

## Description du Cours:

# The Private Public Divide in International Dispute Resolution

La dichotomie public-privé dans le contentieux international

Académie de La Haye, Août 2017

*Prof. Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess*

*Institut Max Planck Luxembourg de droit processuel*

La relation entre droit international privé et droit international public est marquée par deux tendances contradictoires: la séparation et la convergence. Traditionnellement, ces domaines du droit sont clairement séparés par différents acteurs, concepts et perspectives : le droit international public est principalement axé sur les relations juridiques entre les États et les organisations internationales et, par conséquent, le règlement des différends s'effectue dans des organes juridictionnels spécifiquement établis pour des sujets de droit international. Le droit international privé aborde les droits et les intérêts des personnes privées et tend à réguler les relations transfrontalières en recherchant le lien de rattachement le plus proche entre l'objet du litige, la juridiction nationale compétente et la loi applicable.

Ces deux domaines du droit se chevauchent actuellement de manière croissante<sup>1</sup> : le droit international public moderne aborde également les droits et obligations des individus et des entreprises et ces questions se règlent principalement devant les tribunaux nationaux. En conséquence, ces tribunaux nationaux sont confrontés à un nombre croissant de litiges impliquant des intérêts publics étrangers ou des actes émanant d'une autorité publique internationale. Traditionnellement, les tribunaux nationaux ne pouvaient connaître de ces différends à raison de doctrines telles que l'immunité souveraine, la non-justiciabilité, la courtoisie internationale ou la question

---

<sup>1</sup> *Mills*, *The Confluence of Public and Private International Law* (2009); *O'Connell*, *The Power & Purpose of International Law* (2011), p. 327 et s. (application du droit international par les tribunaux nationaux).

politique. Toutefois, les activités commerciales des États ne sont plus exemptées des tribunaux civils (alors que la situation en ce qui concerne les activités commerciales des organisations internationales n'est toujours pas réglée). L'exemption des soi-disant « *acta iure imperii* » des litiges civils relève de la division public-privé. De plus, les États n'étaient traditionnellement pas autorisés à soumettre leurs revendications publiques devant les tribunaux nationaux étrangers et ces litiges relevaient du contentieux international<sup>2</sup>. La situation actuelle est devenue plus complexe avec l'introduction de nouvelles distinctions: par exemple lorsqu'une atteinte aux droits de l'homme constitue une exception à l'immunité ou lorsque des recours spécifiques permettent aux parties privées de contester l'immunité accordée à un État défendeur ou à une organisation internationale<sup>3</sup>. En outre, les États et les organisations internationales utilisent de plus en plus de recours de droit privé pour faire appliquer des normes juridiques internationales au-delà des frontières. Néanmoins, la distinction entre différends commerciaux et non commerciaux reste un critère important pour distinguer le règlement interne du règlement international des litiges.

La scission public-privé est également identifiable dans les instruments de droit international privé. Les conventions internationales et autres instruments s'appliquent généralement à la « matière civile et commerciale »<sup>4</sup> ou à « l'arbitrage commercial »<sup>5</sup>. Bien qu'il y ait un consensus sur le fait que ces notions doivent être interprétées de manière autonome, la notion juridique sous-jacente de « matière civile et commerciale » se réfère à la division entre droit public et droit privé. La pratique récente révèle clairement les incertitudes entourant ledit concept, en particulier lorsque les autorités publiques sont impliquées dans des litiges transfrontaliers ou lorsque se pose la question de l'exécution d'un jugement étranger portant sur une

---

<sup>2</sup> Cette distinction est fondée sur la division droit public-droit privé bien que la notion n'ait jamais été clairement définie, ni en droit interne, ni en droit international.

<sup>3</sup> Cette question n'est pas réellement réglée, voir *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, arrêt C.I.J. 3 fév. 2012, Recueil 2012, p.99.

