

Droit public et droit privé : ni *summa* ni *divisio* ?

Jérémie VAN MEERBEECK

Professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Juge délégué à la Cour d'appel de Bruxelles

«Tout est-il perdu en Angleterre parce que les magistrats [...] contrôlent aussi l'administration au mépris du principe de la séparation des pouvoirs?»

(G. Jèze)

«My object is to treat of droit administratif in so far as its fundamental principles conflict with modern English ideas of the rule of law»

(A. V. Dicey)

1. L'intérêt de la doctrine pour la distinction entre droit public et droit privé n'est pas neuf¹. Alors qu'en France, elle structure «l'ordre juridique dans son entier», voire «la sature»², et serait «incontestable, parce qu'elle aurait sa source dans le principe de séparation des pouvoirs»³, la doctrine anglaise en a traditionnellement récusé la pertinence, accusant l'exorbitance du droit public français de porter atteinte aux principes fondamentaux de la *rule of law*. On le voit, cette *summa divisio*, qui «n'est reconnue uniformément ni par l'histoire ni par le droit comparé»⁴, est éminemment tributaire de la conception que l'on se fait de l'État de droit ou, plus précisément, du rapport entre État et droit. Comme le relève J. Chevallier, les notions mêmes de «public» et de «privé» renvoient à des axiologies opposées : d'une part, l'intérêt général, qui tend vers l'unité et est associé à des principes d'ordre et de totalisation, et, d'autre part, l'intérêt particulier, qui tend à garantir l'autonomie et l'intimité⁵.

¹ Il s'agit du thème qui avait été choisi par la revue *Les Archives de philosophie du droit* pour son premier numéro, lorsqu'elle a été relancée en 1952. Quarante-cinq ans plus tard, la même revue consacrait son dossier à la distinction entre public et privé (voy. *Arch. phil. dr.*, 1997, «Le privé et le public»).

² O. BEAUD, «La distinction entre droit public et droit privé : un dualisme qui résiste aux critiques», in M. FREEDLAND et J.-B. AUBY (eds), *The Public Law/Private Law Divide. Une entente assez cordiale?*, Oxford et Portland, Hart Publishing, 2006, p. 21.

³ Chr. ATIAS, «Un point de vue de droit privé», in B. BONNET et P. DEUMIER (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé?*, Paris, Dalloz, 2010, p. 37.

⁴ B. STARCK, L. BOYER et H. ROLAND, *Introduction au droit*, 4^e éd., Paris, Litec, 1996, p. 76.

⁵ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 63.

2. Sans surprise, le droit belge occupe une position intermédiaire et pas toujours clairement assumée entre le culte français de l'intérêt général (censé émaner de la volonté générale) et le souci anglais de protéger l'intérêt particulier contre les abus de l'État. Il n'en demeure pas moins que, lorsqu'on fréquente les couloirs des facultés de droit, on est tenté de s'approprier ces réflexions françaises qui identifient deux « esprits du droit »⁶ et un véritable « partage académique » du savoir⁷. Le privatiste pense pouvoir ignorer le droit public et, inversement, un argument tiré du droit privé n'a « sa place dans un raisonnement de droit public que sous réserves d'inventaire »⁸, au point que certains se demandent s'il existe une « véritable *summa divisio* du droit ou simplement une *summa divisio* des juristes »⁹. Il nous a donc paru opportun, dans le présent ouvrage, de confronter ces deux esprits du droit et de surmonter ce partage académique du savoir en faisant travailler sur un même objet des binômes de privatistes et de publicistes. Après avoir opéré un détour historique pour comprendre la façon dont cette distinction a pris l'importance qu'on lui reconnaît (ou lui conteste) aujourd'hui (Chapitre 1), nous nous attarderons sur les débats contemporains qu'elle suscite (Chapitre 2) avant de proposer quelques réflexions apéritives en guise d'introduction aux différentes contributions (Chapitre 3).

Chapitre 1

D'une distinction théorique à une *summa divisio*

3. Il est souvent fait référence à la *summa divisio* entre le droit public et le droit privé afin de décrire son statut de « distinction suprême » au sein de l'ordre juridique français. Si la conception belge est peut-être moins manichéenne, elle n'en demeure pas moins marquée par cette frontière, héritée de nos voisins. Or, si l'histoire nous confirme que la distinction, qui remonte au droit romain, est extrêmement ancienne (Section 1), elle nous révèle également que cette dernière n'a réellement acquis son statut qu'assez récemment, à l'échelle des idées juridiques (Section 2). Dans l'intervalle, il aura fallu plus d'un millénaire pour que s'émancipe, très graduellement, la branche autonome du droit public (Section 3).

Section 1

L'émergence et l'oubli de la distinction

4. La citation qui est généralement considérée comme fondant la tradition de la séparation entre droit public et droit privé est celle attribuée à Ulpien,

⁶ E. PICARD, « Pourquoi certaines branches du droit échappent-elles à la *summa divisio* ? », in *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé?*, *op. cit.*, p. 71.

⁷ O. BEAUD, « La distinction entre droit public et droit privé : un dualisme qui résiste aux critiques », *op. cit.*, p. 22.

⁸ Chr. ATIAS, « Un point de vue de droit privé », *op. cit.*, p. 40.

⁹ B. BONNET et P. DEUMIER, « Avant-propos », in B. BONNET et P. DEUMIER (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé?*, *op. cit.*, p. IX.

au début du III^e siècle de notre ère et reprise dans les *Institutes*, puis dans le *Digeste* de Justinien¹⁰. Dès la première page du *Digeste* (§ 2), on apprend que l'étude du droit se divise en deux parties, la publique et la privée : « Le droit public est ce qui concerne le statut de l'État romain, le droit privé les intérêts de chacun. Il y a en effet des choses utiles à l'État et d'autres utiles aux particuliers. Le droit public consiste dans les choses sacrées, les prêtres et les magistrats. Le droit privé se divise en trois parties : il est en effet constitué des préceptes du droit naturel, du droit des gens et du droit civil »¹¹.

Tous les auteurs soulignent cependant la portée modeste de la distinction en droit romain : outil doctrinal plus que politique¹², elle n'est pas développée dans la suite du Code de Justinien et son plan n'y est pas soumis¹³. Certes, les notions de public et de privé existent à l'époque, mais seule l'opposition entre l'utilité publique (*utilitas publica*) et les intérêts privés (*privata commoda*) est mobilisée, sans n'avoir jamais fait l'objet de développements théoriques¹⁴. Comme l'indique par ailleurs la définition d'Ulpien, la distinction qui primait alors surtout était celle opposant le droit sacré au droit profane¹⁵.

5. Il n'est guère surprenant, par conséquent, que la distinction ait fini par s'évaporer durant l'époque médiévale : la notion de droit public étant associée à des concepts religieux périmés, comment la conserver alors qu'elle se rapportait à des cultes païens incompatibles avec le christianisme¹⁶? La *divisio* s'est par ailleurs révélée peu compatible avec le contexte féodal, où il n'est

¹⁰ Ulpien ou un interpolateur dès lors que certains doutent de la paternité de ce texte (G. CHEVRIER, « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du *jus privatum* et du *jus publicum* dans les œuvres des anciens juristes français », *Arch. phil. dr.*, 1952, p. 11; J.-L. THIREAU, « Le droit public dans la doctrine française du XVI^e et du début du XVII^e siècle », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 2005-2006, n^o 25-26, p. 79). Ces auteurs soulignent qu'on trouve déjà la distinction chez Cicéron, pour qui le droit public était formé par les règles issues de la volonté de l'État alors que le droit privé concernait les règles issues de conventions entre particuliers (*Ibid.*, respectivement pp. 13 et 79).

¹¹ G. GIORDANENGO, « De l'usage du droit privé et du droit public au Moyen Âge », *Cahiers de recherches médiévales*, 2007, p. 3. D'autres auteurs préfèrent, aux termes « statut de l'État romain », ceux de « statut des choses de Rome » (B. BARRAUD, « Droit public-droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio*? », *Revue de la Recherche juridique – Droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 1108) ou la traduction littérale de : « état de la chose romaine » (L.-A. BARRIERE, « Une approche historique de la *summa divisio* droit public-droit privé », in *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé?*, *op. cit.*, p. 9).

¹² B. BARRAUD, « Droit public-droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio*? », *op. cit.*, p. 1108. Voy. toutefois les développements consacrés par A. Schiavone au dualisme en droit romain entre *ius* (droit jurisprudentiel essentiellement de droit privé) et *lex* (fonction normative limitée à l'espace public de la vie communautaire) : A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, trad. par G. et J. Bouffartigue, Belin, 2008, pp. 187-191.

¹³ G. GIORDANENGO, « De l'usage du droit privé et du droit public au Moyen Âge », *op. cit.*, p. 3. M. TROPER parle d'une distinction qui est « uniquement scientifique, pédagogique » et dénuée de tout effet juridique (« L'opposition public-privé et la structure de l'ordre juridique », *Politiques et Management public*, vol. 5, n^o 1, 1987, p. 186).

¹⁴ G. GIORDANENGO, « De l'usage du droit privé et du droit public au Moyen Âge », *op. cit.*, p. 2.

¹⁵ D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, v^o « Droit privé, droit public ».

¹⁶ G. CHEVRIER, « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du *jus privatum* et du *jus publicum* dans les œuvres des anciens juristes français », *op. cit.*, pp. 14-15.

« d'État que privé, personnel et patrimonial »¹⁷ et où les prérogatives de puissance publique, comme la justice, sont des « objets d'appropriation privée »¹⁸.

6. La notion romaine ne réémergera que lors de la redécouverte, dans l'Italie du XII^e siècle, du *Corpus juris civilis* (qui contient les *Institutes* et le *Digeste*)¹⁹. Alors que les premiers glossateurs s'intéressent au critère de l'objet pour distinguer les deux « parties » de l'étude du droit (chose publique ou chose privée), des auteurs comme Azon ou Accurse préféreront, dès le XIII^e siècle, un critère lié aux fins poursuivies par la règle en systématisant la notion d'*utilitas* déjà présente chez Ulpian²⁰. La discussion se limitera cependant au plan théorique et ne pénétrera pas le droit positif avant plusieurs siècles²¹. Même dans les cénacles intellectuels, les commentateurs du texte romain se focalisaient moins sur la distinction entre droit privé et droit public que sur celles entre droit et équité, entre droit des gens et droit civil et, surtout, entre droit commun (le *ius commune* des Compilations) et droit particulier des cités (le *ius proprium* visant la loi, la coutume et la « jurisprudence » au sens de science des juristes). C'était donc, davantage que le contenu du droit, sa source qui importait, ou encore sa forme (distinction entre droit écrit et droit non écrit). Plus généralement, les juristes de l'époque préféreraient insister sur l'unité du droit que sur sa division²².

Cette circonstance était sans doute renforcée par le fait que la doctrine romaine était essentiellement une doctrine privatiste²³. Le *Corpus* ne consacrait guère de longs développements quant à la nature, l'origine et l'étendue du pouvoir du prince, mais, tout au plus, contenait des maximes du type : *princeps legibus solutus est*. Il n'est dès lors pas surprenant que, quand les juristes ont tenté de développer des règles propres au roi ou de régler des problèmes d'administration et de gouvernement en s'inspirant des textes de Justinien, ils aient puisé dans les chapitres concernant le droit des personnes, des biens, des contrats ou des obligations. Dès lors qu'il n'y avait pas séparation, mais unité du droit, il était normal de transposer à l'État, moyennant quelques ajustements, des règles qu'on attribue aujourd'hui au droit privé²⁴. G. Giordanengo explique ainsi comment les règles en matière de tutelle ont inspiré le

¹⁷ B. BARRAUD, « Droit public-droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio* ? », *op. cit.*, pp. 1108-1109.

¹⁸ J.-L. THIREAU, « Le droit public dans la doctrine française du XVI^e et du début du XVII^e siècle », *op. cit.*, p. 82.

¹⁹ L.-A. BARRIERE, « Une approche historique de la *summa divisio* droit public-droit privé », *op. cit.*, p. 10.

²⁰ J.-L. THIREAU, « Le droit public dans la doctrine française du XVI^e et du début du XVII^e siècle », *op. cit.*, p. 79.

