

LE DEDOUBLEMENT FONCTIONNEL ET LA SOLUTION DES CONFLITS DE LOIS EN MATIERE DE SOCIETES COMMERCIALES

par

Dr. Yücel SAYMAN

Assistant à la Faculté de Droit d'Istanbul

INTRODUCTION :

L'évolution récente de la théorie des conflits de lois présente un caractère fort remarquable¹. En concevant les règles de conflit comme un procédé de réglementation du droit international privé à côté de deux autres types de règles, celles visant l'extension de la propre loi interne du for et celles visant directement une réglementation matérielle des rapports internationaux, une tendance minoritaire qui se manifeste actuellement dans la doctrine exige la révision des concepts acquis dans ce domaine^{1'2}.

1) **De Nova, R.**; Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application; Mélanges Maury, t. I, 1960; **Franceskakis, Ph.**; Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit; Revue critique de Droit International privé, 1966, p. 1; **Franceskakis, Ph.**; Conflits de lois (Principes généraux) Répertoire du Droit International Privé, Dalloz, t. 1, 1968 **Graulich, P.**; Règles de conflit et règles d'application immédiate, Mélanges Jean Dabin, 1963; **Overbeck, A. von**; Les règles de droit international privé matériel, Mélanges Kollwijn et Offerhaus, Leyde, 1962; **Ökcün, G.**; Transmunicipal law, Istanbul, 1969; **Sayman, Y.**; Un essai de théorie sur les sociétés commerciales en droit international privé, thèse, Strasbourg 1969, roñeot.

2) Pour la doctrine contemporaine, un seul procédé de réglementation des rapports internationaux, et conçue de la manière suivante, fait l'objet des recherches de la science du droit international privé : on considère, au départ, un type de relations humaines qui dé-

En effet, l'idée des lois d'application immédiate avancée et démontrée par M. Franceskakis marque une étape importante dans le domaine de la théorie générale des conflits de lois, puisque dans sa pensée les règles de conflit ne constituent plus l'unique procédé de réglementation des rapports internationaux; dans certains cas, elles doivent céder leur place aux normes matérielles élaborées pour régir les situations juridiques ne présentant aucun caractère d'extranéité et aux normes du droit international privé conçues pour régir uniquement les rapports internationaux, eux aussi d'application directe³.

—
 passe le cadre de la vie d'un pays. On suppose ensuite qu'à propos de cette relation les lois des pays avec lesquelles elle se trouve en contact sont en "conflit", parce qu'elles voudraient chacune l'attribuer à son domaine d'application. On choisit finalement une de ces lois en question, celle du pays avec lequel la relation humaine considérée présente le rattachement le plus important. Cependant la notion d'ordre public intervient, mais toujours *a posteriori*, chaque fois qu'il y a atteinte aux principes fondamentaux, pour écarter l'application effective de la loi étrangère rendue compétente pour régir la situation juridique en vertu de la règle de conflit (**Franceskakis, Ph.**; Lois d'application immédiate, p. 2).

Il est bien évident que la conséquence logique de cette manière de voir est de considérer les règles de conflit comme le type unique de normes mises en avant par le droit international privé pour résoudre les litiges présentant un caractère d'extranéité.

3) Ainsi une analyse attentive de la jurisprudence française montre qu'en pratique les tribunaux appliquent les lois de police et de sûreté et les lois d'ordre public directement, sans recourir au jeu des règles de conflit. Il suffit d'étudier la nature de ces lois pour voir qu'elles relèvent de l'organisation de l'Etat. C'est sur cette constatation qu'il justifie et généralise, à la lumière de la méthode abandonnée par la doctrine mais traditionnellement utilisée et qui consiste à "retenir une loi pour se demander à quelle relation humaine elle s'applique", que **M. Franceskakis** fonde sa doctrine. Le premier soin de tout juge interne saisi d'un litige à caractère international serait de se demander si la loi interne qui régir la matière relève de l'organisation de l'Etat. Si oui, cette loi est immédiatement applicable; les règles de conflit n'ont pas à intervenir. Si non, le juge devrait alors consulter son système de règles de conflit pour trouver la loi applicable. Autrement dit, la question de la concurrence des lois étrangères ne se pose que dans le cas négatif (**Franceskakis, Ph.**; Lois d'application immédiate, p. 3 et 7).

Il apparaît ainsi que le débat doctrinal qui se poursuit actuellement sur le procédé de réglementation du droit international privé se ramène à la question de savoir s'il existe plusieurs types de règles régissant les rapports internationaux, ou si seules les règles de conflit établies à cet effet dans chaque pays font l'objet du droit international privé. Autrement dit, quelles sont les règles qu'appliquera le juge national appelé à trancher un litige se rattachant par l'un de ses côtés à plusieurs pays? Ses propres règles internes régissant la matière? Ou bien des règles spécialement conçues pour la même matière mais présentant un caractère d'extranéité? Ou bien enfin, décidera-t-il de choisir la loi de l'un des pays en question par le jeu de ses propres règles de conflit?

*
**

Le droit international privé permet à chacun des Etats d'apporter aux problèmes de conflits provoqués par l'existence de dif-

4) Pour les partisans des méthodes dites positives, les seules règles valables sont celles que l'on trouve dans les législations internes ou que l'on peut inférer de leurs dispositions. Dans un Etat souverain seules les lois de cet Etat peuvent décider de l'application d'une loi émanant d'une législation étrangère (**Waetcher, C. G. von** : *Über die Kollision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten*, *Archiv für Zivilistische Praxis*, 1841, 1842; **Currie, C.** *Selected essays on the conflict of laws*, Duke Univ. Press, 1963; **Ehrenzweig, A.** *A treatise on the conflict of laws*, St. Paul, Minn. 1962).

Mais, pour la majorité dominante de la doctrine, le droit positif "ne pourvoit pas directement la réglementation du commerce international comme le faisait le *jus gentium* du droit romain; il a recours à des règles de rattachement" (**Lerebours - Pigeonnière**, *Précis de Droit International Privé*, 8^e éd. par **Y. Loussouarn**, Paris, 1962, p. 353, no. 305). Le droit international privé d'un pays est un ensemble des règles de conflit. En d'autres termes, la règle de conflit présente le type unique de la règle de droit international privé. Et c'est toujours en passant par l'intermédiaire de ces règles de conflit que le juge décidera de l'application de sa loi interne ou d'une loi étrangère (**Vallindas, G. P.**; *La structure de la règle de conflit*, *Recueil des Cours de l'Académie Internationale de la Haye*, 1960, III, t. 101, p. 338).

Enfin, certains auteurs qui ne voient dans les règles de conflit qu'un procédé de réglementation parmi d'autres, préconisent un système de droit international privé qui contienne à la fois des règles matérielles d'application directe et immédiate, des règles matérielles de droit international privé spécialement conçues pour les rapports

férentes lois la solution qu'il considère opportune. Chaque Etat résout les conflits de lois à sa manière.

Dans cette perspective, nous dirons que chaque Etat a un "mode de réglementation" lui permettant de résoudre les conflits de lois à sa manière. "Un mode de réglementation" est l'ensemble des méthodes utilisées par la science du droit international privé. En effet, dans une première méthode, on peut retenir au départ une loi pour se demander à quelle relation humaine elle s'applique. Ces lois sont appelées dans la doctrine "les lois d'application directe et immédiate", par opposition aux lois qui deviennent applicables par l'intermédiaire des "règles de conflit".

On peut, dans une seconde méthode, renverser ce raisonnement et considérer au départ une relation humaine pour se demander ensuite à quelle loi elle obéit et on détermine la loi applicable. Ce type de raisonnement qui domine toute la théorie des conflits de lois s'opère en formulant des règles de conflit de lois.

On peut, dans une troisième méthode, considérer la situation en cause comme étant véritablement internationale et envisager une solution substantielle et matérielle, en ce sens qu'elle fournirait directement la réponse à la question sans pour autant confier la solution à un des systèmes impliqués. De pareilles règles internes sont appelées dans la doctrine "les règles matérielles de droit international privé".

Les lois d'application immédiate, les règles de conflit de lois, et les règles matérielles de droit international privé sont donc "des procédés de réglementation" des conflits de lois et constituent les éléments du "mode de réglementation" d'un Etat. Chaque Etat est libre de déterminer si son mode de réglementation implique un seul procédé de réglementation (la règle de conflit, par exemple), ou si plusieurs procédés de réglementation sont possibles (l'existence

de droit en raison de leur caractère international, et enfin des règles de conflit. Le juge considère d'abord les deux premières règles. A défaut desquelles, il recourt aux autres règles de conflit pour trouver la loi applicable. (De Nova. op. cit; Franceskakis, Ph. Lois d'application immédiate; Sayman Y.; op. cit.).

des lois d'application immédiate ou des règles matérielles de droit international privé à côté des règles de conflit).

I — ANALYSE DE LA SOLUTION DES CONFLITS DE LOIS :

A — LE JUGE COMMENCE A RESOUDRE LES CONFLITS DE LOIS A PARTIR DE SON MODE DE REGLEMENTATION :

Malgré la divergence importante des doctrines sur les procédés de réglementation du droit international privé, on peut cependant constater l'existence d'éléments de base communs : quelle que soit la méthode suivie, le juge part toujours de son mode de réglementation.

En premier lieu, on peut dire que les règles de conflit, les lois directement et immédiatement applicables et les règles matérielles de droit international privé constituent les différents éléments du procédé de réglementation de l'ensemble du droit international privé d'un pays. Et dans chaque pays la législation et la jurisprudence nationales montrent au juge quel est le procédé de réglementation qu'il doit considérer lorsqu'il est appelé à trancher un litige à caractère international. Autrement dit, chaque pays a un mode de réglementation des rapports internationaux auquel le juge se réfère pour trouver le procédé de réglementation mis en oeuvre pour régir la relation humaine considérée présentant un caractère d'extranéité. Résoudre un rapport de droit international en partant du mode de réglementation du juge saisi de l'affaire signifie donc, dans sa première acception, que le juge du for détermine, par référence à sa législation ou à sa jurisprudence, si le procédé de réglementation à appliquer en l'espèce consiste en une loi directement applicable, ou en une règle matérielle de droit international privé, ou enfin en une règle de conflit. Cela veut dire aussi que le juge du for, même dans le cas où il applique une loi étrangère rendue compétente en raison de l'indication de ses règles de conflit, ne consulte pas au départ le mode de réglementation des Etats étrangers auxquels le rapport de droit en question se rattache par l'un de ses côtés.

La seconde constatation est en quelque sorte la conséquence logique de ce premier raisonnement; il nous permet de dire que le

type de règle qui permet d'apporter une solution au rapport de droit litigieux se trouve par référence au mode de réglementation du pays du tribunal saisi de l'affaire. Le juge, après avoir déterminé le procédé de réglementation à suivre par référence à son mode de réglementation (c'est-à-dire, après avoir décidé s'il y a lieu d'appliquer directement sa loi nationale, ou s'il existe une loi matérielle de droit international privé visant la solution du litige considéré, ou bien encore, s'il faut consulter ses règles de conflit pour trouver la loi applicable), applique alors "sa propre règle" choisie comme procédé de réglementation eu regard à l'affaire concrète dont il a été saisi. En effet, les lois directement applicables sont celles que le législateur national a édictées; les règles matérielles de droit international privé sont celles insérées dans le droit positif du juge du for; et enfin les règles de conflit sont celles qui appartiennent à son système de droit international privé. Ce raisonnement permet de conclure que dans le cas où le juge applique une loi étrangère, celle-ci est choisie par "ses propres règles de conflit". Mais en poussant plus loin la logique du raisonnement, on s'aperçoit qu'une préférence antérieure au choix de la loi applicable par le jeu de ses règles de conflit s'impose au juge: c'est le choix de la règle de conflit parmi celles des pays intéressés. Si cette préférence passe inaperçue, c'est parce qu'en pratique elle consiste en une activité intellectuelle spontanée et que le juge applique toujours sa règle de conflit.