<sup>4</sup> Le meilleur exemple est fourni par l'Article 1 du Règlement Bruxelles I<sup>bis</sup> (Reg. EU 2012/2015), voir CJUE, 15 fév. 2007, C-292/05, *Lechouritou*, EU:C:2007:102. Certains instruments de droit international privé ne sont pas limités à la matière civile et commerciale, voir l'article 1 du Règlement sur les procédures d'insolvabilité (Reg. EU 1346/2000), *Hess/Oro*, Civil and Commercial Matters, in: European Encyclopedia of Private International Law (2017).

<sup>5</sup> Voir Article I (3) de la Convention de New York de 1958.

créance fondée sur le droit public<sup>6</sup>. On observe également une tendance à mettre en place des mécanismes de coopération directe transfrontalière pour lesquels les organismes publics échangent des informations ou exécutent des injonctions provenant d'autres États<sup>7</sup>. Ces mécanismes sont prévus par les instruments relatifs au droit de la famille, en particulier les règlements Bruxelles IIbis<sup>8</sup> et obligations alimentaires<sup>9</sup>. Il reste à savoir si ces développements représentent une véritable transformation du droit privé vers le droit public.

Enfin, la distinction public-privé ne se pose pas seulement dans le contexte des litiges présentés devant les tribunaux nationaux: elle est également visible au niveau international. Le contentieux international se caractérise par une fragmentation considérable et une spécialisation des organes de résolution des litiges. La délimitation entre ces tribunaux et les tribunaux (arbitraux) ne fonctionne pas ouvertement sur la base du clivage public-privé, mais repose sur les compétences spécifiques attribuées aux différentes institutions. Néanmoins, la dichotomie public-privé réapparaît dans un contexte différent : le droit international des investissements constitue un exemple pertinent car ces procédures sont largement influencées par l'arbitrage commercial international bien que les questions litigieuses concernent principalement l'expropriation. Récemment, les procédures appliquées en matière d'arbitrage d'investissement ont été critiquées en raison de leur manque de transparence mais aussi parce qu'elles étaient incapables de prendre en compte l'impact considérable des sentences arbitrales sur les systèmes économiques et politiques des États concernés<sup>10</sup>. Du point de vue de la division public-privé, la question est de savoir si ces procédures conçues pour résoudre des différends privés sont également appropriées pour juger des litiges de droit public

---

<sup>6</sup> Voir par exemple pour l'exécution transfrontalière d'un jugement rendu sur un fondement délictuel ou sur l'enrichissement sans cause portant sur une créance fiscale, voir CJUE, 12 Sep. 2013, C-49/12, *Sunico*, EU:C:2013:545, par.33.

<sup>7</sup> Dans le domaine de l'assistance judiciaire internationale, le droit international privé s'inspire des développements du droit administratif international.

<sup>8</sup> La CJUE qualifie la décision d'une administration publique de s'occuper et de placer un enfant comme étant une décision prise "en matière civile" dans le cadre du Règlement Bruxelles IIbis; CJUE, 27 Nov. 2007, C-435/06, C, EU:C:2007:714, par. 45 et s.

<sup>9</sup> Règlement (EU) 4/2009: Articles 49 à 63, les nouvelles formes de coopérations sont décrites par *Hess & Spancken*, in: Beaumont, Hess, Spancken & Walker (ed.), *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide* (2014), p. 331 et s.

<sup>10</sup> Des critiques similaires peuvent être formulées au sujet de l'application du droit du sport par le Tribunal Arbitral du sport qui échappe largement au contrôle des autorités étatiques.

(international)<sup>11</sup>. Cet exemple démontre que la division public-privé n'est pas seulement une question technique, mais est étroitement liée au cadre général du règlement des différends.

Ce cours de La Haye explorera la participation des acteurs publics et privées, des organes juridictionnels nationaux et internationaux ainsi que des différentes procédures appliquées dans le règlement des litiges internationaux. Il vise à élaborer une approche systématique du règlement international des différends et à révéler les intérêts sous-jacents et valeurs communes. En conséquence, la délimitation entre les différents forums de règlement des litiges doit être clarifiée par une perspective systématique.

---

<sup>11</sup> *Schill*, Introduction, in: Schill (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law* (2010), p. 3 et s.