²¹ G. CHEVRIER, « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du *jus privatum* et du *jus publicum* dans les œuvres des anciens juristes français », *op. cit.*, pp. 8-9.

²² L.-A. BARRIERE, « Une approche historique de la *summa divisio* droit public-droit privé », *op. cit.*, pp. 12-13;

G. GIORDANENGO, « De l'usage du droit privé et du droit public au Moyen Âge », *op. cit.*, pp. 5-11.

²³ J.-L. THIREAU, « Le droit public dans la doctrine française du XVI^e et du début du XVII^e siècle », *op. cit.*, p. 85.

²⁴ G. GIORDANENGO, « De l'usage du droit privé et du droit public au Moyen Âge », *op. cit.*, p. 5. Dans le même sens, voy. A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, trad. par G. et J. Bouffartigue, Belin, 2008, p. 539.

droit d'intervention de l'État sur les communautés d'habitants ou comment la notion de mandat a été utilisée pour traiter de questions de représentation²⁵.

7. En un mot comme en cent, la *summa divisio* entre le droit privé et le droit public brille par son absence durant la période médiévale, au point que M. Troper conclut qu'il « est tout à fait impossible de faire cette distinction pour le Moyen Âge »²⁶.

Section 2

L'émancipation du droit public

8. Si le droit privé a donc fortement influencé le domaine actuellement qualifié de droit public, l'autonomisation de ce dernier résulte avant tout de la volonté royale de renforcer son autorité et de se protéger, ainsi que ses proches, du droit commun. À partir du XIII^e siècle se met ainsi en place un *corpus* juridique dérogeant au droit privé pour les institutions de la Couronne, puis de l'État, à partir de règles éparses²⁷. Il convient cependant d'insister sur le fait que, si des règles de droit public émergent, les compilations de l'époque n'étaient pas organisées selon la division droit privé/public, mais consistaient en un exposé du droit civil considéré comme un droit général au sein duquel les droits de l'empereur et de la *res publica* étaient décrits comme des droits dérogoires. Ni les droits royaux ni les droits du fisc ou le statut des officiers ne constituaient un véritable droit public opposé au droit privé. Jusqu'à la fin du XV^e siècle, « l'idée même d'un droit public autonome » fait encore défaut²⁸.

9. Au XVI^e siècle, apogée de la Renaissance, toutes les conditions semblaient réunies pour que la distinction entre droit privé et droit public s'impose en tant que principe juridique fondamental et que le second puisse acquérir un statut de science autonome. En effet, avec l'apparition de l'État moderne, l'administration se développe en même temps qu'un droit spécifique pour les officiers royaux (ancêtres de la fonction publique), l'inaliénabilité du domaine

²⁵ G. GIORDANENGO, « De l'usage du droit privé et du droit public au Moyen Âge », pp. 8-9. Et de citer également l'adage de droit successoral « Le mort saisit le vif », qui a permis de consacrer, au temps de Charles V, l'instantanéité de la succession royale.

²⁶ M. TROPER, « L'opposition public-privé et la structure de l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 189. B. BARRAUD affirme pour sa part que cette distinction n'a « en aucun instant été une réalité matérialisée par les règles positives », que ce soit « durant l'Antiquité, au début de l'ère chrétienne ou au Moyen Âge » (« Droit public-droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio* ? », *op. cit.*, p. 1109).

²⁷ L.-A. BARRIERE, « Une approche historique de la *summa divisio* droit public-droit privé », *op. cit.*, pp. 10-13. Comme le relève B. Barraud, il a fallu « attendre que le pouvoir royal parvienne à s'émanciper de la sphère du droit privé pour que le droit public, dérogoire par essence, puisse se développer » (B. BARRAUD, « Droit public-droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio* ? », *op. cit.*, pp. 1108-1109).

²⁸ G. GIORDANENGO, « De l'usage du droit privé et du droit public au Moyen Âge », *op. cit.*, pp. 5 et 11.

de la Couronne devient une loi fondamentale et la notion de souveraineté est théorisée par Jean Bodin²⁹.

Et pourtant, alors que l'existence d'un droit public distinct du droit privé est connue, l'expression même demeure rare dans les ouvrages et sa définition, fort imprécise. Des auteurs comme Cujas ou Doneau citaient la distinction, dès lors qu'elle était reprise du *Corpus juris civilis*, mais ne la développaient guère dans leurs écrits³⁰. Les mentions « droit public » sont également peu courantes chez les « juristes coutumiers », pourtant moins obnubilés par les textes de Justinien³¹. Même chez Bodin, l'expression de « droit public » n'est mentionnée qu'une fois dans la préface des six livres de la République : « Car ceux qui depuis en ont écrit à vue de pays, et discouru des affaires du monde sans aucune connaissance des lois, et [pareillement] du droit public, qui demeure en arrière pour le profit qu'on tire du particulier, ceux-là dis-je ont profané les sacrés mystères de la Philosophie politique [...] »³². Il est vrai que l'objectif du juriste français était moins de théoriser une branche du droit positif opposée au droit privé que de renforcer le pouvoir royal³³.

10. Il existe cependant quelques exceptions à cette discrétion terminologique. Charles Du Moulin évoque, dans son commentaire de la coutume de Paris, la *summa divisio juris* qui impose, notamment, d'éviter d'exporter un argument de droit public (redevances fiscales dues au souverain) à un domaine du droit privé (redevances dues au seigneur, alors de nature privée)³⁴. Dans ses *Pandectes du droit français*, publiés en 1596, Louis Charondas Le Caron fait de la distinction la *summa divisio* du droit. Il est le premier à l'utiliser pour construire le plan de son ouvrage : le premier livre est consacré aux droits de la puissance souveraine, le deuxième au droit privé³⁵.

²⁹ J.-L. THIREAU, « Le droit public dans la doctrine française du XVI^e et du début du XVII^e siècle », *op. cit.*, p. 77. Et de relever que ces éléments « ont contribué à dégager l'idée d'un statut propre à l'État, à ses prérogatives, à ses biens, prêt à se couler dans ce cadre préétabli, mais jusque-là encore presque vide, du droit public » (*Ibid.*, p. 76). Pour B. Barraud, il ne fait aucun doute que Bodin, en élaborant sa théorie de la souveraineté, « a largement participé de l'affirmation du besoin d'un droit public dérogoire » (« Droit public- droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio* ? », *op. cit.*, p. 1110).

³⁰ J.-L. THIREAU, « Le droit public dans la doctrine française du XVI^e et du début du XVII^e siècle », *op. cit.*, p. 77.

³¹ *Idem*. Encore au XVI^e siècle, écrit cet auteur, on « peut voir dans l'attachement à la conceptualisation du jus civil l'un des principaux obstacles à l'affirmation d'un droit public autonome » (*Idem*).

³² J. BODIN, *Les six livres de la République*, abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583 édité par G. Mairet, Coll. « Les classiques des sciences sociales », p. 80. Dans son *Exposé de droit universel*, le célèbre juriste intègre dans le droit public la protection des choses sacrées (vestige romain), l'édition des lois, la nomination des magistrats, le conseil politique, le droit de faire la guerre ou la paix, la justice pénale et la procédure et, dans le droit privé, ce qui concerne les différents corps, les villes, les familles ou les particuliers (J.-L. THIREAU, « Le droit public dans la doctrine française du XVI^e et du début du XVII^e siècle », *op. cit.*, p. 82).

³³ D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, v^o « Droit privé, droit public ».

³⁴ J.-L. THIREAU, « Le droit public dans la doctrine française du XVI^e et du début du XVII^e siècle », *op. cit.*, p. 77. Cet auteur relève cependant que la distinction n'a pas été mise en œuvre par Du Moulin dans ses autres écrits.

³⁵ L.-A. BARRIERE, « Une approche historique de la *summa divisio* droit public-droit privé », *op. cit.*, p. 14.

11. Malgré cette timide évolution, la distinction reste cantonnée dans le champ scientifique et, si *divisio* il y a, elle n'est certainement pas encore *summa*³⁶. En réalité, la grande majorité des juristes du XVI^e siècle percevaient toujours le droit comme une discipline unitaire, dans ses sources comme dans ses méthodes³⁷. J.-L. Thireau relève que certaines évolutions annonçaient cependant l'accès du droit public à l'autonomie. Outre l'émergence du droit français, davantage coutumier et remettant en cause la suprématie intellectuelle du droit romain et de ses sources privatistes, l'auteur souligne l'impact du progrès de l'idée de droit subjectif sur le droit public. Jusqu'alors, le droit se déterminait surtout en fonction des objets sur lesquels il portait et non en fonction des personnes qui exerçaient des droits sur les choses. L'influence de la subjectivation du droit sur le droit public se marque particulièrement chez Hugues Doneau, qui a voulu mettre les lois romaines en système en partant de l'idée que chacun est titulaire de droits qui lui sont propres, non seulement les personnes privées, mais aussi les personnes morales comme l'État ou la Cité³⁸. Il distinguait ainsi les *jura sua in persona* des particuliers (droit à la vie, droit à la liberté et à l'honneur, droit de propriété), les *jura sua in persona* de l'État et des collectivités publiques (le pouvoir de faire la guerre, mais aussi la faculté de contrôler les mariages et la procréation des enfants) et les *jura in rebus externis* (comme le fisc). Chez Doneau, c'est donc moins la finalité de la règle que la nature des personnes auxquelles se rattache le droit subjectif qui importe : droit public, s'il s'agit du droit de l'État, droit privé, s'il s'agit d'un droit du particulier³⁹. Ce déplacement de l'objet vers le sujet, propre à la pensée juridique moderne, confère une certaine rigidité à la distinction entre droit public et droit privé⁴⁰.

12. Ce n'est qu'à partir du XVII^e siècle que la distinction entre droit public et droit privé commencera à s'imposer en doctrine⁴¹. Loyseau en fait « la principale partie de la division du droit » et défend l'idée que le droit public devrait faire l'objet de la science du droit (alors dénommée « jurisprudence »), et pas

³⁶ B. BARRAUD, « Droit public-droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio*? », *op. cit.*, p. 1109.

³⁷ J.-L. THIREAU, « Le droit public dans la doctrine française du XVI^e et du début du XVII^e siècle », *op. cit.*, p. 83.

³⁸ J.-L. THIREAU, « Le droit public dans la doctrine française du XVI^e et du début du XVII^e siècle », *op. cit.*, pp. 84-85.

³⁹ *Ibid.*, pp. 86-91.

⁴⁰ Comme l'écrit J.-L. Thireau, « aux critères encore imprécis de ses prédécesseurs, à la délimitation très perméable qu'ils établissaient entre ces deux catégories et à leur propension à passer insensiblement de l'une à l'autre, se substitue une séparation que son fondement exclusif dans la nature radicalement opposée des titulaires respectifs de ces différents droits rend bien plus profonde » (*Ibid.*, p. 92).

⁴¹ O. BEAUD, « La distinction entre droit public et droit privé : un dualisme qui résiste aux critiques », *op. cit.*, p. 23; G. CHEVRIER, « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du *jus privatum* et du *jus publicum* dans les œuvres des anciens juristes français », *op. cit.*, 1952, p. 49. Ce second auteur relève qu'à la fin du XVI^e siècle, il existe toujours une division tripartite entre le droit royal, le droit seigneurial (« zone mixte ») et le droit des particuliers et que ce n'est que durant les deux siècles suivants que cette division va disparaître (*Ibid.*, p. 9).

uniquement de la « science du Politique »⁴². Pierre de L'Hommeau ouvre ses *Maximes générales du droit français*, publiées en 1610, par un exposé des droits royaux énoncé sous la forme de vingt-deux maximes inspirées de Bodin, notamment : « Le Roy de France tient la Justice de Dieu, et les Seigneurs et magistrats la tiennent du Roy » ou encore : « Le domaine de la Couronne de France est inaliénable et imprescriptible »⁴³. Il faudra cependant attendre la fin du XVII^e et le début du XVIII^e siècle pour voir apparaître les premiers ouvrages dont le titre se réfère expressément au droit public avec le *Droit public de la France* de l'abbé Fleury, *Le droit public* de Domat⁴⁴ et l'*Essai d'une institution au Droit public* de d'Aguesseau, et encore davantage pour qu'il fasse l'objet d'un enseignement universitaire⁴⁵.