Au départ donc, le juge n'évince pas sa loi interne directement applicable ou sa règle de conflit en faveur d'une loi étrangère directement applicable ou d'une règle de conflit étrangère.

Nous en arrivons à la conclusion que, quelle que soit la position adoptée par la doctrine sur l'unicité ou la pluralité des procédés de réglementation du droit international privé, le procédé de réglementation unique ou plural ne fait que refléter les règles en vigueur dans le pays du juge saisi. En partant d'un point commun, à savoir que le juge se réfère toujours à "son propre mode de réglementation", les uns voient dans les règles de conflit l'unique procédé de réglementation du droit international privé, tandis que les autres insistent sur l'existence d'autres règles de droit international privé.

Cependant, comme nous venons de le montrer, la question n'a pas été posée, au plan de la doctrine, de savoir si le juge peut, dans certains cas, évincer son mode de réglementation pour recourir à un mode de réglementation étranger. Toutefois, la possibilité pour le juge d'écartier ses règles de conflit et de retenir celles d'un pays étranger est préconisée par certains auteurs, notamment dans le cas des droits acquis. Mais, même là, le problème n'est pas vu sous l'optique de l'existence d'un mode de réglementation propre à chaque pays, comprenant plusieurs types de règles de droit international privé, et du choix fait au préalable parmi les modes de réglementation des différents Etats, choix qui, en pratique, s'opère toujours inconsciemment en faveur du celui du pays du tribunal saisi.

Et il n'est pas difficile d'affirmer que, si le juge part toujours de son mode de réglementation, c'est que l'application d'une loi ne peut être liée à un commandement autre qu'émanant du législateur qui l'a posée. En d'autres termes, la souveraineté législative d'un Etat implique nécessairement la prise en considération par le juge de son mode de réglementation. Mais peut-on dire que cette souveraineté est absolue? On envisagera maintenant si l'on peut apporter certaines limites à la notion de souveraineté telle que nous l'avons posée, c'est-à-dire se manifestant dans cette prise en considération automatique du mode de réglementation du tribunal saisi, et dans quel cas?

B — L'APPLICATION PAR LE JUGE DU FOR DE SON MODE DE REGLEMENTATION EST L'EXPRESSION DE LA SOUVERAINETE :

Chaque pays a un mode de réglementation qui implique un certain procédé de réglementation pour un litige considéré. Lorsque le juge est appelé à trancher une affaire internationale, il consulte tout d'abord son propre mode de réglementation. Cela signifie à la fois 1 — qu'il détermine le procédé de réglementation dans le sens de sa législation ou de sa jurisprudence et 2 — qu'il applique "son propre procédé de réglementation" prévu pour la matière litigieuse. Dans cette perspective, et si le procédé de réglementation concerne les règles de conflit, il tient compte de *ses règles de conflit*. De là

il apparaît que l'application par le juge de ses règles de conflit *est liée au choix* fait par "son mode de réglementation" parmi plusieurs procédés de réglementations, à savoir les règles directement applicables, les règles matérielles de droit international privé et les règles de conflit.

A ce stade un conflit de souveraineté s'impose automatiquement : consulter "son propre mode de réglementation sans tenir compte d'un mode de réglementation étranger" n'est que l'expression de la souveraineté. Le juge ne peut pas se référer *a priori* à la législation ou à la jurisprudence d'un autre Etat pour savoir s'il y a lieu d'appliquer directement une loi interne, ou bien de rechercher la solution dans les dispositions matérielles de droit international privé, ou enfin de faire jouer les règles de conflit qui déterminent la loi compétente. C'est indéniablement une question de souveraineté. Etant donné l'organisation actuelle du monde en Etats souverains, le fait que l'Etat soit le coordinateur des conflits qui se posent dans l'ordre international a tout de même son importance et c'est ce qui donne aux conflits internationaux leur caractère de souveraineté.

Une fois le procédé de réglementation à suivre déterminé, le juge appliquera le sien. Là encore, c'est une affirmation de la souveraineté. Mais celle-ci est étroitement dépendante de la première. Si la consultation *a priori* de son propre mode de réglementation s'impose au juge comme une forme d'expression de la souveraineté, la conséquence en est que la prise en considération *a priori* de ses propres procédés de réglementation s'impose également. Mais si on arrive à montrer, dans la théorie et dans la pratique, que le juge peut, dans certains cas, tenir compte d'un mode de réglementation étranger en écartant précédemment le sien, parce que la souveraineté dans ce domaine n'est pas du tout absolue comme elle le laisse entendre, on justifie ainsi la prise en considération par le juge, *a priori* également, c'est-à-dire, en écartant son propre procédé de réglementation, du procédé de réglementation étranger (c'est-à-dire d'une loi étrangère directement applicable, ou d'une règle de droit international privé étrangère, ou d'une règle de conflit étrangère). En d'autres termes, le juge consulte toujours son propre mode de réglementation pour

déterminer le procédé qu'il doit suivre et qui sera toujours le sien. C'est l'affirmation de la souveraineté.

Mais nous tâcherons de montrer que cette souveraineté, qui n'est pas absolue⁵, disparaît dans le cas où le litige considéré n'a aucune attache ni juridique, ni politique, ni économique avec le pays du juge saisi. Dans ce cas le juge peut légitimement écarter

5) Toutefois, il est à noter que trois différentes thèses ont été soutenues à propos de la nature des règles de conflit : la thèse de conflits de souverainetés, la thèse d'intérêts étatiques et la thèse d'intérêts privés.

Selon la première thèse, sur son territoire l'Etat a ses normes à lui, et les normes étrangères s'arrêtent à la frontière, affirmation procédant de la thèse selon laquelle le conflit de lois délimite la compétence législative des Etats, c'est-à-dire le domaine d'application des lois internes. Lorsqu'on se demande si un rapport de droit relève de telle ou telle loi, la question qui se pose est de savoir quelle est la loi qui a le droit d'étendre son autorité au rapport considéré; or la loi n'a elle-même d'autorité que parce qu'elle est l'expression de la volonté du législateur. La difficulté est alors de choisir entre les deux législateurs celui à qui il revient de régler ce rapport en litige. Sous cette forme, la question de conflit de lois est une question de compétence entre législateurs souverains. Elle est donc une question de conflit de souveraineté. (Pillet, A.; *Principes de Droit International Privé*, Paris 1903, p. 66-67 et p. 273-274; *Bartin, E.*; *Principes de Droit International Privé selon la loi et la jurisprudence française*, Paris 1930-1935, t. I p 238).

Présenter la délimitation de la compétence législative des Etats comme effectuée sur la considération des intérêts étatiques impliqués constitue une atténuation de la thèse du conflit de souverainetés. "Le règlement d'un Etat du conflit de lois détermine ses compétences en ayant égard aux besoins de la vie privée et à l'utilité de cet Etat" (Lerebours - Pigeonnière; *op. cit.* no. 302 p. 347). Dans cette optique, bien que l'on commence par répudier la souveraineté, du seul fait d'avoir soumis la délimitation des compétences législatives des Etats par les règles de conflit à la considération des besoins de la vie privée et à l'utilité étatique, cela ne nous fait nullement avancer. Il faut encore se demander si le juge du for peut recourir auparavant aux règles de conflit étrangères qui, elles-mêmes, délimitent les compétences législatives en ayant égard non pas à la souveraineté, mais à l'intérêt de l'Etat comme l'affirment les partisans de cette thèse. Il n'y a pas de doute que sur ce point la thèse des conflits d'intérêts étatiques rejoint celle qui voit dans l'application des règles de conflit l'expres-

son mode de réglementation et se référer au mode de réglementation d'un autre pays qui lui montrera le procédé de réglementation à suivre. Ce procédé de réglementation sera nécessairement celui du pays dont le mode de réglementation est retenu.

Autrement dit, il reste à montrer, si la prise en considération par le juge de son mode de réglementation est l'expression de la souveraineté, celle-ci ne connaît pas de limites. Dans l'affirmative, quelles sont les conditions nécessaires permettant au juge d'évincer son propre mode de réglementation⁶.

sion de la souveraineté. Ainsi la doctrine est sur un terrain ferme quand elle affirme que le juge doit trancher les conflits de lois d'après les règles du for. Si le conflit à résoudre est un conflit entre particuliers, il reste quand même un conflit *virtuel* de souveraineté (**Batiffol, H.**; *Traité de Droit International Privé*, Paris, 1967, 4. éd no 305 p. 350).

Le refus catégorique de considérer les règles de conflit sous l'angle de la souveraineté quant à leur formation et à leur application caractérise la thèse des conflits d'intérêts privés. On ne saurait invoquer l'idée de souveraineté pour définir le sens précis de la règle de conflit qui a pour but d'indiquer la compétence pour une situation juridique relevant de la vie internationale et dont le contenu est exclusivement déterminé par les intérêts internationaux des individus (**Valindas, G. P.**; *op. cit.* p. 333-376; **Franceskakis, Ph.**; *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*; thèse, Paris 1958, no 144, p. 139).

Les deux premières thèses, dites de "conflits de souverainetés et de conflits d'intérêts privés" ne permettent pas d'envisager l'application *a priori* d'une règle de conflit étrangère, tandis que cette opération paraît possible et plusieurs auteurs le soutiennent, dans l'optique de la dernière thèse des "conflits d'intérêts privés" (**Graulich, F.**; *Principes de Droit International Privé*, Paris 1961; **Bischoff, J. M.**; *Application par le juge des règles de conflit étrangères*, Cours de Doctorat, Strasbourg, 1966-1967).

6) En conclusion, l'expression de la souveraineté dans la solution des conflits de lois se manifeste par le fait que le juge prend en considération son propre mode de réglementation pour déterminer le procédé de réglementation à suivre et qu'il applique toujours son propre procédé de réglementation.

Si cette affirmation est faite au niveau des règles de conflit, on peut dire que, si le mode de réglementation détermine la règle de conflit comme procédé de réglementation pour la situation juridique envisagée, le juge applique sa propre règle de conflit visant la même

**C — LE CONTENU DE LA SOUVERAINETE S'EXPLIQUE PAR
LE LIEN QUI RELIE LA SOCIETE AU PAYS DU JUGE
SAISI DE L'AFFAIRE LITIGIEUSE :**

- a) Raison pour laquelle les organes nationaux règlent un litige qui se pose au niveau international :

De ce qui a été dit, il apparaît que l'application par le juge du for de son mode de réglementation est l'expression de la souveraineté étatique. On ne saurait cependant, en raison de la diversité des lois internes des Etats, se contenter d'une telle affirmation catégorique pour étudier les problèmes qui surgissent en droit international privé. La logique formelle veut d'abord qu'on commence à expliquer pourquoi, pour une affaire qui se pose au niveau international, il est permis aux organes nationaux de régler celle-ci; en d'autres termes, pourquoi, en droit international privé, le mode de réglementation purement national est-il la clef de la solution des litiges internationaux?

