

Les problèmes de la méthodologie du droit international privé: l'application des règles de droit public étranger

1. Autrefois le droit international privé n'admettait en aucun cas la possibilité d'application du droit public étranger. La doctrine du droit international privé considérait cette possibilité comme absolument inacceptable. Or, au cours de la deuxième moitié du XXème siècle, ce principe a perdu son caractère impératif incontestable.

2. De nos jours, l'application des règles de procédure civile étrangères ainsi que l'existence des règles de conflit en matière procédurale est considérée comme normale. L'exemple le plus topique est la loi sur la réglementation du droit international privé adoptée en 1992 en Roumanie. Les articles 158-161 de la loi susvisée comportent un système des règles de conflit en matière procédurale assez développé. A présent une «codification inverse» du droit international privé a lieu en Roumanie. Les règles sur la loi applicable sont incorporées dans le Code Civil de 2011, et les règles de procédure civile internationale sont incluses dans le Code de la procédure civile qui entrera en vigueur en 2014.

3. Cette situation engendre un problème de caractère terminologique: les règles de conflit au sens du droit de la procédure civile internationale sont des règles de conflit en matière procédurale. Comment les délimiter au niveau terminologique des règles de conflit au sens du droit international privé? Peut-être faut-il introduire le nouveau terme de «règle matérielle de conflit de lois» c'est-à-dire une règle de conflit qui prescrit l'application d'une règle de droit matériel et pas d'une règle de droit de procédure ?

4. La question sur la possibilité d'application dans le cadre de la méthode de conflit de lois des règles de droit public étranger reste désormais très peu développée. Autrefois, l'impossibilité d'application des règles de droit public étranger sur le territoire de l'Etat du *for* était considéré comme un principe universel. Or, la doctrine de droit international privé considère que très souvent le renvoi oblige le juge de prendre en compte et parfois même d'appliquer le droit public étranger (M.Issad). La doctrine de l'époque soviétique invoquait les règles de droit public qui ont effet sur des relations

privées (Lunts) et constatait l'existence de règles de conflit qui prescrivent l'application des règles douanières, sanitaires et migratoires des pays étrangers, en d'autres termes des règles à caractère administratif. Les juristes en ont déduit que les conflits de lois peuvent surgir non seulement en matière civile, mais aussi en matière des relations administratives (Sadikov) et parfois même en matière pénale (Tille).

5. De nos jours, l'application des règles de droit public étranger en fonction du renvoi opéré par une règle de conflit nationale est assez fréquente. La disposition en question est énoncée dans les lois nationales (La loi sur le droit international privé de la Suisse de 1987, la loi sur le droit international privé de la République d'Azerbaïdjan de 2000, la loi sur le droit international privé de l'Ukraine de 2005, la loi sur le droit international privé de la Pologne de 2011) ainsi que dans les textes internationaux- le Code Civil modèle de la Communauté des Etats Indépendants, la Résolution Unidroit (Wiesbaden, 1975), la Résolution de la 63-eme conférence de l'Association de droit international (Varsovie, 1988).

6. Par exemple, selon l'article 13 de la loi «Sur le droit international privé» de la Suisse, l'application du droit étranger n'est pas exclue du seul fait qu'on attribue à la disposition un caractère de droit public. En effet c'est la première consécration législative d'un phénomène qui existe déjà depuis longtemps et qu'on appelle « le rapprochement du droit civil et du droit privé », «la publicisation du droit privé», «la privatisation du droit public» (E.V. Kabatova), «la fédéralisation et la constitutionnalisation du droit international privé» (Simeonidis).

7. Au sein de la doctrine allemande du droit international privé, les méthodes du droit de conflits étaient spécialement conçus pour le droit de la sécurité sociale et le droit administratif. Les juristes allemands affirment dans leurs œuvres que les règles de conflit en ce qui concerne le droit administratif (y compris la possibilité d'application du droit étranger) différent des règles de conflits destinées à déterminer le droit privé applicable bien que les premières puissent s'inspirer de ces dernières. La création d'un système intégral des règles de conflit du droit administratif est donc proposée. Selon les juristes allemands, le développement des règles de conflit en dehors du droit privé

témoigne du développement du droit international privé considéré sous l'angle de la méthode de conflit de lois.

8. Selon les auteurs russes contemporains, l'introduction dans les codes nationaux comportant des règles de droit international privé de la possibilité d'application des règles de droit public étranger représente l'un des aspects de l'internationalisation du droit international privé. La possibilité d'application des règles susvisées est un moyen efficace de faire face aux phénomènes négatifs qui freinent le développement du commerce international (Zhyltsov, Mouranov).

Le problème d'application des règles de droit public étranger apparaît assez souvent dans la jurisprudence (et très souvent l'application des règles précitées correspond aux intérêts de la partie « du pays » qui participe au procès devant le tribunal de son pays). En guise d'exemple je voudrais citer une jurisprudence récente assez particulière.

En mai 2007, le Service Fédéral des Douanes a assigné une des plus grandes banques américaines *The Bank of New York* devant le tribunal de commerce de Moscou (affaire № A40-24987/07). L'avocat du Service Fédéral des Douanes a déclaré que «de 1996 à 1999 la banque a mis en place un schéma complexe de blanchiment d'argent issu des marchandises exportées en Russie et par conséquent, la Russie a subi un dommage de 7.5 milliards de dollars». En même temps le montant de la demande était de 22,5 milliards de dollars (la demande d'un montant le plus important de toute l'histoire de la justice russe). La demande était fondée sur le droit américain - *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act 1970* – dite la loi RICO.