L'expression « droit public » n'est toutefois pas encore unanimement admise, comme en témoigne la publication par Montesquieu, en 1748, de son fameux *De l'esprit des lois*. Il y distingue encore le droit « politique », qui concerne les « lois dans le rapport qu'ont ceux qui gouvernent avec ceux qui sont gouvernés » et le droit privé, qui comprend les lois « dans le rapport que tous les citoyens ont entre eux »⁴⁶. Non sans ironie, le juriste français juge « ridicule de prétendre décider des droits des royaumes, des nations et de l'univers, par les mêmes maximes sur lesquelles on décide entre particuliers d'un droit pour une gouttière [...] »⁴⁷. Et d'énoncer, dans le chapitre relatif à la Constitution d'Angleterre⁴⁸, sa célèbre théorie de la séparation des pouvoirs : « Tout serait perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçait ces trois pouvoirs : celui de faire des

⁴² Ch. LOYSEAU, « Dédicace au chancelier Brulard », in *Les Cinq Livres du droit des offices avec le livre des seigneuries et celui des ordres*, Éd. Abel Langelier, 1613.

⁴³ J.-L. THIREAU, « Le droit public dans la doctrine française du XVI^e et du début du XVII^e siècle », *op. cit.*, p. 88. La 7^e maxime, selon laquelle « [l]e Royaume de France ne tombe en quenouille ni en partage » doit se comprendre comme interdisant aux femmes d'accéder au trône, la quenouille étant un instrument de filage féminin.

⁴⁴ J. Domat distinguait ainsi « deux sortes de lois ; la première est de celles qui regardent l'ordre public du gouvernement, comme sont les lois qu'on appelle les lois de l'État qui règlent les manières dont les princes souverains sont appelés au gouvernement, ou par succession ou par élection ; celles qui règlent les distinctions et les fonctions des charges publiques, pour l'administration de la justice, pour la milice, pour les finances et de ces charges qu'on appelle municipales ; celles qui regardent les droits du prince, son domaine, ses revenus, la police des villes et tous les autres règlements publics ; la seconde est de ces lois qu'on appelle le droit privé qui comprend les lois qui règlent entre les particuliers, les conventions, les contrats de toute nature, les tutelles, les prescriptions, les hypothèques, les successions, les testaments et les autres matières semblables » (« *Traité des Lois* », in *Œuvres complètes*, t. I, Paris, Firmin-Didot, 1828, Ch. XI, § 40).

⁴⁵ J.-L. THIREAU, « Le droit public dans la doctrine française du XVI^e et du début du XVII^e siècle », *op. cit.*, pp. 73-74. G. Chevrier relève que les cours de droit public ne feront, sporadiquement, l'objet d'un enseignement qu'à partir de la seconde moitié du XVIII^e siècle (« Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du *jus privatum* et du *jus publicum* dans les œuvres des anciens juristes français », *op. cit.*, p. 65).

⁴⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 2008, Liv. I, chap. III.

⁴⁷ *Ibid.*, Liv. XXVI, chap. XVI.

⁴⁸ Cette précision n'est pas inutile dès lors que ce chapitre a été inspiré par les écrits de Locke et que les auteurs anglais ont souvent considéré que Montesquieu avait mal compris sa conception de la séparation des pouvoirs.

lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers»⁴⁹.

13. La Révolution française va, incontestablement, contribuer à renforcer l'importance de la distinction entre droit public et droit privé en supprimant les corps intermédiaires pour ne laisser subsister que l'État et les individus⁵⁰. Dans un contexte imprégné des théories du droit naturel et du contrat social, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 rappelle, en son article 2, que le «but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme», que sont «la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression», mais également, influence de Rousseau oblige, que la «[l]oi est l'expression de la volonté générale» (art. 6). Selon E. Picard, il s'agit d'un texte de droit privé en tant qu'il proclame la liberté «subjective, originaire et fondatrice», mais également de droit public en ce qu'il «érige des institutions et organes collectifs chargés de conserver et [de] garantir la liberté»⁵¹. Quelques années plus tard, Kant reprendra et développera l'idée selon laquelle le droit privé est l'état de nature qui, dans l'état social, doit être garanti par le droit public⁵². Le philosophe allemand écrit ainsi que la «division suprême du droit naturel ne peut être [...] celle du droit naturel et du droit social, mais celle du droit naturel et du droit civil; le premier de ces droits est dit le droit privé et le second le droit public»⁵³.

Ce changement de conception est tout sauf anodin. En effet, s'il était acquis, dans la France du XVII^e siècle, que des règles spécifiques devaient s'appliquer à l'État, c'était moins en vertu des obligations qui lui étaient imposées à l'égard des individus qu'en raison des prérogatives reconnues au souverain dans la conception absolutiste de Bodin. À partir de la Révolution française, le discours change et il est désormais acquis que la justification première de l'État est de garantir les droits naturels de l'homme. À la différence des systèmes de *common law*⁵⁴, cependant, l'insistance sur la notion de volonté générale héritée de Rousseau donne une légitimation particulière à l'État qui apparaît déterminante dans le paradigme français et

⁴⁹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 2008, Liv. XI, chap. VI, pp. 244-256.

⁵⁰ L.-A. BARRIERE, «Une approche historique de la *summa divisio* droit public-droit privé», *op. cit.*, p. 18.

⁵¹ E. PICARD, «Pourquoi certaines branches du droit échappent-elles à la *summa divisio* ?», *op. cit.*, p. 82. Il écrit encore que la période contemporaine lit cette déclaration «comme si elle instituait la souveraineté en tant que pouvoir initial et affranchi de toute condition» alors qu'«au contraire, et selon ses dispositions mêmes, c'est la liberté nécessairement privée qui s'impose d'abord à la puissance publique» (*Ibid.*, p. 81).

⁵² B. BARRAUD, «Droit public-droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio* ?», *op. cit.*, p. 1110; M. TROPER, «L'opposition public-privé et la structure de l'ordre juridique», *op. cit.*, p. 190.

⁵³ E. KANT, *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, trad. par A. Philonenko, Paris, Vrin, 1993, p. 116.

⁵⁴ Il est intéressant de relever que, dans la Déclaration américaine d'indépendance de 1776, elle-même influencée par Locke et qui a inspiré le texte français, on retrouve l'idée selon laquelle les gouvernements sont établis pour garantir les droits inaliénables des hommes, tels que la liberté, mais aucune référence à la volonté générale.

justifie son statut particulier de défenseur de l'intérêt général. On va le voir, néanmoins, le discours philosophique n'a pas suffi à transformer, du jour au lendemain, le paradigme d'un pouvoir étroitement associé à l'arbitraire du prince, qui sera incarné par Napoléon et bénéficiera de la méfiance généralisée à l'égard du pouvoir judiciaire⁵⁵.

Section 3

L'accession au statut de *summa divisio*

14. Il faudra en réalité attendre le XIX^e siècle pour identifier, tant dans le droit positif que dans la doctrine française unanime, deux systèmes de règles indépendants et possédant chacun ses caractères propres, relatifs respectivement aux particuliers et à l'État⁵⁶. Cette consécration de la *summa divisio* ira de pair, en France, avec le développement, à partir d'une situation d'immunité de l'administration (§ 1^{er}), d'un droit administratif autonome, progressivement soumis aux garanties juridictionnelles dignes d'un État de droit (§ 2). En Belgique, la volonté initiale de se départir des dérives originaires du système français aboutira, paradoxalement, à une impunité quasi complète de l'administration (§ 3).

§ 1^{er}. L'immunité de l'administration

15. Les commentateurs du XIX^e siècle présentent tous leurs ouvrages en annonçant, juste après la distinction entre droit naturel et droit positif, celle séparant droit privé et droit public, non sans constater que la science du droit public n'est pas aussi développée que celle du droit privé⁵⁷. C'est donc assez logiquement que l'enseignement du droit français reste focalisé sur le Code civil de Napoléon⁵⁸. Et pourtant, ce serait une erreur de faire l'impasse sur cette période charnière de l'histoire de France que constitue, pour le développement du droit administratif français et, plus fondamentalement, des conceptions française et, par la suite, belge du droit public, l'enchaînement de la Révolution française et du règne napoléonien.

⁵⁵ Méfiance qui n'est pas neuve. Qu'il suffise de citer la phrase attribuée au chancelier Séguier : « Dieu nous préserve de l'équité des Parlements » ou l'Édit de Saint-Germain-en-Laye du 8 février 1641 « qui défend aux parlements et autres cours de justice de prendre à l'avenir connaissance des affaires d'état et d'administration [...] ». Ces « parlements » étaient des juridictions selon l'expression consacrée, la volonté royale était d'éviter que les juges ordinaires ne mettent « la Couronne au greffe » (M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office : pour une relecture civile et judiciaire à l'aide du droit commun de l'exécution*, Bruges, la Charte, 2001, p. 36).

⁵⁶ B. BARRAUD, « Droit public-droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio*? », *op. cit.*, pp. 1110-1111; M. TROPER, « L'opposition public-privé et la structure de l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 190.

⁵⁷ Au point, précise L.-A. Barrière, que cette distinction a « pu paraître opposer pendant une bonne partie du siècle un droit achevé à un droit en cours de construction » (« Une approche historique de la *summa divisio* droit public-droit privé », *op. cit.*, pp. 20-22 et les références citées en note 88 de l'article cité).

⁵⁸ B. BARRAUD, « Droit public-droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio*? », *op. cit.*, p. 1111.

16. Au cœur de ce tournant se trouve la méfiance révolutionnaire à l'égard des juges, héritée de l'Ancien Régime et des écrits de Montesquieu⁵⁹, et renforcée par la conviction que la plupart des magistrats étaient réfractaires aux idées de la Révolution⁶⁰. Dans son *Discours à l'Assemblée nationale* à la séance du 24 mars 1790, ouvrant la discussion sur l'organisation judiciaire, Thouret déclarait ainsi que, «si la Nation doit s'honorer de la vertu de quelques Magistrats bons patriotes, une foule de faits malheureusement incontestables annonce que le plus grand nombre résiste encore à se montrer citoyen, et qu'en général, l'esprit des grandes Corporations judiciaires est un esprit ennemi de la régénération»⁶¹. Le décret des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire consacrera la nécessité de tenir les cours et tribunaux aussi à l'écart que possible de l'action des autres pouvoirs. Le titre II défend ainsi aux tribunaux d'empêcher «ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture» (art. 10) et précise que les «juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions» (art. 13). C'est peu connu mais ce décret, dont notre ordre juridique a hérité, n'en a disparu qu'avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1969, de l'article 2 de la loi du 10 octobre 1967 contenant le Code judiciaire.

17. Napoléon a ensuite confié le contentieux administratif au Conseil d'État et aux conseils de préfecture qui étaient essentiellement une émanation de l'exécutif⁶². Les procédures devant ces autorités administratives, privées d'indépendance, ne présentaient des garanties ni de publicité ni de débat contradictoire⁶³. L'immunité de l'administration était encore servie par deux éléments : d'une part, la quasi-impunité des agents de l'État et, d'autre part, le conflit d'attributions. L'article 75 de la Constitution de l'an VIII disposait que les «agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis, pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État». Cela signifiait, en pratique, que les agents administratifs

⁵⁹ Voy. *supra*, § 13.

⁶⁰ G. Jèze évoque «l'influence de ce préjugé dominant chez les gouvernants, dans l'administration et même chez la plupart des juristes, que les agents judiciaires sont les ennemis nés des agents administratifs, qu'il y a toujours à craindre leurs tentatives de compromettre la chose publique par leur intervention – malveillante ou tout au moins inconsidérée – dans la marche normale de l'administration» (*Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Berger-Levrault et Cie, 1904, p. 139).

⁶¹ Discours à l'Assemblée nationale à la séance du 24 mars 1790, ouvrant la discussion sur l'organisation judiciaire, pp. 13-14.

⁶² L.-A. BARRIÈRE, «Une approche historique de la *summa divisio* droit public-droit privé», *op. cit.*, p. 19. La dualité juridictionnelle date toutefois de 1790 (B. BARRAUD, «Droit public-droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio*?», *op. cit.*, p. 1112).

⁶³ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, *op. cit.*, p. 122.