L'observation d'une pratique internationale éclaircit bien la relation complexe qui existe entre la vie privée des individus, dépassant les frontières étatiques, et sa réglementation par l'ordre juridique national.

Droit et société, déclarent souvent les juristes, sont inséparables. Il ne peut exister de société humaine sans droit. Qui dit société, dit droit. Il est vrai et incontestable que l'homme ne peut vivre

situation. Mais, si on considère que la règle de conflit a pour but la meilleure réalisation des intérêts privés sur le plan international et si on en déduit que le juge peut suivre un principe de rattachement différent pour un même rapport de droit lorsque les pratiques du milieu social dans lequel se produit le rapport de droit nécessitent la prise en considération d'une règle de conflit spéciale, celle-ci sera encore une règle de conflit nationale. De même, si en partant du même raisonnement, on permet au juge de déduire une règle tacite de conflit dans les règles plus générales, on continue de tenir compte de la règle de conflit nationale et non pas d'une règle de conflit étrangère.

L'éviction de la règle de conflit du for n'est possible que dans la mesure où le juge peut écarter son mode de réglementation. Dans ce cas, si le mode de réglementation étranger choisit comme procédé de réglementation la règle de conflit, le juge du for appliquera la règle de conflit étrangère; celle du pays dont on considère le mode de réglementation.

qu'en société. L'isolement entraînerait sa disparition⁷. Ce fait social crée une solidarité matérielle entre les individus d'un groupe qui nécessite à son tour un impératif social: le droit⁸. La sociologie nous enseigne que, même à l'époque où n'existaient ni Etat, ni Droit, au sens moderne du mot, c'est-à-dire, un ensemble de fonctions législative, exécutive et juridictionnelle, un certain nombre de règles de vie commune, des règles de conduite, s'imposaient aux membres d'un même groupe. Ces règles de conduite sont l'expression naturelle de la solidarité sociale des individus vivant nécessairement en collectivité. Mais l'ordre juridique des communautés primitives était très rudimentaire, en ce sens qu'il n'existait pas de législateur pour édicter des règles, ni de tribunal pour en constater le non respect. La première caractéristique de cet ordre juridique primitif était donc l'accomplissement primitif des trois fonctions. Chaque collectivité primitive avait ses règles de conduite auxquelles étaient soumis les membres du groupe. Ces règles pouvaient différer d'un groupe à l'autre. La seconde caractéristique de l'ordre juridique primitif se fait sentir sur ce point : l'absence d'échanges de marchandises et de moyens de production entre les différents groupes empêchait la formation d'un ordre juridique dépassant celui des règles de conduite spécifiques de chaque collectivité. Ou plus précisément, l'individu ne se sentait pas soumis, en dehors des siennes, à des règles de conduite devant établir les relations entre groupes, c'est-à-dire, à un ordre juridique intersocial. Cet ordre juridique passait inaperçu, sinon inexistant. Mais si les hommes ne peuvent vivre qu'en société, il faut tenir compte de ce que la force principale qui détermine la physionomie de celle-ci et son développement est le mode de production des biens matériels nécessaires à l'homme pour vivre. Ce mode de production comprend deux éléments : les forces productives (les instruments de production à l'aide desquels les biens matériels sont produits) et les rapports de production entre les hommes (les rapports qui s'établissent entre les individus au cours du processus de production). Le développement des forces productives fit apparaître les

7) Scelle, G.; Précis de Droit des Gens, p. 2.

8) Scelle, G.; Manuel de Droit International Public, Paris 1948, p. 8.

classes sociales aux intérêts économiques opposés, caractérisées par la possession par les individus des moyens de production. Phénomène qui entraîna la formation des frontières étatiques et la formation des trois fonctions, dont l'une avait pour but de formuler le droit, la seconde d'en assurer l'exercice et la troisième d'en constater les irrégularités. C'était la conséquence inévitable des lois objectives d'évolution sociales et surtout celle de la structure économique des sociétés humaines.

L'ordre juridique interne, ayant eu son législateur et ses tribunaux par suite de l'apparition dans la société des contradictions de classe, s'est perfectionné, selon les termes de Scelle, grâce à la solidarité sociale⁹ (ou à la solidarité de classe). Parallèlement à la formation des frontières nationales et, par la suite, d'États souverains, l'accroissement des échanges entre les différentes communautés, le développement et l'intensification des forces productives, ont projeté les relations humaines sur un plan dépassant les barrières nationales, c'est-à-dire dans l'ordre international. Cet ordre, qui auparavant passait inaperçu, commença à se faire sentir; il eut, lui aussi, son droit. Cependant il faut bien voir la différence qualitative et quantitative, inhérente au processus de l'évolution des deux ordres juridiques. Les lois objectives d'évolution sociales ont toujours entraîné un développement plus rapide des sociétés nationales par rapport à l'ordre international. De ce fait, la solidarité sociale (ou plus précisément, la solidarité de classe) a permis la perfection du droit interne. Mais il en va différemment pour ce qui est de l'ordre international. Ainsi, il faut ajouter aux causes de retard du droit international par rapport au droit interne, en plus des raisons d'infrastructure, la réaction des détenteurs du pouvoir social contre la formation des organes internationaux¹⁰, et dans une certaine mesure, l'effet néfaste de la solidarité par similitude sur le développement du droit international¹¹. La conséquence de toutes ces raisons est un retard immense du droit international par rapport au droit interne. L'ordre juridique international n'a pas pu avoir son législateur, son exécutif et ses tribunaux. De ce fait, les

9) Scelle, G.; Précis, p. 2.

10) Scelle, G.; Précis, p. 23-24.

11) Scelle, G.; Manuel, p. 18-19.

relations internationales relevant du domaine du droit international privé, et devant en principe, être réglées et tranchées par des organes internationaux, ont été régies d'après le système du juge saisi¹².

Si cette pratique n'a jamais été contestée, c'est parce qu'on assiste à une délégation du droit international au droit interne. L'ordre international ne disposant d'aucun organe pour élaborer des règles applicables aux relations privées des individus à l'échelon international, et aucun tribunal ne pouvant être saisi des litiges pouvant surgir, a déclaré compétents les organes nationaux pour régir les mêmes relations.

L'application par le juge du for de son mode de réglementation découle donc de cette délégation faite par l'ordre juridique international qui, en principe, devrait appliquer ses propres règles à l'ordre interne. Et au niveau du droit interne, cette application apparaît comme l'expression de la souveraineté étatique. Or l'ordre juridique international ne cède pas l'affaire à la compétence de tel ou tel ordre juridique national précis, mais à la compétence de l'ordre juridique national en général. Les règles de rattachement qui déterminent le tribunal compétent et la loi applicable ne sont que des activités intellectuelles. Et si le juge saisi de l'affaire choisit son mode de réglementation parmi plusieurs ordres juridiques pouvant s'intéresser à l'affaire, et dont les compétences ne seraient pas contestées par l'ordre juridique international, c'est parce que

12) Cependant l'évolution de l'ordre juridique international entraîne la formation d'organes propres à lui. Le Marché Commun en est un exemple marquant. En effet, pour ne citer qu'un exemple, il existe par delà toutes les législations nationales contre les trusts, un droit anti-trust européen qui est contenu dans les articles 85 et suivants du Traité de Rome. Ce droit s'applique dans tous les cas où l'on rencontre des entreprises qui appartiennent à des pays différents.

Si un fabricant français passe un contrat de concession avec un distributeur français, cela ne regarde que la législation française. Mais, si ce fabricant passe un contrat de concession avec un distributeur allemand, cela ne concerne plus la législation française mais le droit communautaire. On va appliquer l'article 85 du Traité de Rome et les règlements 17 et 16; c'est la Commission de la Communauté Economique Européenne qui va intervenir, éventuellement la Cour de Justice.

le rapport de droit qui lui est soumis présente, au moment de sa naissance, de sa modification ou de son extinction, un lien avec son pays.

Selon nous, l'application par le juge de son mode de réglementation s'explique en réalité par le lien juridique, économique ou politique que présente l'affaire considérée au moment de sa création ou de sa modification ou de son extinction avec son pays. Ce lien est toujours un fait. Mais sa formulation en termes juridiques résultera d'une activité intellectuelle allant dans le sens de la politique économique et des idées acquises dans un pays à un moment donné. Ce disant, nous n'affirmons pas, pour autant, que l'application par le juge du for de son mode de réglementation n'est pas la conséquence de la souveraineté. Tout au contraire, nous voulons mettre en évidence que le contenu de cette souveraineté s'explique par le lien de la relation à considérer avec le pays du juge saisi. On peut alors se demander: pourquoi, dans la pratique des Etats, les juges n'ont ils jamais écarté consciemment leur mode de réglementation pour appliquer un mode de réglementation étranger¹²? Pourquoi ce fait a-t-il échappé à l'attention des juristes?

Deux raisons, nous paraît-il, ont pallié ce côté de la théorie des conflits de lois. D'abord, le contenu et la substance du lien que nous préconisons se sont formulés dans la pratique, conformément à l'évolution historique, en partant de la souveraineté étatique qui a été retenue comme un concept absolu. D'autre part, les recherches faites sur l'histoire du droit international privé montrent que, dans le cas où le rapport de droit dont on saisit un certain tribunal à des fins de solution juridique ne présentait aucun lien avec le pays de ce tribunal, celui-ci posait comme principe son incompétence en la

12) Cependant il existe en jurisprudence française certaines décisions pour lesquelles le juge s'est refusé de suivre son mode de réglementation. L'arrêt du 24 octobre 1950 de la Cour de Rabat (*Revue Critique de Droit International Privé*, 1952, p. 89-95, note Franceskakis); Les arrêts du 18 novembre 1901 (*Clunet*, 1902, p. 103) et du 11 juillet 1918 (*Clunet* 1918, p. 286) du Tribunal Civil de la Seine; L'arrêt du 19 mars 1965 de la Cour d'Appel de Paris (*Clunet*, 1966, p. 188-238, note Goldman). Pour ces arrêts, voir également, **Bischoff, J. M.**, op. cit. et **Sayman, Y.**; op. cit. pp. 37-39, note 44.

matière¹⁴. Donc, la question d'écarter son mode de réglementation (ou sa règle de conflit, puisqu'en général c'est à ce niveau que le problème est discuté dans la doctrine), ne s'est pas posée pour les droits à acquérir. Or, si au lieu de refuser de se saisir du litige, les tribunaux de déclareraient compétents, une analyse du contenu de la souveraineté permettrait de voir que celle-ci n'est pas absolue dans sa forme telle que nous l'avons exposée. Et on pourrait dire que, lorsque le litige n'a aucun lien, ni juridique, ni politique, ni économique avec le pays du for, celui-ci peut écarter son propre mode de réglementation et appliquer celui d'un pays étranger.

Si c'est dans cette optique qu'on considère les réalités de la vie internationale, il n'est pas difficile de remarquer que l'évolution du droit international, le développement des relations internationales, la complexité de la vie économique à l'échelon tant national qu'international, exigent que les tribunaux se saisissent des litiges qui leur sont soumis. Cette exigence ressort nettement pour les sociétés commerciales, surtout dans le Marché Commun.