Selon les représentants légaux de la banque, la demande était manifestement mal fondée puisque la RICO est une loi pénale américaine qui n'est pas applicable en dehors du territoire des Etats Unis. Or, les représentants du Service Fédéral des Douanes faisaient valoir le fait que la loi en question comporte des règles de droit civil (notamment des dispositions sur la responsabilité civile) qui peuvent être appliqués par les tribunaux étrangers y compris russes sur la base des règles de conflit russes. Il est évident que l'avantage principal de la loi RICO aux yeux des demandeurs résidait dans

la possibilité de condamner le coupable à verser les dommages-intérêts triples et à assumer les frais de procès (d'où le montant de la demande).

Les intérêts du Service Fédéral des Douanes étaient représentés par un cabinet américain siégeant à Miami *PodhurstOrseck*. Les spécialistes en matière de droit américain- Alan Dershowiz, le professeur de droit de Harvard, Robert Blakely, l'auteur principal de la loi RICO ont participé au procès en tant qu'experts. Les intérêts de la banque étaient représentés par un cabinet *Boies, Schiller&Flexner*. Richard Tornburg, l'ex-procureur général et le ministre de la justice des Etats Unis et Michail Ukhov, l'ex-président adjoint du Tribunal Suprême de Commerce de la Fédération de Russie sont intervenus en tant qu'experts.

Au cours des audiences de l'été 2008, la question de savoir si le tribunal de commerce de Moscou était compétent pour juger l'affaire sur le fondement la loi pénale américaine a été traitée (du point de vue de la compétence et du point de vue de droit applicable).

Robert Blakely est intervenu de la part du Service Fédéral des Douanes. La conclusion qu'on pouvait tirer de son intervention, c'est que la loi RICO a une composante civile aussi bien qu'une composante pénale. La base de l'affaire jugée par le tribunal russe consiste en une action civile. « En tant que témoin de la naissance de la loi RICO au sein du Congrès des Etats Unis, je peux dire que l'application de la loi ne se limite pas au seul territoire des Etats Unis. Si le tribunal russe considère son application comme raisonnable, je trouve cela absolument normal ». La loi RICO a été adoptée à l'époque où les Etats Unis étaient très préoccupés par le problème de la criminalité organisée et le tribunal russe peut très bien appliquer les dispositions de la loi susvisée.

Le professeur Alan Dershowiz lui aussi s'est prononcé en faveur du Service Fédéral des Douanes. Il affirmait qu'il n'y avait pas d'obstacle juridique à ce qu'un gouvernement d'un pays étranger saisisse un tribunal et intente ainsi une action civile en se basant sur les dispositions de la loi RICO.

Richard Tornburg a témoigné en faveur de la banque. Selon lui, dans ce cas-la

l'action civile basée sur la loi RICO était mal fondée. L'aveu de la banque (dans le cadre d'un accord sur l'arrêt des poursuites conclu aux Etats Unis) ne prouve pas l'existence d'un dommage réel cause à la Russie. En même temps, Tornburg ne déclarait pas que les règles de la loi RICO ne pouvaient pas être appliquées en Russie.

L'avocat Gregory Joseph (l'auteur des commentaires de la loi RICO) a déclaré que si le tribunal admettait l'application de la loi RICO en matière civile, ce serait une première dans la pratique juridique mondiale.

RICO est une loi pénale fédérale américaine adoptée en 1970. Elle avait pour objectif principal la lutte contre la criminalité organisée. La loi susvisée comportait à part des règles de nature pénale, des règles sur la responsabilité civile. Au début, les règles de caractère civil étaient sensées jouer un rôle accessoire. Or, les dispositions sur la réparation des *tribles damages* sont très séduisants pour de nombreux demandeurs et leur avocats. Au cours des années 1980, le nombre des actions civiles fondées sur la loi RICO s'est considérablement multiplié. De nos jours leur nombre dépasse le nombre des affaires pénales fondées sur la loi RICO. Il est à noter que, sauf cas de fraudes en valeurs mobilières, une condamnation pénale n'est pas nécessaire pour qu'une demande en matière civile fondée sur la loi RICO soit recevable.

Au très vif regret des spécialistes en matière de droit international prive, en octobre 2009, le Service Fédéral des Douanes et la banque ont conclu un accord à l'amiable. Le Service Fédéral des Douanes a retire sa plainte et la banque ne s'est pas prononcée contre cette décision. Le tribunal de commerce a satisfait la demande de désistement déposé par le Service Fédéral des Douanes. La banque ne s'est pas reconnue coupable, or, selon l'accord à l'amiable, elle a versé au Service Fédéral des Douanes 14 millions de dollars pour couvrir les frais de procès. Il en résulte que la question sur la possibilité d'application des lois pénales étrangers par un tribunal russe demeure purement théorique. Or, l'existence même des demandes fondées sur les lois pareilles, la réception de ces demandes et les procès visant à déterminer le tribunal compétent représentent un grand intérêt du point de vue scientifique et pratique.

9. La possibilité d'application dans le cadre de la méthode de conflit de lois des

règles de droit pénal étranger suscite un grand nombre d'interrogations : est-ce que l'application des règles de droit public doit faire objet d'une consécration législative ou peut-elle exister par défaut? La législation doit-elle déterminer le cercle des règles de droit public en question ou cette détermination sera laissée à l'appréciation du juge? Faut-il délimiter «les règles de conflit en matière administrative», «les règles de conflit en matière pénale» et «les règles de conflit en matière fiscale»? La précision maximale de la catégorie de rattachement des règles de conflit peut-elle remédier à ce problème?

10. Les règles de droit public peuvent être considérées comme des règles internationalement impératives de droit étranger si les lois de pays *du for* ne prohibent pas expressément l'application de droit public étranger et les conséquences d'application des règles en question ne sont pas contraires à l'ordre public du pays concerne.