étaient soustraits à tout contrôle juridictionnel⁶⁴. Quant au conflit d'attributions, il était tranché par les autorités administratives. Selon G. Jèze, la façon dont cette « arme précieuse » fut maniée jusqu'à la fin du Premier Empire (abdication de Bonaparte) « fut un véritable scandale » dès lors qu'elle permettait aux agents administratifs « de dépouiller brutalement, sans explication, les tribunaux judiciaires d'une affaire dont ils étaient saisis, et même d'interdire qu'une affaire fût portée devant eux », voire, dans certains cas, « de remettre en question, en élevant le conflit, des jugements en dernier ressort et arrêts rendus par les tribunaux de première instance, par les cours d'appel et même par la Cour de cassation »⁶⁵.

18. En 1904, G. Jèze résumait dans un texte sans concession les éléments qui ont présidé à la séparation des autorités administrative et judiciaire, à savoir le désir de soustraire les actes de l'administration à tout contrôle juridictionnel et « la volonté des gouvernants d'avoir dans la main une arme capable de briser toutes les résistances opposées au nouvel état des choses ». Il concluait en ces termes : « La raison d'État, cette formule commode du pouvoir arbitraire, voilà l'origine incontestable du système français moderne »⁶⁶.

§ 2. La juridictionnalisation et l'autonomisation du droit administratif français

19. Au fil du XIX^e siècle, cependant, et sous la pression notamment de l'opinion publique, les actes de l'administration ont été soumis à un contrôle

⁶⁴ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., p. 125.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 128. Et de préciser que les « agents administratifs, dans leur arbitraire véritablement inouï, ne contrèrent aucune résistance chez les agents judiciaires » qui, après la Révolution, « ont montré une humilité sans limite[s] et une soumission servile » (*Ibid.*, p. 126). En 1828, le Duc De Broglie qualifiait la justice administrative de « justice de cadî ou de pacha », dans laquelle des juges qui n'étaient ni inamovibles ni indépendants se prononçaient dans des formes impropres à une justice digne de ce nom sur des questions qui auraient dû être soumises à des juridictions ordinaires. Il dénonçait d'innombrables « empiètements » et de « fréquentes » et « diverses invasions sur le domaine de la justice », qu'il expliquait par la « situation violente » dans laquelle se sont trouvés les gouvernements qui, de 1790 à 1800, ont pris la direction des affaires et qui « les a contraints d'user de tous les moyens pour soustraire leurs actes, de quelque nature qu'ils fussent, aux regards du public et aux procédés réguliers de la justice » (V. DE BROGLIE, « Qu'est-ce donc que la justice administrative ? Compte rendu du livre de L.A. Macarel, *Des tribunaux administratifs* », *Revue française*, 1828, n° 6, p. 122). On le verra, cet article ne manquera pas d'influencer le constituant belge.

⁶⁶ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., pp. 120-148 et spéc. p. 122 (et les nombreuses références citées). Un constat comparable est effectué par le célèbre juriste anglais A. V. Dicey, qui consacre, à la même époque, un chapitre de 75 pages au droit administratif français dans son *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, véritable classique du droit constitutionnel anglais. Il y annonce d'emblée son objectif, à savoir « traiter du droit administratif dans la mesure où ses principes fondamentaux entrent en conflit avec les conceptions anglaises modernes de la *rule of law*, et en particulier montrer comment il a toujours accordé, et accorde toujours, une protection ou des privilèges particuliers aux fonctionnaires de l'État » (A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8^e éd., Macmillan & Co, 1927, pp. 324-401). L'ouvrage a été publié pour la première fois en 1885.

croissant. D'une part, pratique et doctrine ont défendu une interprétation restrictive du principe de la séparation des juridictions administrative et judiciaire, permettant de réduire le nombre des affaires soustraites aux tribunaux judiciaires et, d'autre part, les garanties juridictionnelles (publicité, débat contradictoire, indépendance des juges) ont progressivement été transposées au contentieux administratif. En 1870, l'article 75 de la Constitution a été abrogé et, deux ans plus tard, le conflit d'attributions a été confié au Tribunal des conflits qui comprenait, outre le garde des Sceaux (à savoir le ministre de la Justice, qui présidait), trois conseillers d'État, trois conseillers à la Cour de cassation et deux membres élus par la majorité des autres juges⁶⁷. Cette évolution n'avait pas échappé au juriste anglais A. V. Dicey lorsqu'il décrivait la «juridictionnalisation» du droit administratif français au XIX^e siècle, qu'il qualifiait de «phénomène le plus surprenant et le plus digne d'intérêt de l'histoire du droit français» qui a pu enfin rencontrer «les exigences d'une société moderne et démocratique»⁶⁸.

20. Cette juridictionnalisation du droit administratif est allée de pair avec son autonomisation, les auteurs s'accordant pour dire qu'il ne s'est véritablement développé, par la voie prétorienne, que lors du dernier tiers du XIX^e siècle⁶⁹. Cette évolution résulte de plusieurs facteurs, d'ordres tant jurisprudentiel que doctrinal et législatif.

21. La doctrine française tend, à cet égard, à marquer d'une pierre blanche, dans l'histoire de l'émancipation du droit public, le fameux arrêt *Blanco* rendu le 8 février 1873 par le tribunal des conflits⁷⁰. Dans cette décision célèbre, la jeune juridiction a décidé que «la responsabilité qui peut incomber à l'État du fait des services publics ne peut être régie par les principes établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier; que cette responsabilité n'est ni générale ni absolue; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés [...]»⁷¹. Par son arrêt *Cadot* du 13 décembre 1889,

⁶⁷ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., pp. 120-133. Et l'auteur de relever qu'en 1904, l'évolution n'était pas terminée : «les administrés n'ont pas encore obtenu l'inamovibilité du juge administratif; mais la conscience publique la réclame; et il n'est pas téméraire d'affirmer que les gouvernants finiront par l'accorder» (*Ibid.*, p. 121). Il faudra cependant attendre que le législateur, poussé par le Conseil constitutionnel, adopte la loi n° 86-14 du 6 janvier 1986 fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel. En outre, ce n'est que par une loi du 16 février 2015 qu'il a été mis fin à la présidence du garde des Sceaux, le tribunal des conflits n'étant désormais plus constitué que de magistrats issus du Conseil d'État et du pouvoir judiciaire.

⁶⁸ A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, op. cit., pp. 326 et 389 (traduction libre).

⁶⁹ B. BARRAUD, «Droit public-droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio*?», op. cit., p. 1114.

⁷⁰ A. LANG, «Le point de vue d'une publiciste», in B. BONNET et P. DEUMIER (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé?*, op. cit., p. 32.

⁷¹ Tr. des conflits, arrêt *Blanco* du 8 février 1873, n° 00012, disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

le Conseil d'État français s'est, pour sa part, autoproclamé compétent pour connaître d'un recours en annulation dirigé contre une décision administrative, même à défaut de texte légal explicite⁷².

22. En 1887, Lafférière publie son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* qui va inaugurer, avec la publication en 1892 du *Précis de droit administratif et de droit public général* d'Hauriou, «l'âge d'or et classique du droit administratif», les notions de puissance publique et de service public marquant «l'affranchissement de l'emprise ancienne du droit civil et la mise au point des grandes constructions doctrinales»⁷³.

23. Enfin, le dernier élément déterminant est la division, opérée par un arrêté du 23 juillet 1896, de l'agrégation des facultés de droit en quatre sections distinctes : droit privé et criminel, droit public, histoire du droit et sciences économiques, et ce, malgré l'objection traditionnelle d'unicité de la science du droit. Ce sectionnement, relève L.-A. Barrière, «favorisa l'épanouissement de cultures spécifiques aux juristes de droit public et de droit privé, qui ont adopté des points de vue différents sur le phénomène juridique»⁷⁴.

24. À partir de là, la distinction entre droit privé et droit public et, surtout, l'autonomie du second ne seront plus guère remises en cause par la doctrine française. Il faut toutefois évoquer la thèse de Léon Duguit qui dénonçait, au début du xx^e siècle, la séparation absolue entre les deux branches du droit. Selon lui, une telle idée, qui «domine toute l'œuvre d'Hauriou», est de nature à favoriser «l'établissement d'une construction juridique de la toute-puissance étatique»⁷⁵. Le juriste français, qui «nie la personnalité de l'État», ne concevait pas «l'existence d'une règle distincte, par son fondement et par son objet, de celle qui s'applique aux rapports entre simples particuliers» et ne pouvait «comprendre que les gouvernants soient des individus d'une autre essence que les gouvernés». Pour lui, le droit public et le droit privé «doivent être étudiés avec le même esprit et la même méthode», car leurs lois «reposent

⁷² C.E. fr., arrêt du 13 décembre 1889, *Cadot, Rec. Lebon*, p. 1148.

⁷³ M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, *op. cit.*, pp. 13-14.

⁷⁴ L.-A. BARRIÈRE, «Une approche historique de la *summa divisio* droit public-droit privé», *op. cit.*, p. 24. Le rattachement du droit pénal au droit privé peut paraître curieux au juriste belge. Comme l'explique un juriste français, la raison le relie certes au droit public, mais il a été intégré au droit privé, «car il est appliqué par les tribunaux judiciaires» (O. BEAUD, «La distinction entre droit public et droit privé : un dualisme qui résiste aux critiques», *op. cit.*, pp. 24-25).

⁷⁵ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1927, pp. 683-685. On connaît la controverse qui l'oppose à Hauriou quant aux concepts de puissance publique et de service public. Selon Duguit, «[l]a notion de service public vient remplacer celle de souveraineté. L'État n'est plus une puissance souveraine qui commande; il est un groupe d'individus détenant une force qu'ils doivent employer à créer et à gérer les services publics. La notion de service public devient la notion fondamentale du droit public moderne» (*Les transformations du droit public*, Paris, Librairie Armand Colin, 1913, p. XIX).

sur le même fondement» et leurs actes «sont formés des mêmes éléments et ont au fond le même caractère»⁷⁶.

§ 3. Le droit public belge

25. L'histoire du droit public belge, et plus précisément de son droit administratif, ne fait pas l'objet d'une littérature aussi abondante qu'en France. Il faut dire que les ouvrages en la matière n'étaient pas légion au XIX^e siècle. Au début du siècle dernier, O. Orban écrivait ainsi qu'il était nécessaire de rechercher et d'étudier les règles de droit administratif : «Le travail, peut-on dire, n'a pas été entrepris, du moins dans son ensemble», même si la «jurisprudence fournit cependant de riches matériaux à exploiter»⁷⁷. En 1948, P. Wigny dénonçait un développement très lent et incomplet du droit administratif, en raison de l'absence d'un contentieux bien organisé, de la publication insuffisante de la jurisprudence administrative et d'une doctrine trop descriptive et peu informée. Tout en faisant part de son ambition de «dégager les théories générales qui dominent tout le droit administratif», il avouait fonder de grands espoirs dans la création récente d'un Conseil d'État⁷⁸.

26. Le droit public belge trahit une profonde ambiguïté à l'égard du droit français : l'influence conséquente de la doctrine française sur les juristes belges tranche, en effet, de façon frappante avec la volonté du constituant belge, inspiré par l'idée de la soumission de l'administration au droit et de son obligation de rendre des comptes aux administrés, de se démarquer de la conception française de la séparation des pouvoirs, dans laquelle «la puissance publique a son droit et ses juges»⁷⁹.

⁷⁶ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., pp. 685 et 713. Il admettait néanmoins la nécessité de distinguer les deux branches du droit pour des raisons didactiques et, surtout, en raison de la différence au niveau des sanctions (*Ibid.*, pp. 703 et 713). Selon lui, «le sujet actif n'a pas de voie d'exécution forcée contre l'État; il ne peut procéder à une exécution forcée qu'avec l'intervention de l'État, et celui-ci ne peut employer la contrainte matérielle contre lui-même [...]. L'État, maître de la puissance de contraindre, a le privilège de l'exécution préalable. Il est l'État; son but est de réaliser le droit; et lorsqu'il prétend l'existence d'une situation juridique à son profit, il est parfaitement légitime de lui reconnaître le bénéfice de l'exécution préalable, ce qu'Hauriou appelle exactement le bénéfice du préalable» (*Ibid.*, p. 712).

⁷⁷ O. ORBAN, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Librairie Albert Dewit, 1909, p. 8.