Nous voyons là la conséquence logique de cette délégation faite par l'ordre juridique international à l'ordre juridique national dont nous avons parlé plus haut. Les tribunaux connaîtront leur compétence en général pour les litiges internationaux. Mais, conformément au dédoublement fonctionnel, le juge une fois constaté l'absence du lien entre le rapport de droit et son pays (constatation qui, autrefois servait d'argument pour se déclarer incompétent) jouera le rôle d'un juge international et, écartant son mode de réglementation, appliquera le mode de réglementation d'un pays étranger. Disons tout de suite que, même dans le cas où le juge

14) En effet, on peut trouver confirmation de cette idée dans l'arrêt du 19 mars 1965 de la Cour de Paris (Clunet, 1966, p. 127-128) qui dit que "l'absence d'une attache (des situations qui se sont établies à l'étranger, s'y sont développées et y ont épuisé leurs effets avec le for) est mise en évidence par l'absence de compétence juridictionnelle du for, circonstance qui ne peut être négligée, même si, par suite d'une prorogation de juridiction acceptée par le défendeur, le juge du for reste saisi et a l'obligation de statuer sur une contestation qui eût normalement échappé à sa compétence". Le défaut d'une attache quelconque qui relie la situation juridique établie et développée à l'étranger, avec le for, a conduit la Cour à affirmer l'inapplicabilité du droit international privé du for.

décide d'appliquer son mode de réglementation, son rôle de juge international ne disparaît pas. Ainsi, si le procédé de réglementation prévu consiste en une règle de conflit, le juge appliquera sa règle de conflit en déterminant le contenu de celle-ci, d'abord selon les concepts nationaux, puis selon les exigences de l'ordre international.

Il nous faut alors analyser le contenu de la souveraineté telle que nous l'avons exposée, c'est-à-dire, étudier les conditions d'existence d'un lien entre le rapport de droit et le pays du tribunal saisi de ce rapport. Cette étude, nous ne la ferons que dans le cadre des sociétés commerciales.

b) Cas concrets de rattachement de la société avec le pays du juge saisi :

Le lien existant entre la société et un pays donné peut être de nature juridique, politique ou économique. A notre avis, il conviendrait au législateur de légiférer par des règles positives l'ensemble de ces liens dont le juge doit rechercher l'existence pour appliquer son mode de réglementation au litige soumis devant lui, et concernant une société commerciale.

La constitution de la société est le premier élément à retenir pour apprécier l'existence du lien juridique.

Ce critère peut se présenter sous deux aspects; dans une première hypothèse, la constitution de la société sur le territoire de l'Etat du juge saisi permet à celui-ci d'appliquer son mode de réglementation. Il n'est pas nécessaire que la constitution soit réalisée en conformité de la loi de ce pays, ou que le siège social coïncide avec le lieu de la constitution. En effet, le juge appréciera la régularité de la constitution d'après son mode de réglementation. Autrement dit, la constitution ne justifie pas la validité de la société dans ce pays, mais permet au juge de partir de son mode de réglementation pour décider de la régularité de la société et pour trancher d'autres questions y afférentes. Si, dans une seconde hypothèse, la société est constituée à l'étranger, mais en conformité de la loi du juge saisi, soit parce qu'il y possède son siège social ou son premier établissement, ou son centre d'exploitation, soit en raison de l'accord des fondateurs, soit pour une raison quelconque, le mode

de réglementation à considérer est toujours celui du juge saisi de l'affaire.

Un deuxième élément à retenir dans la recherche du lien juridique est celui de la localisation du siège social de la société. Lorsque la société fixe son siège social dans l'Etat du juge saisi, celui-ci doit fournir une solution à la demande introduite devant lui qui soit en conformité avec son mode de réglementation. Il suffit que le siège social, statutaire ou réel, existe; il n'est pas besoin qu'il soit non fictif et non frauduleux. Car, l'existence du siège social permet au juge de déterminer le mode de réglementation applicable et non la désignation de la loi matériellement compétente.

La solution reste la même lorsque la société possède son principal établissement ou son centre d'exploitation sur le territoire du for. La constatation dans un Etat de l'un de ces deux critères permet le rattachement juridique de la société à cet Etat pour ce qui est de la détermination du mode de réglementation à suivre.

Dans l'hypothèse où les assemblées générales d'actionnaires, le conseil d'administration et les bureaux ne se trouvent pas réunis en un même lieu, le juge peut appliquer son mode de réglementation si les assemblées générales se réunissent dans son pays, ou si le conseil d'administration y siège, ou si encore la société tient ses bureaux sur son territoire; il n'est pas besoin de se demander si l'un de ces éléments constitue dans son système "le siège social" de la société.

Enfin, il existe un lieu juridique entre la société et l'Etat du for lorsque celle-ci établit une agence ou une succursale ou crée une filiale dans ce pays.

L'éviction par le juge de son mode de réglementation devient possible dans le cas où la société n'est pas rattachée juridiquement à son pays. Toutefois le lien juridique n'est pas le seul à prendre en considération. Un lien économique peut relier la société à un Etat donné, et ceci en l'absence de toute attache juridique.

La détermination du lien économique est, dans certains cas, relativement facile. Lorsque la société étend ses activités sur le territoire d'un pays avec lequel elle ne présente et ne crée aucun lien juridique, le juge de ce pays doit suivre son mode de réglementation.

Le plus souvent les entreprises qui envisagent, dès leur constitution, de donner à leurs activités un cadre international, procèdent à l'émission de leurs titres à l'étranger. Elles font ainsi apparaître leur intention de nouer des rapports économiques avec l'Etat où elles offrent leurs titres; et par là un lien économique est constitué. La solution est la même lorsqu'elles émettent des obligations dans le pays du juge du for. Celui-ci, selon que l'émission a eu lieu avec ou après la constitution et selon que le litige soumis devant lui concerne un rapport de droit contemporain à la constitution ou à l'émission, cherchera la solution dans son mode de réglementation ou dans le mode de réglementation d'un pays étranger.

La recherche d'un lien économique devient plus compliquée lorsque celui-ci n'est pas apparent. En effet, dans la plupart des cas la société ne procède pas à l'émission de ses titres au moment de sa constitution, de même qu'elle n'étend pas tout de suite ses activités au territoire de l'Etat étranger où elle envisage dès sa constitution, d'effectuer des opérations économiques. Il devient alors difficile de déceler cette intention. Et il incombe au juge de procéder, selon les particularités du cas envisagé, à la recherche du lien économique préconisé par le législateur d'une manière générale. Toutefois cette activité relève du domaine spécifique des économistes et le juge s'inspirera des analyses de l'entreprise faites par les économistes. Il peut même procéder sur ce point à l'expertise.

Il reste une troisième hypothèse où le rattachement de la société avec la pays du for se trouve réalisé pour ce qui est de l'application du mode de réglementation national. C'est la cas de l'existence d'un lien politique.

Nombreux sont les juristes qui voient s'abriter les hommes derrière la façade de la personnalité morale. La nationalité des personnes qui détiennent le capital d'une société constitue un élément politique qui relie la société à leur pays. En effet, le juge du for doit appliquer son mode de réglementation lorsque les fondateurs d'une société étrangère portent la même nationalité que lui.

La nationalité des actionnaires est également un critère à retenir dans la recherche d'un lien politique. Mais une distinction est nécessaire sur ce point: les hommes qui sont sensés profiter de la richesse accumulée par les sociétés ne sont pas les mêmes que ceux qui en tirent la puissance. Les sociétés par actions sont contrôlées

par des hommes qui détiennent peu d'actions. Et pourtant ce sont eux qui en sont les maîtres. La nationalité de ces hommes qui tirent la puissance des fortunes accumulées par la société doit suffire pour créer le lien économique. Mais s'il s'agit simplement de dirigeants qui ne dictent pas leur volonté à la société, leur nationalité n'est pas à considérer dans l'appréciation du lien politique. Quant à la nationalité des actionnaires qui profitent de la fortune de la société, elle n'influe, à notre avis, sur l'existence du lien politique, que lorsque la société a offert ses titres dans ce pays. D'ailleurs, dans ce cas, un lien économique existe en vertu de l'émission. Par contre, la nationalité de quelques actionnaires ayant obtenu les titres à l'étranger, soit parce qu'ils y résident, soit pour une autre raison, n'oblige pas le juge à appliquer son mode de réglementation lorsque ces actionnaires agissent comme défendeur ou demandeur. Il doit cependant suivre son mode de réglementation lorsqu'il est évident que les actionnaires dictent leur volonté à la société.

II — LES ELEMENTS A RETENIR DANS CETTE ANALYSE
POUR SERVIR DE FONDEMENT A L'UTILISATION DU
DEDOUBLEMENT FONCTIONNEL DANS LA SOLUTION
DES CONFLITS DE LOIS RELATIFS AUX SOCIETES
COMMERCIALES :

A — LE JUGE DU FOR PEUT APPLIQUER UN MODE DE
REGLEMENTATION ETRANGER DANS LE CAS OÙ LA
SOCIETE NE PRESENTE AUCUN LIEN AVEC SON PAYS :

De ce qui a été dit il apparaît que, si la prise en considération par le juge de son mode de réglementation est la conséquence nécessaire de la souveraineté étatique, celle-ci n'est pas absolue et sa raison d'être s'explique, en dernière analyse, par l'existence d'un lien juridique, politique ou économique entre la société et le pays du for, à défaut de quoi les exigences de la souveraineté s'effacent. Par conséquent, en l'absence d'un tel lien le juge doit écarter son mode de réglementation et recourir à un mode de réglementation étranger qui lui montrera les règles compétentes pour régir la situation.

Dans cette perspective, le juge du for partira de son mode de réglementation lorsque:

- la société est constituée dans son pays;
- la société possède dans son pays son siège social ou son principal établissement, ou son centre d'exploitation;
- les assemblées générales se réunissent dans son pays, ou le conseil d'administration y siège, ou les bureaux de la société s'y trouvent;
- la société établit une agence ou une succursale ou crée une filiale dans son pays;
- la société offre ses titres dans son pays ou y procède à l'émission de ses obligations;
- la société étend en fait ses activités à son pays, ou envisage, dès sa constitution, d'y effectuer des opérations économiques ou commerciales;
- les fondateurs ont la même nationalité que lui;
- les administrateurs ou les Présidents Directeurs Généraux ont la même nationalité que lui, à condition qu'ils tirent puissance de la fortune accumulée par la société;
- les actionnaires ont la même nationalité que lui, à condition qu'ils dictent leur volonté à la société.

A défaut de l'un de ces cas de rattachement, le juge évincera son mode de réglementation.

Toutefois, il est une hypothèse où même après constatation d'un lien économique, juridique ou politique, le juge peut évincer son mode de réglementation; c'est lorsque le juge est appelé à se prononcer sur un litige concernant une société, mais sans influence sur la constitution ou sur le fonctionnement de celle-ci. Ce sont des cas particuliers qui nécessitent la recherche du lien, non pas en fonction de la société, mais en fonction d'un autre élément, par exemple de celui du titre émis¹⁵.

