du 31 mars 2021.

Thèses

LEMAIRE Sophie, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé*, thèse, Paris 1999, p. 4.

LEVY Laurent, *La nationalité des sociétés*, thèse, Paris, 1984.

SYNVET Hervé, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, thèse, Rennes, 1979

YOUBO Lou Boujnan Sonia, *La lex societatis en droit international des affaires*, thèse Université de Bordeaux, 2015.

Jurisprudence

France

Cass. req. 16 janvier 1861.

Cass. 1^{re} civ., 20 juin 1870.

Douai 1^{er} déc. 1955, R. 1956.490, note LOUSSOUARN.

Cass. 1^{re} civ., 1^{er} février 1955, n° 55-02.067.

Cass. 1^{re} civ., 15 juin 1957, D. 57, 596.

Cass. Ass. plén., 13 décembre 1962, n° 57-11.569.

Cass. 1^{re} civ., 30 mars 1971, *Rev. crit. DIP*, 1971.451.

Cass. 1^{re} civ., 18 avril 1972, n° 69-14.523

T. com. 19 octobre 1982, *Rev. crit. DIP* 1984.93, note H. SYNVET.

Cass. com 21 décembre 1987, n° 85-13.173.

Cass. com., 8 novembre 1988, n°87-11.234.

Cass., Ass. plén., 21 décembre 1990, n° 88-15.744.

Cass. com., 9 avril 1991, n° 89-15.362.

Cass. com., 19 mai 1992, n° 90-16.599.

Cass. 1^{re} civ., 20 décembre 1993, n° 91-16.828.

Cass. 1^{re} civ., 1 juillet 1997, n°95-15.262.

Cass. 1^{re} civ., 8 décembre 1998, n° 96-19.514.

Cass. ch. mixte, 20 juin 2003, n°00-45.629 et 00-45.630.

Paris, 10 juin 2004, *Rev. arb.* 1/2006, .p 154.

Cass. 1^{re} civ. 8 juillet 2009, n° 08-16.025.

Cass. 3^e civ., 21 septembre 2010, n°09-67267.

Cass 1^{re} civ., 21 novembre 2012, n°11-24724.

Cass. 3^e civ., 14 juin 2018, n°16-28.672.

Cass. com., 9 mars 2022, n° 19-25.704.

Union européenne

C.J., arrêt *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, EU:C:1999:126.

C.J., arrêt *Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o.*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804.

C.J., arrêt *Simona Kornhaas c. Thomas Dithmar*, 10 décembre 2015, C-594/14, EU:C:2015:806

C.J., arrêt *Edil Work 2 Srl, S.T. Srl c. STE Sàrl*, 25 avril 2024, C-276/22, EU:C:2023:796

Table des matières

	page
Sommaire	3
Introduction	4
Partie I. La question de la loi applicable	5
Titre I. Problématique et solution posée	5
Chapitre 1. La problématique	5
Chapitre 2. Rappels sur la lex societatis	7
Section 1. Règle de rattachement	8
Section 2. Distinction avec la nationalité	11
§1. Définition	11
§2. Critères	12
§3. Distinction	12
Chapitre 3. Solutions jurisprudentielles détaillées	14
Section 1. Distinction entre nature de l'engagement et pouvoirs à engager	15
Section 2. Évolution de formulation	16
§1. Une première référence à la loi nationale	16
A. Une référence à la nationalité critiquable	19
B. Symétrie entre personnes physiques et personnes morales	20
§2. Abandon de la référence à la loi nationale en faveur de la loi de la société	21
Titre II. Les difficultés	24
Chapitre 1. Les justificatifs en faveur de la lex societatis	24
Section 1. Justifications générales	24
Section 2. Différence avec la loi de l'acte passé	25
Section 3. Les différences avec la loi personnelle du contractant	25
Chapitre 2. Difficultés suscitées par cette solution et critiques	26
Section 1. Morcellement en plusieurs lois	26
Section 2. Insécurité vis-à-vis des tiers et impunité	27
§1. Critique principale	27
§2. vérification des pouvoirs	28

Partie II. En cas de dépassement des pouvoirs	30
Titre I. Propositions face à une application trop rigide de la règle de conflit	30
Chapitre 1. Rejet de la lex societatis	30
Section 1. Rejet encadré de la lex societatis	31
§1. L'exception de l'ignorance excusable de la loi étrangère	31
A. L'arrêt Lizardi	31
B. Proposition d'adaptation à la matière sociétaire	33
1) L'adaptation	33
2) Législations étrangères et propositions	36
C. Distinction avec la théorie du mandat apparent	39
§2. La Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable à la représentation	40
Section 2. Rejet complet d'un raisonnement conflictuel	43
§1. La règle de l'arrêt Soerni	43
§2. Transposition de la solution au-delà de la clause compromissoire	45
Chapitre 2. Responsabilité des dirigeants	47
§1. Mise en œuvre	48
A. Critère de rattachement	48
B. Incidence d'autres lois	51
C. Régime de responsabilité retenu en droit français	51
Titre II. La problématique transposée à la situation des personnes morales de droit public	53
Chapitre 1. La question de la loi applicable	53
Chapitre 2. En cas de dépassement de pouvoirs	56
Section 1. Analyse des propositions	56
Section 2. Obstacles	58
Conclusion	60
Bibliographie	61
Table des matières	67