⁷⁸ P. WIGNY, *Principes généraux du droit administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1948, pp. 7-8. M. Nihoul relève, dans le même sens, que le droit administratif belge de 1830 à la Première Guerre mondiale se caractérise par la généralité des propos doctrinaux et la pauvreté de la jurisprudence, imputables à un interventionnisme limité de l'État et au contrôle quasi inexistant des pouvoirs publics par les juridictions ordinaires (*Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, op. cit., pp. 14-29).

⁷⁹ C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larquier, 1968, p. 13. Il souligne l'influence, sur le constituant belge, du texte précité du duc de Broglie, qui dénonçait en 1828 les dérives de la justice administrative française (voy. *supra*, note 65). Dans le même sens, M. Nihoul relève le contraste entre «l'emprise impressionnante du droit français» sur le droit public belge et le fait que la Constitution belge est «entièrement conçue en réaction contre le privilège et l'omnipotence institués en France au profit de l'administration, et largement pratiqués en Hollande» (*Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, op. cit., pp. 11-12). Selon

Plusieurs dispositions constitutionnelles témoignent de cette volonté belge d'émancipation : l'ancien article 24 (actuel art. 31)⁸⁰ affranchit de tout préalable les poursuites contre les fonctionnaires publics (à l'exception des membres de l'exécutif), en opposition claire avec l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. Les articles 92 et 93 (actuels art. 144 et 145) réservent au pouvoir judiciaire l'examen de toutes contestations portant sur des droits civils et (sauf exception) politiques sans égard à la qualité des parties. Enfin, le conflit d'attributions est attribué à la Cour de cassation (art. 106, actuel art. 158) et les juridictions du pouvoir judiciaire se voient confier la mission de n'appliquer « les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois » (art. 107, actuel art. 159).

27. C. Cambier en conclut que l'autonomie du droit administratif belge est relative et prend l'aspect d'un droit commun, qui connaît des « adaptations mesurées [...] aux exigences de la chose publique »⁸¹. Il admet cependant que son approche diffère nettement de celle d'autres auteurs comme Buttgenbach, Dembour, Mast et Wigny⁸².

Ainsi, pour A. Buttgenbach et M. Brundseaux-Liegeois, le droit administratif se distingue du droit privé en raison des prérogatives dont jouissent l'administration et non les personnes privées (possibilité d'imposer unilatéralement des obligations aux administrés sans passer par un juge), mais aussi des servitudes que n'ont pas les particuliers (obligation de respecter l'égalité des usagers du service) : l'État belge fait partie des pays « à régime administratif », donc, ceux dans lesquels « l'administration se trouve dans une situation exorbitante du droit commun qui, si elle comporte des servitudes, est très souvent aussi dans une situation privilégiée par rapport aux personnes privées »⁸³.

Selon P. Wigny, c'est la notion de service public « qui justifie un *droit spécial*, un droit administratif »⁸⁴. Quarante ans plus tôt, P. Orban expliquait les « différences fondamentales » entre la vie juridique de l'administration et

A.-L. Durviaux, le droit public moderne est marqué « par le souci de préserver les individus contre une mainmise trop grande et envahissante de l'État », mais constitue également une réaction contre les cercles privés d'influence (« Regard croisé sur la contractualisation du droit administratif de l'économie : illustration sur le thème des partenariats publics privés », *Rev. dr. ULB*, 2006, p. 208).

⁸⁰ « Nulle autorisation préalable n'est nécessaire pour exercer des poursuites contre les fonctionnaires publics, pour faits de leur administration. »

⁸¹ C. CAMBIER, *Droit administratif*, op. cit., pp. 13-14.

⁸² *Ibid.*, p. 14. Selon M. Nihoul, également, la Belgique connaît, à la différence du droit français, un droit administratif d'exception, mais il admet que la tendance « est de considérer que l'administration n'est pas soumise aux règles de droit civil » (p. 58) et que, à l'exception de Cambier, la plupart des auteurs de droit administratif soulignent sa spécialité, voire son autonomie (*Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, op. cit., pp. 50-104).

⁸³ A. BUTTGENBACH et M. BRUNDEAUX-LIÉGEOIS, *Manuel de droit administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1966, p. 5.

⁸⁴ P. WIGNY, *Principes généraux du droit administratif*, op. cit., p. 12.

celle des citoyens par le fait que l'activité de l'administration est « dominée par son rôle de puissance publique »⁸⁵. Ce rôle justifie également le caractère dérogoire du droit administratif : « Le but que l'Administration poursuit, les droits qu'elle possède et les intérêts généraux qu'elle représente, ainsi que son organisation spéciale nécessitent des dérogations au Droit commun »⁸⁶.

28. Le débat de l'influence française sur la conception belge du droit administratif s'invitera à la Cour de cassation à l'occasion d'une de ces affaires où l'importance relative du litige contraste singulièrement avec l'enjeu juridique essentiel qui le sous-tend. C'est en effet l'histoire de plantations de la société horticole *La Flandria* endommagées par la chute d'un arbre relevant du domaine public de la Ville de Bruges qui va donner lieu à l'un des arrêts les plus importants de notre ordre juridique. Il s'agissait de savoir si un particulier pouvait mettre en cause devant le juge judiciaire la responsabilité de l'État. Dans ses conclusions devenues célèbres, le procureur général Leclercq dénonçait la « maladie » dont souffrait la jurisprudence belge, concrétisée par la distinction opérée par la jurisprudence entre les deux personnes de l'État, agissant comme puissance publique ou en tant que personne privée⁸⁷. Selon l'éminent magistrat, le « microbe » provenait de la doctrine française de l'immunité de l'administration par rapport au pouvoir judiciaire, et cette influence néfaste était incompatible avec la réaction du constituant belge contre « l'organisation despotique sous laquelle la doctrine française écrivait »⁸⁸. Il affirmait ainsi résolument que le pouvoir exécutif était, « comme un particulier, soumis à la loi dont il a pour mission, dans les limites constitutionnelles, d'assurer le respect »⁸⁹. En effet, concluait-il, en Belgique, « gouvernants et gouvernés sont hommes de même essence »⁹⁰.

⁸⁵ O. ORBAN, *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Librairie Albert Dewit, 1909, p. 7.

⁸⁶ *Ibid.*, pp. 7-8. On retrouve, en quelque sorte, le passage du critère de la puissance publique à celui de service public, à l'instar de la controverse qui avait opposé, en France, Duguit (théoricien du service public) à Hauriou (théoricien de la puissance publique) quelques décennies plus tôt. Il est vrai que l'évolution de la société entraîne une transformation profonde de l'appareil administratif. À l'interventionnisme limité prôné par le libéralisme du XIX^e siècle succède l'avènement de l'État providence qui donne lieu à une extension des services, des contrôles et des gestions étatiques. À côté du droit social apparaît la sécurité sociale, les autorités publiques se multiplient, tout comme les modes d'administration, d'abord associés au pouvoir de commandement de la puissance publique, puis à la notion de service public (C. CAMBIER, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 15-17).

⁸⁷ Durant les premières années de l'État belge, le pouvoir judiciaire semblait pourtant résolu à exercer un certain contrôle de l'activité administrative, mais la jurisprudence relative à la double personnalité de l'État a pris l'avantage dans les années 1860 (M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, *op. cit.*, pp. 108-112 et les références citées). Comme le relève M. Nihoul, la conséquence de cette jurisprudence était « dramatique autant qu'absurde pour l'administré » dès lors qu'elle aboutissait à une véritable immunité de juridiction en Belgique là où, en France, au moins, les juridictions administratives étaient compétentes (*Ibid.*, p. 112).

⁸⁸ Conclusions du proc. gén. Leclercq avant Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, I, p. 196.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 199.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 221. On ne peut s'empêcher de faire le rapprochement avec les écrits précités de L. Duguit : « Je ne puis comprendre que les gouvernants soient des individus d'une autre essence que les gouvernés » (*Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 685).

Dans son arrêt *La Flandria* du 5 novembre 1920, la Cour de cassation a décidé qu'en confiant aux cours et tribunaux les « contestations qui ont pour objet des droits civils », le constituant avait entendu protéger « tous les droits civils » en n'ayant égard « ni à la qualité des parties contendantes, ni à la nature des actes qui auraient causé une lésion de droit, mais uniquement à la nature du droit lésé ». Le juge judiciaire est donc compétent pour connaître d'une demande en réparation d'un préjudice, même si l'auteur est « l'État, une commune, ou quelque autre personne du droit public, comme aussi au cas où la lésion serait causée par un acte illicite de l'administration publique »⁹¹. Aux termes d'une motivation, qui mérite d'autant plus d'être largement citée qu'elle est rarement aussi explicite, la haute juridiction précise en quoi le principe belge de la séparation des pouvoirs se distingue de la conception française. En France, « il est interdit aux corps judiciaires de juger les contestations où l'État et les autres personnes du droit public sont intéressés, la compétence judiciaire en matière civile étant réduite à la connaissance des litiges entre particuliers ». Or cette « séparation des pouvoirs », qui serait « née d'un sentiment de méfiance et de défaveur à l'égard des corps judiciaires, et qui permettrait à l'administration de disposer souverainement et sans recours de la personne et des biens des citoyens, n'a pas été consacrée dans la Constitution belge » qui, au contraire, a mis en place un régime « inspiré d'un sentiment de méfiance à l'égard des pratiques administratives des régimes antérieurs » et qui « vise à mettre les droits privés à l'abri des atteintes de l'administration et sous la sauvegarde du pouvoir judiciaire ». Et la cour d'insister qu'en vertu de ce régime qui « est à l'opposé du droit public de la Révolution française et de l'Empire », les gouvernants « sont, comme les gouvernés, soumis à la loi »⁹².

29. Selon M. Nihoul, l'arrêt *La Flandria* ne se contente pas d'établir la compétence judiciaire à l'égard des actes administratifs, il lui « assigne des règles de fond identiques à celles de particuliers » et « réalise la sujétion constitutionnelle et, par principe, de l'administration à l'ensemble du droit commun »⁹³. Il constate cependant avec amertume que ce message est passé inaperçu en doctrine et en jurisprudence de sorte qu'on ne peut soutenir aujourd'hui que les personnes de droit public sont entièrement soumises au droit commun à défaut de dérogation législative expresse⁹⁴. Nous reviendrons sur cette question fondamentale.

⁹¹ *Pas.*, I, p. 239.

⁹² *Idem.*

⁹³ M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, op. cit., p. 59.

⁹⁴ *Idem.*

Chapitre 2

Les débats contemporains relatifs à la distinction

30. La distinction entre droit public et droit privé présente actuellement, tant pour les juristes français que belges, un caractère d'évidence associé à l'impression qu'elle a toujours existé (ce qui est relativement vrai) et a toujours eu cette importance (ce qui est tout à fait inexact). Quoi qu'il en soit, elle n'a jamais manqué de susciter des débats qu'on peut, en prenant comme point de départ la fin de la Seconde Guerre mondiale, classer en trois questions visant à déterminer qui envahit qui (Section 1), comment distinguer entre les deux branches du droit (Section 2) et, surtout, quelles sont la légitimité et la portée de cette distinction (Section 3).

Section 1

Du dualisme au duel

31. L'histoire affectionne les effets de balancier. On ne sera donc pas surpris de constater que, alors que les derniers siècles avaient témoigné de la progressive, voire laborieuse, émancipation du droit public en tant que branche du droit et science autonomes, l'avènement de l'État providence et l'interventionnisme étatique croissant ont entraîné en France, après la Seconde Guerre mondiale, une célèbre controverse sur la menace que le droit public présenterait pour le droit privé. Ainsi, dès 1945, R. Savatier dénonçait ce qu'il qualifiait d'infléchissement du droit privé vers le droit public et qui résultait, en résumé, de la limitation des libertés individuelles causée par la multiplication, d'une part, de collectivités intermédiaires entre l'État et les individus (comme les syndicats), et, d'autre part, des lois impératives⁹⁵. Il n'hésitait pas à évoquer, non sans emphase, un droit public qui « étouffe le droit privé de ses tentacules » et les plages du Code civil sur lesquelles « une marée monte qui les submerge dans un droit public dominé lui-même de certaines idéologies »⁹⁶. H. Mazeaud contestait toute invasion du droit privé par le droit public. Selon lui, les « privatistes qui crient au déluge » dénonçaient en réalité la multiplication des lois impératives qui limitent la liberté contractuelle. Certes,

⁹⁵ R. SAVATIER, *Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., 1945, pp. 12-13. Tout l'ouvrage tend à mettre en évidence ces infléchissements et les limites qui ne pourraient être dépassées sans « mettre en péril les libertés essentielles de la personne humaine, dont le droit civil doit rester le rempart » (*Ibid.*, p. 13).