15) Supposons, par exemple, une société valablement constituée dans un pays (A) où elle a son siège social. Elle offre ses titres dans un pays (B). Un de ses titres change ensuite de propriétaire avant sa libération totale. Le nouveau propriétaire est le résident de l'Etat (C) où la société effectue des opérations commerciales. Le juge du pays (C) est appelé à réprimer le défaut du versement et à déterminer, par la suite, les personnes responsables du non versement. Va-

Inversement, le juge peut appliquer son mode de réglementation sans qu'il y ait de lien entre la société et son pays. Par exemple, le juge appelé à trancher *la régularité d'un contrat* passé entre une société qui ne présente aucun lien avec son pays et un de ses citoyens, peut appliquer son mode de réglementation en raison de la nationalité de ce dernier.

L'existence d'un lien juridique, politique ou économique, permet au juge du for d'appliquer son propre mode de réglementation pour toutes les questions relatives à la constitution, au fonctionnement, à la faillite, à la dissolution, à la liquidation et au partage de la société. Par exemple, après avoir constaté l'existence d'un lien entre la société et son pays, le juge du for doit prendre comme base son propre mode de réglementation pour apporter une solution à la demande introduite devant lui et mettant en cause la validité de la constitution d'une société créée à l'étranger. La société sera régulière si elle est constituée conformément à la loi matérielle déterminée par le procédé de réglementation prévue pour cette

t-il chercher la solution en consultant son mode de réglementation, ou l'évincera-t-il du fait que les titres sont émis à l'étranger?

La réponse semble, à première vue, être négative. En effet, le simple fait d'exercer une activité dans les frontières étatiques constitue un lien, ce qui permet au juge de partir de son mode de réglementation. Or, une analyse attentive oblige à voir la situation sous un jour différent; les conflits relatifs aux effets du titre (notamment à l'obligation au versement, à la prescription des droits de la société à l'égard des porteurs, aux déchéances que ceux-ci peuvent encourir faute d'avoir réclamé à temps le remboursement de leur titre, aux personnes responsables du non versement) et à la dépossession, ont une incidence sur le titre et non sur la constitution de la société. Sous cet aspect, le particularisme des situations faisant surgir les conflits de lois relatifs à ces questions conduit à établir le lien, non pas en fonction de la société, mais en fonction du titre émis. Cette considération nous permet d'affirmer que le juge du pays (C) de l'acquéreur peut évincer son propre mode de réglementation lorsque le titre se trouve émis dans un pays étranger, bien que la société exerce une certaine activité sur son territoire. Dans ce cas le mode de réglementation à consulter est celui du pays de l'émission.

Voir, Sayman, Y.; op. cit. section 2, chapitre 2 de la première partie.

matière par son propre mode de réglementation¹⁶. De même, le juge du for partira de son mode de réglementation pour déterminer la loi matériellement applicable aux conditions de souscription (notamment, à toutes les questions relatives à la quotité libérable et au taux minimum des actions), lorsque la société présente un lien avec son pays¹⁷.

Lorsque, au contraire, la société ne présente aucun lien avec l'Etat du juge du for, celui-ci doit écarter son mode de réglementation dans la recherche des solutions aux problèmes que peuvent

16)) Par exemple, par l'intermédiaire du procédé de réglementation qu'est la règle de conflit, le mode de réglementation français attribue en principe la compétence pour régir la constitution de la société à la loi du siège social. Par conséquent, la société doit être constituée conformément à la loi du pays sur le territoire duquel elle fixe son siège social. En d'autres termes, d'après le système français, la société est assujettie aux dispositions de la loi du siège social, et il convient de vérifier si les prescriptions de cette législation ont été observées, et le cas échéant, de prononcer sa nullité en France. D'autre part, la jurisprudence française superpose à l'exigence d'un siège social réel et fictif, celle d'un siège social non frauduleux. L'établissement du siège social réel à l'étranger dans le but de frauder la loi française entraîne, dans certains cas, la nullité de la société. L'hypothèse ainsi envisagée est celle où la société ne présente aucune attache sérieuse avec le pays où elle possède son siège social réel (voir, **Loussouarn, Y.**; Les conflits de lois en matière des sociétés, thèse, Rennes, 1949, nos 61-68, pp. 128 et ss.; **Sayman, Y.**; op. cit. pp. 93-95). Le juge français apprécie donc la validité de la constitution conformément à son mode de réglementation.

17) On peut dire que les conditions de souscription dépendent, en principe, de la loi rendue compétente en vertu de la règle de conflit qu'il faut adopter dans ce domaine comme procédé de réglementation. Cette loi doit être, en principe, celle du pays où la société possède son siège social. Mais le souci de l'assainissement du marché financier et les exigences économiques internes conduisent à adopter un autre procédé de réglementation lorsque la société émettrice sollicite l'admission à la cote en Bourse de ses titres. Dans ce cas, les dispositions relatives à la quotité libérable et au taux minimum des actions régiront les titres cotés en Bourse. Il s'agit là des dispositions immédiatement applicables, c'est-à-dire, sans consulter au préalable les prescriptions de la loi du siège social qui serait compétente si les titres n'étaient pas cotés en Bourse. Voir, **Sayman, Y.**; op. cit. pp. 105-106 et p. 114.

poser la constitution, le fonctionnement et la dissolution de la société. Par exemple, dans l'hypothèse où la société ne se trouve rattachée par aucun lien avec l'Etat du juge saisi, il n'appartient pas aux règles de droit en vigueur dans ce pays de prononcer la nullité ou la validité de la société constituée à l'étranger. Le juge du for doit, en effet, évincer son mode de réglementation et recourir à un mode de réglementation étranger qui sera, en matière des sociétés commerciales, celui du pays sur le territoire duquel la société a été constituée¹⁸. Dans cette perspective, le juge du for doit prononcer la validité d'une société constituée sur un territoire étranger conformément à la loi qu'implique le procédé de réglementation conçu par le mode de réglementation de ce pays¹⁹. Par contre, le juge du for doit prononcer la nullité d'une société créée conformément à une loi dont la compétence n'est pas admise par le mode de réglementation de l'Etat sur le territoire duquel elle est constituée²⁰. Supposons une société constituée à l'étranger y fixant

18) Nous expliquerons les causes imposant la compétence du mode de réglementation du lieu de la constitution quand nous aborderons la question de l'utilisation du dédoublement fonctionnel.

19) Ainsi, la société sera régulière dans le pays du juge du for, si le lieu de la constitution et celui du siège social coïncident, et si le mode de réglementation de ce pays utilise comme procédé de réglementation la règle de conflit qui attribue la compétence à la loi du siège social. La solution que doit formuler le juge du for est analogue lorsque la société constituée dans un pays étranger sur le territoire duquel elle fixe son siège social, possède son établissement dans un pays tiers et que la constitution se trouve réalisée conformément à la loi de ce dernier : la société est régulière si la compétence de la loi du lieu de l'établissement est admise par le mode de réglementation du lieu de la constitution qui utilise en la matière une règle de conflit fondée sur le critère du lieu de l'établissement et non sur celui du siège social.

20) Supposons une société constituée à l'étranger conformément à la loi de ce pays. Elle possède son siège social sur le territoire d'un Etat tiers. La société est irrégulière dans le pays du for, si le critère de la loi applicable admis dans le pays de la constitution est celui du siège social.

Il en est de même lorsque, le lieu de la constitution et celui du siège social se trouvant sur le territoire d'un même Etat qui admet la compétence de la loi du siège social, la société fut créée conformément à la loi du pays où elle possède son établissement principal.

son siège social. Ni pendant sa constitution, ni ultérieurement, elle n'a offert ses titres dans le pays donné (A). Certains titres de cette société sont volés et vendus par le voleur dans le pays (A) à un de ses citoyens. La loi du pays (A) est incompétente pour régir la revendication faite par la victime contre l'acquéreur. Car, à défaut d'un lien entre la société et le pays (A), le juge de ce dernier doit écarter son mode de réglementation et donc l'application directe de sa loi interne qui est le procédé de réglementation devant être utilisé pour régir les rapports entre le propriétaire dépossédé et le tiers porteur²¹.

Enfin, lorsque le lien entre la société et l'Etat du juge du for s'établit après la constitution de la société, le juge écarter son mode de réglementation pour apporter une solution aux actes *a n t é r i e u r s* à la réalisation de ce lien. Par contre, le juge tient compte de son mode de réglementation lorsqu'on lui demande de statuer sur une affaire litigieuse *c o n t e m p o r a i n e* ou *u l t é r i e u r e* à la réalisation du lien. Par exemple, si un certain temps s'est écoulé entre la constitution de la société et le moment

21) En effet, la négociation du titre au porteur sur le territoire d'un Etat peut nécessiter le recours au procédé de réglementation par application directe de la loi interne, surtout dans l'hypothèse de la revendication faite par la victime qui a perdu son titre ou à qui on l'a volé, contre le tiers acquéreur de bonne foi. S'appuyant ainsi sur des arguments tirés des données et des réalités économiques et financières, à savoir notamment le souci de connaître la composition des sociétés et de contrôler le marché financier, on peut prétendre à l'extension de la loi interne aux rapports entre la victime dépossédée et le tiers acquéreur, sans pour autant recourir aux autres procédés de réglementation.

En effet, on peut expliquer le vaste champ d'application concernant les dispositions de la loi française de 1872 (loi du 11 janvier 1956, art. 9) connue des tribunaux français, à l'encontre des tiers porteurs ayant acquis le titre en territoire étranger, et qui considèrent que l'opposition faite en France par le Syndicat des Agents de Change empêche toute négociation valable à l'étranger, par l'appropriation inconsciente du procédé de réglementation qui est l'application directe de la loi française aux valeurs françaises circulant en France ou à l'étranger et aux valeurs étrangères circulant en France des sociétés étrangères qui présentent une attache avec la France. Voir **Sayman, Y.** op. cit. pp. 111-112.

où elle commence à exercer ses activités commerciales ou économiques sur le territoire du for, celui-ci évince son mode de réglementation pour vérifier la régularité de la constitution. Mais, par l'établissement d'un lien dû aux activités de la société sur le territoire français, le mode de réglementation du for devient compétent et les opérations de la société s'apprécient désormais à la lumière du procédé de réglementation mis en oeuvre dans ce domaine.

C o n c l u s i o n : Il existe donc des cas où le juge peut évincer son mode de réglementation et recourir à un mode de réglementation étranger. La question se pose, alors, de déterminer le mode de réglementation à suivre. Les critères de rattachement de la société à un pays résultant d'une activité intellectuelle sont inopérantes. En effet, puisque l'ordre juridique de l'Etat du juge du for se désintéresse de l'affaire, le juge doit également localiser le rapport de droit sur le territoire d'un pays indépendamment de tout concept national et subjectif. Ainsi, le juge devient un juge international et cherche à localiser la société dans un pays donné. Cette activité doit être accomplie en fonction de l'analyse que l'on peut faire du rapport de droit envisagé, et le résultat obtenu doit être le même quel que soit le tribunal que l'on a saisi de l'affaire. Ce résultat est relativement facile à obtenir en ce qui concerne les sociétés commerciales, par l'observation des lois économiques objectives dans la naissance de la société permettant de localiser celle-ci objectivement sur le territoire d'un seul Etat.

Le phénomène du dédoublement fonctionnel se manifeste donc ici par le fait que le juge national, après avoir constaté le désintéressement de son ordre juridique à l'égard du litige envisagé, devient un juge international, en ce sens qu'il cherche à localiser la société dans un pays sans être lié par aucun concept national et subjectif.

B — LES CAUSES QUI INFLUENT SUR LE CONTENU DU MODE DE REGLEMENTATION RELATIF AUX SOCIETES COMMERCIALES :

a) Considérations élémentaires dans l'élaboration, en général, des procédés de réglementation:

A notre avis, chacun des procédés de réglementation utilisé dans le domaine des sociétés commerciales est la conséquence iné-

vitable des données et réalités économiques nationales. Avant de préciser le contenu du mode de réglementation, ainsi que les causes intervenant dans la détermination des procédés de réglementation pour le cas bien précis des sociétés commerciales, il nous paraît licite d'invoquer, en général et conjointement, les trois thèses soutenues dans la doctrine à propos de la nature des règles de conflit et qui paraissent profondément divergentes, voire inconciliables²². En effet, la thèse du conflit de souverainetés, puis la thèse du conflit d'intérêts étatiques et enfin celle du conflit d'intérêts privés ne reflètent chacune qu'une partie de la réalité.

Le juge consulte toujours son mode de réglementation pour déterminer le procédé de réglementation qu'il doit suivre. Ce procédé de réglementation sera nécessairement le sien. C'est l'affirmation de la souveraineté.

La question de l'intérêt étatique se pose dans le cadre de la souveraineté telle que nous l'avons exposée. Chaque Etat est libre et souverain dans la détermination du procédé de réglementation à suivre à propos des situations juridiques internationales. Et l'intérêt étatique réside dans ce choix; si celui-ci est directement en cause, le législateur préconisera la réglementation d'un rapport de droit présentant l'aspect d'extranéité par l'application directe et immédiate de ses lois, lois ayant régi le même rapport de droit interne²³.

Si, au contraire, les intérêts étatiques ou plus généralement "l'organisation de l'Etat", selon les termes de M. Franceskakis, ne sont pas directement en cause, le législateur pourra se placer à côté des individus mis en cause par les conflits de lois et non pas à côté des intérêts de l'Etat. Pour ce faire, il peut, ou bien élaborer, indépendamment des lois internes qui régissent une situation juridique, des règles matérielles visant la même situation, ou bien élaborer des règles de conflit. Il peut également conclure des con-

22) Voir, note no 5.

23) Ainsi, selon M. Franceskakis, les lois d'application immédiate sont des prescriptions législatives auxquelles l'Etat ressent le besoin de fixer un domaine d'application en raison de l'intérêt même du point de vue de l'organisation de l'Etat. Les lois fiscales ou les lois sur la sécurité sociale sont des exemples de lois pour lesquelles l'Etat estime qu'il est important de savoir au départ qu'elles s'appliquent à telle ou telle situation.

ventions internationales en vue de régler les problèmes de conflits de lois. Et si on élabore des règles de conflit dans le but d'assurer la réglementation internationale des rapports privés se rattachant à plusieurs ordres juridiques, le contenu de ces règles reflète les intérêts privés et non pas l'intérêt étatique. Le but de la règle de conflit n'est pas l'intérêt étatique mais la meilleure réalisation des intérêts privés sur le plan international²⁴.

b) Influence des causes économiques sur la détermination du procédé de réglementation à utiliser :

Le procédé de réglementation à utiliser pour résoudre les conflits de lois relatifs aux sociétés commerciales est le reflet de la politique d'un pays qui traduit à son tour la totalité des rapports de production qui prédominent dans cette société, en fonction d'un niveau déterminé des forces productives.

Selon M. Franceskakis, les lois internes d'application immédiate sont celles qui relèvent de l'organisation de l'Etat. Parmi les principes fondamentaux sur lesquels repose la société, figurent

24) Dans cette optique, on pourra régir un même rapport de droit dans le même ordre juridique par des principes de rattachement différents, suivant que ce rapport présentera des points de contact avec tel ou tel autre groupe d'ordres juridiques nationaux (**Kopelmanas, L.**; La théorie du dédoublement fonctionnel et son utilisation pour la solution du problème des conflits de lois, études **G. Scelle**, t. 2, 1950, p. 789). On pourra également déduire de certains principes plus généraux du système des règles de droit international privé, des règles servant à combler les lacunes de ce système qui se manifestent parfois par le fait que la loi désignée comme compétente semble indésirable, tout en utilisant les concepts exprimés dans le droit comparé en vue de mieux réglementer les intérêts privés sur le plan international (**Vallindas, G. P.**; op. cit. p. 341). De même, on pourra soutenir l'idée selon laquelle le juge peut élaborer une règle spéciale en partant du terme inséré dans sa règle du droit international privé qui tienne compte des règles de droit matériel en vigueur dans le pays étranger toutes les fois que l'application de la loi désignée par la règle de conflit s'avère incompatible avec l'idée et le sentiment de droit (**Maridakis, G.**; Introduction au droit international privé, Recueil des Cours de l'Académie Internationale de la Haye, 1962, t. I, N. 105, p. 509).

nécessairement les principes de base de l'organisation économique de la société. Dans cette perspective, les lois d'application immédiate en matière de sociétés commerciales sont celles qui relèvent de la structure économique de l'Etat. Si, à l'époque du libéralisme qui correspond au capitalisme prémonopoliste, où la libre concurrence paraît sur le plan économique comme le seul type d'organisation rationnelle de l'économie et où les groupes puissants ne sont pas apparus, les monopolisations n'ayant pas commencé, on analyse la société comme un contrat, le principe de "laisser faire, laisser passer" peut empêcher la formation d'un vaste domaine de lois impératives, par conséquent, des lois d'application immédiate sur le plan international.

Or, à notre époque la société n'apparaît plus comme un contrat, mais "comme un ensemble de mécanismes juridiques, souvent très complexes, qui servent à faire fonctionner une entreprise"²⁵. Le développement et la progression du capitalisme ont amené l'immixtion plus active de l'Etat dans l'évolution économique. A part l'ingérence directe de l'Etat dans le processus de la production, son intervention par voie législative, tant interne qu'externe, amène les juristes à étudier l'existence d'un ordre public économique²⁶. En effet, dans le domaine qui nous intéresse, l'Etat voudra toujours soumettre à sa loi interne les conflits relatifs aux sociétés commerciales dans la mesure où celle-ci reflète son organisation économique. Les lois élaborées en vue de sauvegarder l'économie nationale et l'épargne publique en sont des exemples²⁷.

25) **Champaud**; Différents types de sociétés et les réformes récentes dans les pays de l'Europe; Conférence retranscrite à l'usage des étudiants du C.U.E. de Nancy, 1967-1968, p. 16.

26) Voir notamment, **Farjat, Gérard**; L'ordre public économique, Paris 1963.

27) En effet, on peut constater l'existence de telles lois appliquées directement dans la législation française. L'exemple le plus marquant est la loi du 15 juin 1872. Le recours au seul procédé de réglementation des conflits de lois conçu par la doctrine, à savoir celui des règles de conflit, ne pouvait pas expliquer le vaste domaine d'application attribué par la jurisprudence à cette loi. La jurisprudence admettait la compétence de la loi française du 1872 pour résoudre le litige entre le propriétaire dépossédé et le tiers porteur, dans l'hypothèse où le titre au porteur d'une société française était négocié

Les lois d'application immédiate sont, dans le domaine des conflits de lois en matière des sociétés commerciales, formulées en raison des nécessités impérieuses de la politique économique qui correspond au niveau du développement économique. Ce rapport est directement déterminant dans l'élaboration d'une règle d'application immédiate.

Il en est autrement en ce qui concerne les règles matérielles de droit international privé. Les considérations économiques, en d'autres termes, l'infrastructure économique d'un pays, n'impliquent pas inévitablement la formulation d'une règle matérielle de droit international privé. L'existence d'une telle règle signifie que l'organisation économique d'un pays n'est pas en cause et que le législateur se préoccupe de satisfaire les intérêts des particuliers sur le plan international, plutôt que de sauvegarder l'économie nationale qui ne sera pas atteinte par l'application d'une loi étrangère au lieu d'une loi interne. Néanmoins, les causes économiques peuvent, dans certains cas, avoir une influence sur l'élaboration d'une règle matérielle de droit international privé. Cependant elles ne sont pas déterminantes comme elles le sont pour les lois d'application immédiate. Ces causes traduisent, dans la mesure où elles incitent le législateur à légiférer une pareille règle, les exigences du commerce international et s'incorporent dans la politique économique de l'Etat; mais elles ne sont pas le reflet de l'infrastructure économique²⁸.

à l'étranger. Ni le caractère territorial, ni le caractère extraterritorial ne pouvaient expliquer le domaine d'application admis par la jurisprudence. En fait, il s'agissait d'une loi qui avait pour but de régler le marché financier selon les exigences de l'époque. On en avait fait l'application directe, sans recourir au jeu des règles de conflit, pour l'ensemble des valeurs françaises circulant en France ou à l'étranger et aux valeurs des sociétés étrangères circulant en France.

28) L'exemple de la pratique française qui, ne permettant pas sur son territoire l'émission des titres au porteur, reconnaissait cette possibilité aux sociétés étrangères par le biais d'une règle matérielle de droit international privé (pour ne pas fermer le marché français aux sociétés étrangères nécessaires à ses besoins) illustre le cas : la loi du 28 février 1941 obligeait le dépôt des titres au porteur des sociétés étrangères contre la délivrance d'un certificat nominatif qui pouvait circuler sur le territoire français.

Si on étudie les critères de la loi applicable à la société commerciale dégagés de la jurisprudence, on peut remarquer que la formation des règles de conflit subissent indirectement, mais d'une manière déterminante, l'influence du développement des forces productives qui ont entraîné l'évolution de la notion de la société: pendant des siècles, les juristes, en envisageant la société sous l'angle contractuel, l'ont analysée comme un contrat simple, tout comme le mandat, le dépôt. Cette conception issue d'une analyse romaine a dominé les droits européens. Toutefois, à la fin du siècle dernier, les juristes observaient que le concept juridique romain n'était pas susceptible d'expliquer la société en raison des particularités que présente la façon dont on construit une société et dont on la gère. On a découvert ainsi que la société avait une personnalité morale. Les auteurs se sont alors demandés comment on pouvait faire naître une personne d'un contrat. Et lorsqu'ils étudiaient de près le droit des sociétés, ils s'apercevaient qu'il n'y avait rien de contractuel dans cette institution: en effet, le contrat se fait par l'accord de la volonté des parties; par exemple, il est impossible d'obtenir l'unanimité des actionnaires pour vendre un immeuble à la société. Si on peut substituer à la loi de l'unanimité, la loi de la majorité, celle-ci n'est pas une loi contractuelle; d'autre part les contrats sont limités dans le temps, tandis qu'une société peut avoir une durée très longue, de même qu'elle peut proroger sa durée prévue dans le statut; enfin, alors que le contrat n'a d'effet qu'entre les parties, la société a, au contraire, des effets pour un certain nombre de personnes. Comme il était difficile d'expliquer la société comme un contrat on a recherché d'autres explications. On a vu dans la société une institution, un organisme semblable à l'Etat ou une collectivité publique appelée "l'acte de volonté collective".