⁹⁶ R. SAVATIER, « Droit privé et droit public », *D.*, 1946, Chron., p. 26. Cinquante ans plus tard, le constat est réitéré par des auteurs français : « les lois impératives négatrices de la liberté individuelle se sont considérablement multipliées, consacrant ainsi une avancée indéniable du droit public » (B. STARCK, L. BOYER et H. ROLAND, *Introduction au droit*, 4^e éd., Paris, Litec, 1996, pp. 86-87).

admettait-il, mais les particuliers n'ont pas disparu pour autant : « Où est le droit public dans tout cela⁹⁷ ? »

J. Rivero distinguait pour sa part plusieurs « techniques de l'invasion ». S'il ne pouvait être question de conquête pure et simple du droit privé par le droit public, d'autres formes d'invasion pouvaient être identifiées, comme le protectorat (« si les techniques demeurent, l'esprit change : le souci de l'intérêt général remplace le seul souci du profit comme norme suprême »), l'encerclement ou l'action des cinquièmes colonnes⁹⁸.

32. Retour du balancier oblige, c'est en effet l'inquiétude inverse qui prévaut depuis quelques années. En France, certains auteurs dénoncent un véritable « recul du droit public » et observent une « progression sensible de l'empire du droit privé », ou encore un phénomène de « privatisation du droit administratif »⁹⁹, voire du droit public¹⁰⁰. En Belgique, le centre de droit public de l'ULB consacrait, il y a une dizaine d'années, un cycle de séminaires à la question de l'existence du droit public¹⁰¹. Dans son introduction à ces séminaires, P. Van Ommeslaghe rappelait les inquiétudes (non fondées) initiées par R. Savatier : « non seulement le droit privé n'est pas mort étouffé, mais l'on se demande actuellement s'il n'est pas devenu l'agresseur¹⁰² ! »

⁹⁷ H. MAZEAUD, « Défense du droit privé », *D.*, 1946, Chron., pp. 17-18. Dans le même sens, M. Miaille écrivait trente ans plus tard que « ce n'est pas parce que le droit privé est devenu plus impératif qu'il s'est transformé en droit public » (*Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976, p. 177).

⁹⁸ J. RIVERO, « Droit public et droit privé : conquête ou *statu quo* », *D.*, 1947, Chron., pp. 71-72. Il excluait par ailleurs la possibilité d'une « reconquête » du droit public par le droit privé, car celle-ci nécessiterait que, « dans les services publics traditionnellement gérés selon les règles du droit administratif, la personne publique tente un retour aux procédés du droit privé ». Et de conclure, confiant : « nous n'en sommes pas là, et il est peu probable que nous y allions, car on voit mal le procédé contractuel prenant, dans les services traditionnels, la relève du procédé autoritaire et de la décision exécutoire ». L'histoire ne lui a pas tout à fait donné raison...

⁹⁹ A. LANG, « Le point de vue d'une publiciste », *op. cit.*, p. 34. Dans le même sens, voy. O. BEAUD, « La distinction entre droit public et droit privé : un dualisme qui résiste aux critiques », *op. cit.*, p. 24. Voy. également les nombreuses références, tant françaises que, dans une moindre mesure, belges, faisant état de l'empiètement du droit public sur le droit privé citées dans P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, 2006, pp. 16-22.

¹⁰⁰ B. STARCK, L. BOYER et H. ROLAND, *Introduction au droit*, *op. cit.*, p. 86. M. Miaille relevait, vingt ans plus tôt, deux déplacements de la frontière entre droit privé et droit public : « l'un dans le sens favorable à la publicisation du droit, c'est le mouvement le plus apparent ; l'autre dans le sens de sa privatisation, c'est le mouvement réel » (*Une introduction critique au droit*, *op. cit.*, p. 177). Selon l'auteur, « [c]e mouvement de débordement par le droit privé n'est autre que la "privatisation de l'État", c'est-à-dire sa soumission de plus en plus grande aux intérêts de la classe sociale qui en occupe le sommet » (*Ibid.*, p. 178).

¹⁰¹ Dont les contributions ont été publiées dans le volume 2006 de la *Revue de la Faculté de droit de l'ULB*.

¹⁰² P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit public existe-t-il? », *op. cit.*, p. 27. Et de citer les contrats de gestion organisés par la loi du 21 mars 1991 entre l'État et les entreprises publiques autonomes, les concessions de services publics, le recours aux personnes morales de droit privé (pp. 47-59). Parmi les causes de cette tendance, on peut aussi pointer la remise en question de l'État providence qui est à la source du courant de « New Public Management » qui vise à aligner la gestion des autorités publiques sur le modèle des entreprises privées. L'origine « idéologique » du phénomène de contractualisation du droit administratif de l'économie témoigne d'une certaine perte de confiance envers la figure étatique, mais vise aussi « à remplir les impératifs budgétaires et financiers d'assainissement des finances publiques ainsi qu'à transférer des risques financiers

33. Ces querelles ne sont, du reste, pas neuves¹⁰³. Alors que, on l'a vu, Bodin déplorait au XVI^e siècle que le droit public «demeure en arrière pour le profit qu'on tire du particulier»¹⁰⁴, Portalis, Tronchet, Bigot-Prémameneu et Maleville dénonçaient, dans leur introduction au Code civil, les tendances expansionnistes du droit public : «On est emporté par le besoin de rompre toutes les habitudes, d'affaiblir tous les liens, d'écarter tous les mécontents. On ne s'occupe plus des relations privées des hommes entre eux : on ne voit que l'objet politique en général; on cherche des confédérés plutôt que des concitoyens. Tout devient droit public»¹⁰⁵.

Section 2

Les critères de distinction

34. Au début du XIX^e siècle, on comptait dix-sept opinions différentes sur la question de savoir quels critères utiliser pour distinguer le droit privé et le droit public¹⁰⁶. Actuellement, la doctrine limite le débat à quatre critères principaux.

35. Le premier, d'ordre utilitariste ou téléologique, tient à l'intérêt en jeu. On se souviendra qu'Ulpien estimait déjà que le droit privé concerne «les intérêts de chacun» et qu'il y a «des choses utiles à l'État et d'autres utiles aux particuliers»¹⁰⁷. Traduit dans les termes de l'État moderne, le droit public viserait l'intérêt général alors que le droit privé se concentre sur les intérêts particuliers¹⁰⁸. Comme le relevait déjà P. Roubier, le problème de cette «théorie des intérêts» tient à la difficulté de séparer nettement les intérêts généraux des intérêts particuliers¹⁰⁹. D'autres auteurs ont, par la suite, réitéré ce constat,

vers le secteur privé, comme l'illustre assez bien la figure du partenariat public-privé» («Conclusion», *Rev. dr. ULB*, 2006, p. 355). Pour une analyse approfondie de l'influence du droit européen sur le recours au contrat par l'administration, voy. D. YERNAULT, «La contractualisation (forcée?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public», *Rev. dr. ULB*, 2006, pp. 67-206.

¹⁰³ A. Lang conclut que les équilibres entre «sphères privée et publique semblent en redéfinition constante, soumis à un phénomène de balancier qui, selon les époques, favorise davantage le droit public ou le droit privé» («Le point de vue d'une publiciste», *op. cit.*, p. 34).

¹⁰⁴ *Supra*, § 9. G. Chevrier décrit pour sa part l'encadrement, voire le débordement à la même époque du droit privé par le droit public, avant d'évoquer les «subtiles ripostes», voire la «revanche» du droit privé dont le droit public empruntera les «procédés de classification des situations juridiques» («Remarques sur l'introduction [...]», *op. cit.*, pp. 72-75).

¹⁰⁵ «Discours préliminaire sur le projet de la commission», in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, pp. 464-465.

¹⁰⁶ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1951, p. 295. Il cite à cet égard un ouvrage en allemand de J. Hollinger, publié en 1904.

¹⁰⁷ La formulation est ambiguë et oscille entre le critère de l'intérêt et un critère matériel.

¹⁰⁸ L. DUBOIS, «Conclusions», in B. BONNET et P. DEUMIER (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé?*, Paris, Dalloz, 2010, p. 294.

¹⁰⁹ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, pp. 296-297. Il évoquait notamment le droit du travail et de la famille où les intérêts publics et privés sont étroitement mêlés.

pointant que la « bonne harmonie des rapports privés concourt à la défense de l'intérêt général » et qu'« en retour, le droit public, dans sa lutte pour les impératifs communs, accorde protection aux intérêts privés »¹¹⁰. En Belgique, P. Van Ommeslaghe soulignait que toutes les lois protègent l'intérêt général et que les libertés publiques, qui sont l'« apanage du droit public », protègent aussi des intérêts privés, de sorte qu'il n'est pas certain que ce critère suffise à situer la ligne de démarcation¹¹¹.

Plus fondamentalement, alors que la légitimité du modèle étatique résidait notamment dans sa perception comme principe d'ordre et de cohésion sociale, censé exprimer « l'intérêt général » par rapport à la société civile des « intérêts particuliers », l'avènement de l'État providence a exposé l'appareil étatique à la critique : il a non seulement perdu le monopole de l'intérêt général, à la base duquel on peut désormais identifier les intérêts particuliers des individus et des groupes d'intérêts, mais le développement des droits de l'homme a renforcé l'idée, déjà présente dans les pays de *common law*, que l'État n'offre pas seulement une protection, mais peut aussi constituer une menace pour les individus¹¹². L'intervention étatique dans le jeu social étant la source d'une confusion nouvelle, à tout le moins plus évidente qu'avant, entre intérêts publics et privés, sa légitimité n'est plus un blanc-seing du peuple, mais se mérite et se construit au terme d'une procédure rigoureuse. Le mythe de l'intérêt général a perdu de sa force et il « n'apparaît pas plus comme étant le monopole de l'État qu'il n'en est le signe distinctif »¹¹³. En d'autres termes, il est devenu possible de contester non seulement la qualification retenue par l'autorité de ce que constitue l'intérêt général, mais également son éventuel empiètement sur un intérêt individuel¹¹⁴.

36. Le deuxième critère se concentre sur la nature du sujet du rapport juridique ou de la règle du droit. Il a pour lui l'étymologie dès lors que le mot « *publicus* » désigne tout ce qui se rapporte à l'État et que le mot « *privatus* » se rapproche de *singuli*, donc, ce qui a trait à l'individu et à ses actions subjectives¹¹⁵. On se souviendra que c'est Hugues Doneau qui a, en favorisant l'émancipation du droit public, amorcé ce passage de l'objet au sujet de la relation juridique, en insistant sur la notion de droit subjectif¹¹⁶. En 1920,

¹¹⁰ B. STARCK, L. BOYER et H. ROLAND, *Introduction au droit*, op. cit., p. 85.

¹¹¹ P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit public existe-t-il ? », op. cit., pp. 34-36 et les références citées.

¹¹² En ce sens, voy. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, op. cit., p. 20 et pp. 70-71.

¹¹³ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, op. cit., pp. 64, 105, 116 et 146.

¹¹⁴ Sur le plan procédural, cette démarche a été facilitée par l'avènement des juridictions constitutionnelles.

¹¹⁵ B. BARRAUD, « Droit public-droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio* ? », op. cit., p. 1104.

¹¹⁶ À sa suite, Fr. Rigaux estime que, « [f]ondée sur la qualité des personnes assujetties à la relation juridique, la division droit public-droit privé est liée à la notion des droits subjectifs » et même est « inséparable de la notion technique de droit subjectif » (« Droit public et droit privé dans l'ordre juridique international », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1963, pp. 248-249).

R. Carré De Malberg recourait également au critère du sujet lorsqu'il distinguait le droit public (ou droit de l'État) « c'est-à-dire le droit applicable à tous les rapports humains ou sociaux dans lesquels l'État entre directement en jeu » et le droit privé, à savoir « l'ensemble des règles juridiques relatives à l'existence, à l'organisation, au fonctionnement et aux relations des personnes privées, des particuliers »¹¹⁷.

Ce « système des sujets » paraissait meilleur à P. Roubier. Selon lui, c'est par la qualité dans laquelle le sujet de droit agit « que se fera le départ entre les deux grandes catégories du droit », le droit public étant le « droit des personnes physiques et morales qui agissent en qualité de titulaires ou de représentants des droits de puissance publique » et le droit privé étant le « droit des personnes qui agissent en dehors de tout droit de puissance publique »¹¹⁸. Pour H. Mazeaud, la délimitation entre les deux domaines du droit était simple : le droit privé « règle les rapports des individus entre eux » et le droit public, « ceux des individus avec l'État »¹¹⁹. Même son de cloche chez les publicistes belges, pour qui le droit privé règle « la situation juridique des personnes privées et leurs rapports réciproques » et le droit public « l'organisation de l'État, la situation juridique des pouvoirs et des personnes publiques et leurs rapports avec les particuliers considérés comme *sujets* de l'État »¹²⁰.

Une telle simplicité est évidemment séduisante, mais elle ne rend pas justice aux nombreuses situations dans lesquelles l'État n'intervient pas en tant que puissance publique. Le droit privé serait donc le droit des relations entre personnes privées et le droit public intervient quand l'État est partie à la relation¹²¹, à condition qu'il exerce des prérogatives de puissance publique¹²² (définition positive) ou sauf s'il intervient comme un particulier¹²³ (définition négative). Mais ce critère peut également être pris en défaut : alors que les fonctions judiciaires sont des fonctions publiques, puisqu'elles impliquent une participation à l'exercice de la puissance publique, la doctrine française tend à ranger le droit judiciaire « dans le droit privé pour cette raison que l'œuvre

¹¹⁷ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, Paris, Sirey, 1920, rééd. CNRS, 1962, p. 1 et pp. 50-51. À la même époque, L. Duguit définit le droit public comme comprenant « l'ensemble des règles juridiques qui s'appliquent à l'État, déterminent son organisation et régissent ses rapports avec les autres personnalités » (*Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 680).

¹¹⁸ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 298. Pour J. Rivero, « le droit privé, c'est le droit des relations entre particuliers ; le droit public est lié à l'entrée en scène des personnes publiques » (« Droit public et droit privé : conquête ou *statu quo* », *op. cit.*, 69).

¹¹⁹ H. MAZEAUD, « Défense du droit privé », *op. cit.*, p. 17.

¹²⁰ A. BUTTGENBACH et M. BRUNDSEAU-LIÉGEOIS, *Manuel de droit administratif*, *op. cit.*, p. 3.

¹²¹ O. BEAUD, « La distinction entre droit public et droit privé : un dualisme qui résiste aux critiques », *op. cit.*, p. 22.

¹²² L. DUBOIS, « Conclusions », *op. cit.*, p. 294.

¹²³ P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit public existe-t-il? », *op. cit.*, pp. 36-38 et les références citées.

de justice est tournée vers la reconnaissance des prérogatives individuelles¹²⁴. Par ailleurs, il ne rend guère compte de la question de l'effet horizontal de certains droits fondamentaux (et, donc, de l'absence de l'État dans une matière rattachée au droit public) ou des situations dans lesquelles des missions d'intérêt général sont confiées à des personnes privées.

37. Selon un troisième critère, c'est la compétence en matière de contentieux qui détermine l'appartenance à l'une ou l'autre branche du droit. Tel est le raisonnement qui, on l'a vu, a amené les juristes français à intégrer le droit pénal et la procédure pénale dans le droit privé malgré la dimension fortement « publique » de cette matière¹²⁵. Il est incontestable que la dualité de juridictions a fortement contribué à l'autonomisation du droit administratif français. Notre ordre juridique doit toutefois être appréhendé différemment, en raison notamment de la compétence du pouvoir judiciaire pour connaître de tout le contentieux relatif aux droits subjectifs, de sorte que le critère présente tout au plus un intérêt didactique¹²⁶.

38. Enfin, un dernier critère, suggéré par P. Van Ommeslaghe, tient aux méthodes d'intervention : le droit public serait caractérisé par le recours à la décision unilatérale et immédiatement exécutoire, par le fait qu'un recours n'est pas systématiquement prévu ou pas toujours suspensif, et que c'est souvent l'administration qui se juge elle-même. Par opposition, un droit de créance ou un droit réel résulte souvent d'un contrat et, en cas d'inexécution, l'exécution forcée implique la sanction d'une autorité (normalement judiciaire)¹²⁷.

39. La doctrine suggère souvent un panachage de ces critères. Ainsi, en conclusion d'un colloque consacré en 2009 en France à l'intérêt de la distinction entre droit public-droit privé, L. Dubouis écrivait que trois critères

¹²⁴ B. STARCK, L. BOYER et H. ROLAND, *Introduction au droit*, *op. cit.*, p. 86. Dans le même sens, voy. déjà P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 299, qui propose la formule (quelque peu alambiquée) suivante : « rentre dans le champ du droit public tout ce qui concerne l'organisation de la puissance publique, en outre tout ce qui concerne l'exercice des droits de la puissance publique, réserve faite sur ce dernier point du domaine de l'activité judiciaire ». À l'inverse, P. Van Ommeslaghe estime qu'on peut classer le droit judiciaire dans le droit public, mais relève qu'il a recours à des méthodes et des pratiques qui lui sont propres « et qui ne sont pas toujours très éloignées de celles du droit privé » (« Le droit public existe-t-il? », *op. cit.*, p. 29). D. MOUGENOT écrit que cette branche du droit « se situe aux confins entre le droit public et le droit privé » (« Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, t. XIII « La procédure notariale », Liv. 0, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 3).

¹²⁵ Voy. *supra*, note 74.

¹²⁶ P. Van Ommeslaghe estime à juste titre qu'aucune solution certaine ne peut être fondée sur cette distinction en Belgique (« Le droit public existe-t-il? », *op. cit.*, p. 32). On relèvera qu'en droit espagnol, la distinction entre droit privé et droit public existe sans dualité de juridiction (J.-B. AUBY, « Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français », in M. FREEDLAND et J.-B. AUBY (eds), *The Public Law/Private Law Divide. Une entente assez cordiale?*, *op. cit.*, p. 19).

¹²⁷ P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit public existe-t-il? », *op. cit.*, pp. 40-41.

avaient retenu l'attention des participants au colloque : le critère (premier) fondé sur la nature des sujets de la règle de droit, à condition que la norme applicable à la relation impliquant l'État présente une spécificité qui « réside pour l'essentiel dans l'exercice de prérogatives de puissance publique » (critère du mode d'intervention) et dans le fait qu'elle est fondée sur l'intérêt général (critère de l'intérêt)¹²⁸.

Section 3

La distinction en question

40. Tant les craintes d'invasion d'une branche du droit par l'autre que les efforts pour établir des critères objectifs de distinction entre elles témoignent d'une certaine reconnaissance de la validité de la *summa divisio*, même s'ils démontrent la difficulté d'en tracer la frontière.

La distinction elle-même n'est toutefois pas à l'abri des critiques visant à remettre en cause son existence ou sa légitimité¹²⁹ (§ 1^{er}), même si la plupart des auteurs s'accordent sur son existence, tout en relativisant l'importance dans le droit positif contemporain (§ 2).

§ 1^{er}. Une distinction contestée

41. Pour Hans Kelsen, la distinction est dépourvue de sens dès lors que, selon lui, le droit s'identifie à l'État de sorte qu'il est absurde de faire une différence entre des règles de droit public et de droit privé alors que toute règle est, avant tout, étatique : « la théorie pure du droit enseigne que l'acte juridique de particuliers est, tout comme l'ordre autoritaire, un acte de l'État, c'est-à-dire un fait créateur de droit, attribuable à l'unité de l'ordre juridique »¹³⁰.

¹²⁸ L. DUBOIS, « Conclusions », *op. cit.*, p. 294. P. Van Ommeslaghe propose de combiner les critères suivants : celui relatif aux matières (certaines « formeront toujours le cœur, le noyau, le "core" comme disent les Anglais » du droit public : le droit constitutionnel, les libertés individuelles, les finances publiques, les fondements du droit administratif, l'organisation des pouvoirs subordonnés et le contentieux administratif, et du droit privé : les matières régies par le Code civil et par le Code de commerce), celui des moyens d'action et méthodes « qui constituent certainement l'aspect le plus visible des évolutions qui alimentent les nouvelles réflexions », et le critère de la puissance publique (« Le droit public existe-t-il ? », *op. cit.*, pp. 46-47).

¹²⁹ Certains auteurs la jugent même superficielle, approximative ou dépassée (voy. les références citées par B. BARRAUD, « Droit public-droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio* ? », *op. cit.*, p. 1119).

¹³⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. par Ch. Eisenmann, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 277. Il précise plus loin (p. 280) que, dans cette distinction, « se manifeste de la façon la plus claire le puissant dualisme qui domine la science juridique moderne, et avec elle toute notre pensée sociale : le dualisme de l'État et du droit ». Même M. TROPER, pourtant disciple fidèle du célèbre positiviste autrichien, a pointé que la distinction droit privé-droit public n'était pas qu'une distinction conceptuelle du droit français et qu'elle était opérée par le droit positif. (« L'opposition public-privé et la structure de l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 189).

42. Certains s'interrogent sur la légitimité de la distinction qui serait, avant tout, idéologique¹³¹. Dans cette conception, le droit privé serait le droit de l'égalité et de la liberté alors que le droit public serait celui de l'autorité¹³². Plusieurs auteurs dénoncent cependant le caractère simpliste¹³³, voire idéologique¹³⁴, d'une telle présentation, rappelant qu'un rapport de domination peut intervenir dans une relation de droit privé¹³⁵. À l'inverse, on peut rappeler que l'égalité entre les États et leur souveraineté (donc, leur liberté) constituent des fondements du droit international public¹³⁶.

43. Enfin, une critique plus radicale, mais dans le prolongement de la première, fait grief à la distinction d'être issue du système capitaliste¹³⁷ et de n'être qu'une duplication de l'opposition entre État et société¹³⁸. Telle est la conception de M. Miaille, pour qui la *summa divisio* est «une des structures du mode de production capitaliste»¹³⁹.

§ 2. Une distinction à relativiser

44. À l'autre opposé, en quelque sorte, du spectre de la remise en cause de la distinction, certains auteurs minimisent au maximum sa portée (et, donc, son

¹³¹ Selon B. BONNET, «l'étanchéité, la division complète entre le droit privé et le droit public est même une absurdité et elle ne constitue qu'une idéologie» («La *summa divisio* droit public-droit privé : chimère ou pierre angulaire?», in B. BONNET et P. DEUMIER [dir.], *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé?*, *op. cit.*, p. 5). C'est également la thèse de H. KELSEN (*Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 278 : «la thèse dualiste, logiquement tout à fait insoutenable, n'a nullement un caractère théorique : c'est une thèse idéologique», qui «vise à assurer au gouvernement et à l'appareil administratif qui lui est soumis une liberté qui soit pour ainsi dire déduite de la nature des choses [...]»).

¹³² M. TROPER, «L'opposition public-privé et la structure de l'ordre juridique», *op. cit.*, p. 182; P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, pp. 295-296. J.-B. Auby écrit pour sa part que cette distinction «reflète un partage politique et moral du monde, entre la sphère de l'intérêt public et la sphère de l'intérêt privé» dont le rôle est «d'habiller intellectuellement certaines polarités que les juristes français trouveraient difficile de qualifier autrement, et qui sont très importantes dans leur vision des rapports entre l'État et la société. Du côté du droit public, il y a l'État, du côté du droit privé, le marché. Le droit public est le monde de l'intérêt général, le droit privé celui de l'intérêt particulier. Le droit public est le droit du pouvoir, le droit privé celui de la société. Le droit public est l'affaire des gouvernants, le droit privé, celle des gouvernés [...]» («Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français», *op. cit.*, p. 13).

¹³³ A. LANG, «Le point de vue d'une publiciste», *op. cit.*, p. 33.

¹³⁴ P. VAN OMMESLAGHE, «Le droit public existe-t-il?», *op. cit.*, p. 33.