Ces conceptions juridiques ou philosophiques qui constituent la superstructure, sont nécessairement engendrées par l'infrastructure. Au stade manufacturier et au stade de la fabrique ou pleinement concurrentiel, l'entreprise n'étant pas revêtue d'une structure complexe et l'activité économique d'une société ne dépassant pas celle de plusieurs personnes qui mettent en commun leurs biens, on analysait la société comme un contrat, car on trouvait sa source uniquement dans un accord volontaire des associés. A la suite du développement des forces productives, l'entreprise a dépassé le

domaine d'activité des personnes qui l'ont créée. On a dû alors attribuer à la société une personnalité distincte de celle des fondateurs. Que cette personnalité soit fictive ou réelle, selon les deux grands systèmes qui se sont opposés, elle affirme un fait: la reconnaissance du caractère institutionnel de la société. La conception contractuelle est apparue vers la fin du stade prémonopoliste. Cependant, à l'époque, on insistait sur la dualité d'éléments: le contrat et la personne morale.

Le passage au stade monopoliste a changé les conceptions que l'on avait de la société: on se demande aujourd'hui quel est son but? Cette manière de considérer la société conduit nécessairement à voir dans l'entreprise un fait économique objectif et son expression juridique.

Les explications de la société ont certainement conditionné la solution des conflits de lois. En effet, l'analyse de la société comme un contrat a amené à intégrer les problèmes de compétence législative relatifs aux sociétés dans celui des contrats. L'autonomie de la volonté, la loi de l'unanimité, la loi de la majorité, la loi de la constitution sont des critères fondés sur la notion de contrat. L'observation d'une personnalité morale dans la société a abouti à l'adoption du critère du lieu d'autorisation, de la loi nationale et de la loi du domicile. Ce dernier qui implique une préférence pour la loi du lieu de l'exploitation ou pour celui du siège social, reflète l'aspect institutionnel de la société.

Cependant, il est opportun de faire une remarque: si les conceptions juridiques ou philosophiques constituant la superstructure sont engendrées par la totalité des rapports de production qui prédominent dans une société humaine donnée, en fonction d'un niveau déterminé des forces productives, et si le changement de l'infrastructure entraîne celui de la superstructure, cette affirmation appliquée à la solution des conflits de lois demande quelques précisions. Le changement des concepts ne se fait pas subitement; ils subsistent quand même un certain temps, parfois longtemps après le changement de l'infrastructure. Ils justifient les nouvelles situations. En effet, durant le passage au stade monopoliste, le concept contractuel n'a pas disparu; il existe même aujourd'hui. Ce concept a pendant longtemps dominé le législateur français qui l'a appliqué dans certains cas. Mais, en général, les

critères dégagés de la jurisprudence française étaient influencés par les données de la phase économique; peu importe l'argument d'ordre juridique cité à l'appui de ces critères. En effet, vers la fin de la première moitié du 19^{ème} siècle, l'évolution des forces productives a permis de constater les particularités de la société qui la distinguent de ses fondateurs. En réalité, les caractères économiques et les objectifs de l'entreprise commençaient à se manifester. On a, dès lors, recherché la solution des conflits de lois suivant des critères fondés sur l'aspect institutionnel de la société, au lieu de retenir les critères fondés sur son aspect contractuel et sur la nationalité des associés ou ses dirigeants. Suivant ces différents critères intrinsèques de la société tels que celui de la nationalité de la société, du lieu de l'exploitation ou du lieu du siège social, on voulait justifier le rattachement politique et économique de la société avec l'Etat sur le territoire duquel elle possède le centre de ses activités. En fait, la réalité objective de l'entreprise était mise en évidence, et pour assurer l'exercice de ses activités sur le plan international, il fallait la localiser juridiquement sur le territoire de l'Etat où elle a principalement le centre de ses activités. Pour arriver à cela, au lieu d'analyser la société en fonction de ses éléments économiques, on l'a analysée en fonction de ses éléments juridiques. Cependant, il est à noter qu'on a admis la compétence de la loi d'un pays qui serait la même si on commençait par décomposer la société en fonction de ses éléments économiques. En effet, à l'époque où la jurisprudence française, attachée au principe du domicile, considérait le centre d'exploitation de la société comme fondement du domicile social (1848-1890)²⁹, une analyse économique de la société inciterait à retenir le même critère en raison de la localisation dans ce pays des activités de la société, compte tenu de l'envergure qu'elle présentait pendant les années de 1848-1890. Mais l'analyse économique de la société, si elle était faite, devrait aboutir à la reconnaissance de la compétence de la loi d'un pays où elle possède son cerveau directeur, où les activités économiques sont ordonnées et, ce qui est très important, de la loi qui veut possible "de vastes concentrations internationales d'intérêts et de

29) Pour la jurisprudence, voir : **Loussouarn, Y.**; op. cit. no. 59, p. 123.

capitaux³⁰, en facilitant l'extension des sociétés sans être obligées de modifier leur statut juridique. C'est cette loi que la jurisprudence française a retenue, toujours en se fondant sur le domicile social, donc en vertu de l'analyse juridique de la société: la loi du siège social réel.

Si on veut résumer cette évolution, on peut dire que les raisons économiques ont imposé les critères de la loi applicable aux sociétés commerciales qui sont des entités économiques, et la jurisprudence française a justifié la compétence de ces critères par référence aux aspects juridiques de celles-ci.

En conclusion, la compétence de la loi du siège social s'impose à tout observateur qui analyse la société en fonction de ses éléments économiques. Il n'y a pas lieu de la justifier en se référant à certains éléments juridiques de la société tels que la personnalité morale, la nationalité ou le domicile. Car la justification juridique de ce critère nie d'abord la prédominance du caractère économique de la société par rapport à son aspect juridique qui lui permet seulement d'exercer des activités, et entraîne toujours des débats doctrinaux. En effet, on discute sur la fiction ou la réalité de la personnalité morale, on refuse d'attribuer une nationalité aux sociétés et, enfin, le domicile social implique un choix parmi plusieurs pays qui peut être différent selon la conception que le juge a du domicile.

Si les causes économiques influent indirectement, mais d'une manière déterminante, sur la formation des règles de conflit, elles ne sont pas les seules à être prises en considération. La survie des concepts concernant la société, malgré le changement de l'infrastructure(peut entraîner pour certaines matières l'adoption d'un critère de la loi applicable qui lui correspond comme activité intellectuelle. Par exemple, pour les matières qui, en apparence, échappent aux activités essentielles de l'entreprise, on peut retenir le critère de la *lex loci contractus*, ou celui de la *lex loci delicti*.

D'autre part, si le critère du siège social apparaît comme imposé pour des raisons économiques, dans certains cas, on peut retenir également un autre critère de la loi applicable. Ce qui s'exp-

30) **Donnedieu de Vabres, J.**; L'évolution de la jurisprudence française en matière des conflits de lois; thèse - Paris, 1937, p. 333.

lique par la manifestation du phénomène de dédoublement fonctionnel comme nous allons le voir.

Enfin, l'évolution future des forces productives peut entraîner une modification de l'infrastructure et déplacer de ce fait la localisation de l'entreprise du pays de siège social réel à un autre qui sera déterminé en fonction des nouveaux éléments économiques de la société.

III — UTILISATION DU DEDOUBLEMENT FONCTIONNEL A LA LUMIERE DE L'ANALYSE FAITE³¹/³² :

Nous avons souligné ci-dessus l'existence de deux ordres juridiques différents, l'un national, l'autre international, dont la dis-

31) Dans le système de **G. Scelle**, la hiérarchie des ordres juridiques et le dédoublement fonctionnel constituent les deux lois capitales de l'ordre juridique international. Il serait difficile de traduire exactement la structure actuelle des relations internationales si l'on ne tient pas compte du dédoublement fonctionnel. "Apparemment, il n'y a pas dans la société internationale d'organes législatif judiciaire, exécutif." Tout au moins, on ne les aperçoit pas d'ordinaire sous forme de corps constitués de la collectivité. Et pourtant il faut bien que les trois fonctions essentielles de réglementation, de contrôle de l'utilisation des compétences et la réalisation matérielle de droit, soient accomplies(...). Ce sont les gouvernements nationaux ou étatiques qui, chacun pour son compte et en même temps pour le compte de la collectivité internationale, accomplissent, dans les limites de leurs possibilités d'action locale et matérielle, les trois fonctions indispensables : création du droit, vérification juridictionnelle, exécution (...). Quoi qu'il en soit, en droit classique, et même dans l'état actuel des choses, tout gouvernement étatique possédait et possède compétence pour dire et réaliser le droit et agir ainsi comme organe de l'ordre juridique international". (**Scelle, G.**; Manuel, p. 21-22). Ainsi, les agents d'un ordre juridique interne déterminé deviennent à la fois agents de l'ordre juridique interne et de l'ordre juridique international. C'est le phénomène du dédoublement fonctionnel.

32) L'utilisation de la théorie du dédoublement fonctionnel pour mieux parvenir à la réglementation des rapports privés dans l'ordre juridique international, a été préconisée par **G. Scelle**, lui-même. Mais l'analyse qu'il en a faite n'a pas été suffisamment développée pour aboutir à des solutions concrètes (Précis, p. 55). Le seul juriste, à

inction ne s'est concrétisée au cours de l'histoire, que par suite de l'évolution des forces productives et grâce à la solidarité sociale (solidarité de classe). Or, si l'origine de l'humanité se caractérise par le sentiment qu'avaient les membres d'un même groupe d'être soumis à un seul ordre juridique — l'ordre juridique international étant presque inaperçu, sinon inexistant — le matérialisme historique nous enseigne que les lois objectives d'évolution sociale tendent à faire disparaître les frontières nationales et, par la suite, les Etats souverains. On arrivera ainsi à une époque où, selon les termes du professeur G. Scelle, les trois fonctions législative, juridictionnelle et exécutive, seront centralisées, (sinon disparues), et où l'homme ne se sentira plus soumis qu'aux règles de conduite et de vie d'un seul ordre.

Si c'est bien l'évolution historique de l'humanité dans ce domaine que l'on peut observer en appliquant la méthode dialectique, il ne faut jamais perdre de vue ce qui nous contraint actuellement: c'est-à-dire, l'obligation, pour les individus et les gouvernements, de respecter les multiples règles, tant nationales qu'internationales.

Nous devons essayer de déterminer objectivement la place que ces obligations occupent dans l'histoire et tenter d'en donner une explication, sans pourtant rompre avec la dialectique.

En effet, nous avons expliqué la formation des deux différents ordres juridiques par l'évolution des lois sociales et par la solidarité de classe: c'est un fait objectif. Nous avons, d'autre part, tenté de donner à la question de savoir "pourquoi pour une affaire qui se pose au niveau international, il est permis aux organes nationaux de régler celle-ci", une explication juridico-sociale, selon laquelle cette pratique découlerait de la délégation faite par l'ordre juridique international à l'ordre juridique interne: c'est une activité intellec-

notre connaissance, qui a tenté d'utiliser la théorie de dédoublement fonctionnel en droit international privé pour éclaircir les problèmes de conflits de lois, est **M. Kopelmans** (op. cit. p. 753-804). Cependant, il est des auteurs qui soulignent le double rôle du législateur et du juge, sans pourtant accepter le phénomène du dédoublement fonctionnel. (Voir notamment, **Batiffol, H.**; Aspect philosophiques du droit international privé; **Maridakis, G.**; op. cit. p. 383, 386, 398; **Niederer, W.**; Einführung in die allgemeinen Lehren des Internationalen Privatrechts, 1954 p. 134 et ss). Voir aussi, **Sevig V.R.**; Droits acquis et articulation des système de conflits, dans ces **Annales** No. 9 (1963), pp. 1-23.

tuelle, donc subjective. Cependant, elle ne change en rien la nature du fait objectif mais permet de donner un sens au rôle du législateur et du juge dans l'état actuel des choses.

La délégation de l'ordre juridique international à l'ordre juridique national oblige le législateur et les juges nationaux à remplir, dans la mesure où les prérogatives du pouvoir ne les en empêchent pas, les fonctions d'un agent international.

Dans cette perspective, lorsque le juge interne est appelé à trancher un litige à caractère international, la solution qu'il va en donner est dictée, au premier chef, par les nécessités impérieuses de la structure économique et de la politique économique dans l'ensemble de son pays. D'autre part, ses conceptions juridiques enrichies par les idées philosophiques, morales et religieuses acquises dans son pays, l'empêcheront sans doute de tenir compte, alors qu'il devrait rendre une décision conforme aux exigences internationales, des solutions admises par les Etats étrangers, dans la mesure où celles-ci heurteraient les principes de base de son pays. On peut remarquer sur ce point le caractère particulariste du droit international privé qui n'est que la conséquence inévitable des nécessités nationales dans l'état actuel des choses. Cependant, ce caractère particulariste ne peut être posé comme principe, puisqu'il n'est jamais absolu. Au contraire, toutes les fois que des nécessités nationales, économiques, juridiques, philosophiques ou religieuses, mais toujours impérieuses³³, n'auront pas un rôle déterminant sur l'activité du juge, celui-ci pourra prendre en considération les exigences de la vie internationale et formuler une solution tenant compte plutôt du caractère international de l'affaire. Il pourra donc jouer le rôle d'un juge international.

Le phénomène du dédoublement fonctionnel illustre bien le rôle et l'activité du législateur et du juge nationaux dans la solution d'un conflit pour lequel plusieurs Etats prétendent à une compétence législative, en raison du caractère international de celui-ci.

33) Plus le temps évolue, plus ces nécessités impérieuses tendent à disparaître. Ce qui augmente l'importance du rôle international du juge.

a) **La manifestation du phénomène de dédoublement fonctionnel dans le choix du mode de réglementation à suivre :**

Le phénomène du dédoublement fonctionnel se manifeste, à notre avis, en premier chef, dans la détermination par le juge du mode de réglementation à suivre.

En effet, l'ordre juridique international ne cède pas un rapport privé qui l'intéresse par sa nature à la compétence d'un ordre juridique national concret, mais à la compétence en général de l'ordre juridique interne. Le juge saisi de l'affaire déclare la compétence de l'ordre juridique de son pays et applique son mode de réglementation en raison des prérogatives de la souveraineté étatique. Les nécessités impérieuses ne le laissent donc pas, à ce stade, jouer le rôle d'un juge international et choisir un mode de réglementation étranger.

Or le contenu de la souveraineté s'explique, en dernière analyse, par le lien qui relie la société commerciale au pays du juge saisi. A défaut de ce lien, la souveraineté étatique n'est plus en cause et les nécessités impérieuses qui obligent le juge à n'agir que comme un agent purement national, disparaissent. Il acquiert alors la possibilité de devenir un juge international.

Il a pour tâche, alors, de choisir le mode de réglementation d'un pays parmi plusieurs qui s'intéressent à l'affaire, mode de réglementation qui lui montrera la loi matériellement applicable. Toutefois aucun critère de rattachement ne doit être retenu dans cette activité du juge. Car n'importe quel critère exigerait d'abord la justification de la préférence faite en sa faveur. Cette difficulté existe d'ailleurs au niveau de la loi applicable, et il n'y pas unanimité des Etats en ce domaine. D'autre part, ce critère serait inévitablement l'expression de concepts nationaux. Or le mode de réglementation à suivre doit être retenu selon un principe qui reste le même quel que soit le tribunal saisi.

Le mode de réglementation à suivre est fonction de l'analyse que l'on peut faire de la société : la société commerciale est le reflet sur le plan social de la vie économique; les facteurs de son développement étant déterminés par les lois objectives économiques, elle est, par sa nature, une entité économique. Mais les exigences iné-

luctables résultant du fait qu'elle a des activités au sein de la collectivité humaine, nécessitent qu'elle soit revêtue du vêtement juridique.

Deux aspects de la société commerciale apparaissent nettement dans cette brève esquisse : d'abord, elle est une entité *économique* réelle et objective; ensuite, elle ne s'intègre dans la vie juridique qu'après avoir respecté les prescriptions des lois en vigueur dans un Etat donné.

On peut, parallèlement à cette distinction qui met en évidence les deux aspects: l'un économique et objectif (c'est-à-dire ayant sa source en dehors de la conscience humaine), l'autre juridique, (résultant de l'activité humaine) de la société, remarquer deux étapes dans le rôle du juge qui consiste à déterminer le mode de réglementation applicable. Il observe d'abord objectivement la naissance juridique de cette entité économique; pour ce faire, il se demande où la société s'est, pour la première fois, revêtue de l'habit juridique: c'est l'Etat sur le territoire duquel elle est constituée. Il vérifie ensuite la validité de cette constitution et tranche les questions surgies après la constitution. Les règles à retenir dans cette appréciation doivent être nécessairement celles rendues compétentes en vertu du mode de réglementation du pays de la constitution, le juge ayant écarté le sien.

On peut conclure de ces données que, lorsque le juge évince son mode de réglementation en raison du défaut de lien reliant la société à son pays, le mode de réglementation du pays sur le territoire duquel elle a été constituée s'impose comme le seul à prendre en considération. En effet, le juge ne détermine pas le mode de réglementation à suivre en vertu d'un critère résultant lui-même d'une activité intellectuelle, comme il le fait lorsqu'il s'agit de rechercher le lien entre la société et son pays. Il tient compte uniquement d'une situation de fait : la constitution de la société. Il accomplit le rôle d'un juge international.

b) La manifestation du dédoublement fonctionnel dans l'application de la règle de conflit :

Lorsque le juge prend en considération son mode de réglementation, le phénomène du dédoublement fonctionnel ne disparaît pas.

Il est vrai cependant qu'il cherche le procédé de réglementation dans son propre mode de réglementation et qu'il agit ainsi sans tenir compte de l'attitude qu'aurait dû avoir un juge international. Par conséquent, quel que soit le procédé de réglementation qui s'impose objectivement, et peut-être selon les données du droit comparé, à un juge international, il retient celui dicté par son législateur. C'est l'exigence de la souveraineté étatique. Il en va de même quand le procédé de réglementation retenu consiste en une loi interne d'application immédiate: il est toujours un agent proprement national et les exigences internationales ne l'intéressent guère.

Mais son attitude doit être toute autre quand le procédé de réglementation implique la solution du litige considéré par le biais de la règle de conflit. Toutefois, il convient de faire une distinction: lorsqu'il s'agit, pour le juge, d'appliquer une règle de conflit, cette règle est la sienne. Elle n'est pas la règle de conflit d'un pays étranger avec laquelle la société présente un lien, règle qui serait prise en considération par un juge international en raison de l'importance de ce lien. Car, là aussi, la souveraineté étatique intervient, en ce sens que le mode de réglementation national implique nécessairement l'application du procédé de réglementation utilisé par celui-ci.

Cependant l'utilisation du procédé de réglementation qui est la règle de conflit signifie que l'intérêt étatique n'est pas en cause et que le législateur peut concilier les intérêts des particuliers en concevant la solution du litige par l'application de la loi nationale ou étrangère, selon que l'une ou l'autre convient mieux aux particularités de l'affaire envisagée. Il laisse par conséquent une souplesse au juge dans l'application de la règle de conflit.

Quand il s'agit de la manière dont on applique le procédé de réglementation qu'est la règle de conflit, le juge devient, conformément au phénomène du dédoublement fonctionnel, un juge international. La solution donnée par le juge doit être susceptible d'application pratique et elle ne le sera que dans la mesure où elle tiendra compte des assises fondamentales de l'ordre juridique international.

Dans cette perspective nous pouvons dire que le système national des règles de conflit devrait retenir, pour un même rapport de

droit, deux ou trois critères de la loi applicable, formulés par le législateur conformément au phénomène du dédoublement fonctionnel; — d'abord selon les notions et concepts exprimés dans le droit de son pays, relatifs à la nature juridique de ce rapport de droit —, et dans la mesure où celles-ci ne se heurtent pas aux principes fondamentaux, selon les considérations des exigences de la vie internationale et de la possibilité d'exequatur du jugement rendu. Par exemple, pour ce qui est de la société commerciale, on peut retenir le critère du siège social ou celui du lieu de l'établissement; s'il s'agit d'un litige relatif à l'émission des titres, on peut considérer également la loi du lieu de l'émission. Ces trois critères sont possibles dans l'ordre juridique d'un pays qui a de la société une conception institutionnelle. Au contraire, le législateur ne peut pas adopter un critère qui se fonde sur l'élément contractuel de la société si son ordre juridique refuse d'analyser celle-ci comme contrat.

Toutefois, un critère essentiel doit s'imposer et doit être appliqué s'il attribue la compétence à la loi nationale. Ce critère essentiel se dégage, nous l'avons dit, selon les données économiques.

Cependant une souplesse doit être laissée au juge dans l'application de l'un ou de l'autre critère. Il doit d'abord retenir le critère essentiel, notamment dans le cas où celui-ci attribue la compétence à la loi de son pays. Mais si l'application de la loi matérielle rendue compétente en vertu du critère essentiel semble indésirable et si le résultat atteint n'est pas satisfaisant, ou encore si le jugement rendu a peu de chance d'être exécuté dans d'autres pays avec lesquels le litige possède plus d'attaches et qu'il soit très probable qu'on demande l'exequatur à l'étranger, le juge doit s'abstenir d'appliquer le critère principal. Dans un cas pareil, le critère à considérer dépend des particularités du cas envisagé; le juge doit procéder à des recherches en tenant compte des exigences du commerce international, des possibilités de l'exequatur, du souci de formuler une solution équitable et surtout des données du droit comparé.

On ne peut donc pas décrire exactement l'attitude que doit adopter le juge conformément au phénomène du dédoublement fonctionnel, mais on peut tracer des limites à son activité, limites qui seront différentes selon les particularités du cas envisagé. En effet, dans la mesure où celui-ci aboutit à un résultat équitable et ne

pose pas de difficultés d'exequatur, le juge est tenu de retenir le critère principal de la loi applicable. Dans le cas où celui-ci serait incompatible avec le commerce international, il doit considérer un autre critère choisi parmi ceux élaborés par son législateur et cela suivant les caractéristiques que présente l'affaire qui lui est soumise.

Il apparaît de cette explication que le rôle international du juge est plus affirmé quand il s'agit de déterminer le mode de réglementation à suivre. En effet, dans ce cas il n'est lié par aucun concept national; il détermine le pays au mode de réglementation duquel il va recourir, non pas en vertu d'un critère de rattachement qui serait subjectif, mais objectivement, en raison d'une situation de fait qui s'impose à tout observateur.

Tandis que, lorsqu'il s'agit de l'application de la règle de conflit, le rôle international du juge est moins prononcé. Il cherche à donner une solution susceptible d'être admise par l'ordre juridique international, et pour ce faire, il applique, la loi d'un pays qu'un juge international lui-même appliquerait. Mais il reste lié par les critères de rattachement nationaux et les concepts et notions exprimés dans son ordre juridique l'empêchent de devenir un juge proprement international.