¹³⁵ KELSEN souligne que «le droit "privé" créé par voie de contrats entre particuliers est un théâtre de domination politique tout autant que le droit public créé par la législation et par l'administration» (*Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 279). Selon M. MIAILLE, le manichéisme qui oppose les binômes liberté-droit privé et contrainte-droit public est outrancier et inexact (*Une introduction critique au droit*, *op. cit.*, p. 176). Enfin, P. ROUBIER rappelait qu'une politique d'autorité est «possible même dans le domaine du droit privé : c'est un véritable abus de l'individualisme qui a fait croire le contraire» (*Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 303).

¹³⁶ Voy. not. la résolution 2625 (XXV) des Nations unies du 24 octobre 1970 qui adopte la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations de coexistence entre États.

¹³⁷ L.-A. BARRIERE, «Une approche historique de la *summa divisio* droit public-droit privé», *op. cit.*, pp. 26-27.

¹³⁸ O. BEAUD, «La distinction entre droit public et droit privé : un dualisme qui résiste aux critiques», *op. cit.*, p. 28.

¹³⁹ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, *op. cit.*, p. 179.

intérêt), en ne lui reconnaissant qu'une portée pédagogique. Ainsi, Ch. Eisenmann, traducteur de Kelsen par ailleurs, écrivait en 1952 que « la division du contenu total de l'ordre juridique en deux grands ensembles, appelés, l'un droit public, l'autre droit privé, a un caractère essentiellement pratique : c'est une division d'objets d'étude ou d'enseignement »¹⁴⁰. Plus désabusé, E. Picard estime que, « par l'effet d'une sorte de subversion intellectuelle puis juridique, ce n'est plus ce qui fait l'essence du droit public ou celle du droit privé qui détermine l'appartenance de telle matière à l'une ou l'autre branche du droit, mais c'est la seule classification institutionnelle, formelle ou convenue, des matières juridiques qui constitue la dualité du droit public et du droit privé »¹⁴¹.

45. La plupart des auteurs sont cependant plus nuancés et admettent que, si la distinction est incontestable en droit positif et ne se cantonne pas à une vocation purement didactique, elle ne présente pas, certainement plus, le caractère d'une distinction rigide et étanche, voire « suprême »¹⁴². Trois éléments témoignent de cette relativisation qu'impose actuellement notre ordre juridique.

46. Elle tient tout d'abord à l'existence de matières ou branches du droit qui sont difficiles à classer. On a déjà évoqué les droits fondamentaux, qui présentent une dimension tant publique que privée¹⁴³. Il faut également mentionner les « droits d'accompagnement » que sont le droit pénal et le droit judiciaire et qui « échappent de par leur nature à la division droit public-droit privé »¹⁴⁴. P. Roubier les qualifiait de droits « mixtes abstraits » ou de « droits régulateurs », et il y incluait le droit international privé et le droit transitoire. À côté de ce droit mixte abstrait, il distinguait un droit mixte « concret », qu'il appelait « le droit professionnel » et qui intégrait le droit commercial, la « législation ouvrière » et la législation rurale¹⁴⁵. Cette idée de « droit mixte »

¹⁴⁰ Ch. EISENMANN, « Droit public, droit privé. En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX^e au XX^e siècle », *Rev. dr. publ.*, vol. 62, 1952, p. 959.

¹⁴¹ E. PICARD, « Pourquoi certaines branches du droit échappent-elles à la *summa divisio*? », *op. cit.*, p. 67.

¹⁴² Selon B. BONNET, « du point de vue des concepts, des notions fondamentales (la norme, la jurisprudence, le juge, la hiérarchie des normes, la souveraineté, etc.) qui construisent la pensée juridique, les clivages entre le droit public et le droit privé sont assez accessoires » (« La *summa divisio* droit public-droit privé : chimère ou pierre angulaire? », *op. cit.*, p. 5). On relèvera incidemment qu'il paraît difficile d'isoler le concept de souveraineté de celui de droit public.

¹⁴³ E. PICARD, « Pourquoi certaines branches du droit échappent-elles à la *summa divisio*? », *op. cit.*, p. 90. Que penser du droit de droit de propriété? Institution de droit privé s'il en est, il est également protégé par la Constitution et par la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁴⁴ Fr. RIGAUX, « Droit public et droit privé dans l'ordre juridique international », *op. cit.*, p. 250 (qui cite Jean Dabin). Comme le relève G. Chevrier, l'abbé Fleury avait déjà été confronté à cette difficulté et il « ne parvint pas à une rigoureuse répartition des matières entre les deux branches de la science qu'il découvrait : le droit pénal, la procédure restèrent ballott[és] de l'un à l'autre » (« Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du *jus privatum* et du *jus publicum* dans les œuvres des anciens juristes français », *op. cit.*, p. 75).

¹⁴⁵ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, pp. 304-316.

a été reprise par d'autres auteurs. On y trouve évoqués, outre le droit pénal, le droit judiciaire, le droit commercial et le droit social déjà évoqués, le droit de la consommation, le droit de la communication, le droit de l'informatique, le droit de la santé, le droit des assurances, le droit fiscal, le droit de la construction, le droit de la presse, le droit de l'environnement, le droit public économique, le droit des personnes, le droit de la nationalité et le droit de la paix¹⁴⁶.

47. La *summa divisio* souffre également du phénomène de constitutionnalisation du droit¹⁴⁷, qui résulte notamment du développement de la jurisprudence transdisciplinaire de la Cour constitutionnelle. Cette évolution pourrait s'analyser comme une extension du domaine du droit public, le cas échéant, au détriment du droit privé. Nous reviendrons cependant sur la question de savoir si – et dans quelle mesure – l'exorbitance du droit public peut être remise en cause par les principes d'égalité et de non-discrimination¹⁴⁸.

48. La relativisation de la distinction, voire sa dilution, découle enfin des mouvements d'eupéanisation (et d'internationalisation) de nos ordres juridiques¹⁴⁹. Tel est certainement le cas du droit de l'Union européenne, également cité parmi les branches du droit qu'il est impossible de classer de façon satisfaisante au sein de la distinction suprême. Il est vrai que cette distinction n'occupe guère de place en droit de l'Union, en raison de l'absence de dualité procédurale-institutionnelle et du « double idéal d'uniformité et d'autonomie de ses solutions » qui a présidé à la construction du droit européen¹⁵⁰, mais

¹⁴⁶ Voy. not. H. MAZEAUD, « Défense du droit privé », *op. cit.*, p. 17; B. STARCK, L. BOYER et H. ROLAND, *Introduction au droit*, *op. cit.*, pp. 88-91; D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, v° « Droit privé, droit public »; P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit public existe-t-il? », *op. cit.*, p. 58; E. PICARD, « Pourquoi certaines branches du droit échappent-elles à la *summa divisio*? », *op. cit.*, p. 90; L. DUBOIS, « Conclusions », *op. cit.*, pp. 292-293; Ch. BEHRENDT et F. BOUHON, *Introduction à la théorie générale de l'État – Manuel*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 45-46; B. BARRAUD, « Droit public-droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio*? », *op. cit.*, pp. 1125-1126. Il s'agit d'une compilation : les auteurs cités ne reprennent pas, loin de là, l'intégralité des matières citées.

¹⁴⁷ Sur ce sujet, voy. D. CACCAMISI et G. PIJCKE, « La constitutionnalisation du droit – Étude d'un bouleversement de perspective (accompli) », in *Les droits constitutionnels en Belgique* (vol. 1 et 2), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 441-493. Un constat similaire est opéré en France (B. BONNET, « La *summa divisio* droit public-droit privé [...] », *op. cit.*, p. 5; A. LANG, « Le point de vue d'une publiciste », *op. cit.*, p. 35).

¹⁴⁸ Voy. *infra*, Chapitre 3, section 2.

¹⁴⁹ B. BONNET, « La *summa divisio* droit public-droit privé : chimère ou pierre angulaire? », *op. cit.*, p. 5. Voy. également B. BARRAUD, « Droit public-droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio*? », *op. cit.*, p. 1129, qui parle de l'influence de la globalisation sur le droit.

¹⁵⁰ J.-S. BERGÉ, « La *summa divisio* droit privé-droit public et le droit de l'Union européenne : une question pour qui? Une question pour quoi? », in B. BONNET et P. DEUMIER (dir.), *De l'intérêt de la *summa divisio* droit public-droit privé?*, *op. cit.*, p. 51. Voy. également les raisons mentionnées par S. BARBOU DES PLACES (« *Summa divisio* et droit communautaire : dépassement, déplacement ou reconstitution d'une frontière disciplinaire », in *L'identité de droit public*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse, 2011, pp. 44-45). Cet auteur identifie l'émergence d'une division doctrinale entre publicistes et privatistes communautaires, mais admet qu'elle ne correspond pas (encore) à une réalité du droit positif (pp. 47-63).

également du fait de son caractère hétérogène, qui rend plus difficile l'application de critères opératoires de distinction¹⁵¹. Plus fondamentalement, c'est le concept même d'un droit public national dérogoratoire au droit commun qui se trouve fréquemment mis à mal par les obligations imposées aux États membres, notamment en matière de transparence, d'aides d'État et de concurrence¹⁵². Ainsi, la Cour de justice a défini, depuis un arrêt *Höfner* du 23 avril 1991, la notion d'entreprise en droit de la concurrence comme visant « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »¹⁵³, précisant plus tard que « le caractère économique ou non d'une activité ne dépend pas du statut privé ou public de l'entité qui l'exerce ni de la rentabilité de cette activité »¹⁵⁴. D'autres auteurs pointent « une certaine privatisation du droit de la fonction publique » à la suite de l'influence du droit européen, et ce, par le biais des principes d'égalité et de libre circulation des travailleurs¹⁵⁵.

Il ne faudrait cependant pas conclure pour autant que la Cour de justice est hermétique à toute argumentation justifiant le caractère particulier de certaines règles relatives aux pouvoirs publics. Ainsi, en matière de concurrence, elle exclut de la notion d'« activité économique », et, donc, de celle d'entreprise, des activités qui relèvent de l'exercice des prérogatives de puissance publique ou de certaines missions d'intérêt général¹⁵⁶. En ce qui concerne la fonction publique, elle admet des différences de traitement fondées sur la nationalité pour des fonctions qui comportent une « participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et « qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques »¹⁵⁷. Comme le résume J.-B. Auby, le droit de l'Union « ne croit

¹⁵¹ F. PICOD, « Le droit de l'Union européenne est-il soluble dans la *summa divisio* droit privé-droit public? », in B. BONNET et P. DEUMIER (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé?*, op. cit., p. 59.

¹⁵² J.-B. Auby a ainsi pu écrire qu'aucun « domaine du droit public n'échappe à l'influence du droit européen » (« L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public », *Informations sociales*, 2013/1, 175, p. 63). Voy. également D. YERNAULT, « La contractualisation (forcée?) du droit administratif de l'économie [...] », op. cit., pp. 67-206 et S. BARBOU DES PLACES, « *Summa divisio* et droit communautaire : dépassement, déplacement ou reconstitution d'une frontière disciplinaire », op. cit., p. 43, qui parle d'une rencontre « brutale » entre la notion de service public et le droit de l'Union.

¹⁵³ C.J., arrêt *Höfner c. Macroton*, C-41/90, EU : C : 1991:161, pt 21.

¹⁵⁴ C.J., arrêt *Mitteldeutsche Flughafen e.a. c. Commission*, C-288/11 P, EU : C : 2012:821, pt 50.

¹⁵⁵ B. LOMBAERT et S. ADRIAENSSEN, « L'influence du droit européen sur le droit de la fonction publique belge », *R.D.S.-T.S.R.*, 2015/1-2, pp. 211-263, spéc. p. 261. Cette tendance est, selon eux, incontournable et pas forcément critiquable : « il s'agit de l'occasion de réduire la fracture – pas toujours justifiée – entre les agents publics et les travailleurs du secteur privé et de moderniser quelque peu le statut des fonctionnaires » (*Ibid.*, p. 262).

¹⁵⁶ Voy. les références citées dans J. VAN MEERBECK et S. VANVREKOM, « L'entreprise, acteur du procès : un curé est-il une entreprise? – Aspects de droit judiciaire », in *Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise*, Bruxelles, la Charte, 2017, pp. 545-550.

¹⁵⁷ C.J., arrêt *Commission c. Belgique*, C-173/94, EU : C : 1996:264, pt 17. On rappellera que l'article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prohibe toute discrimination entre les travailleurs des États

pas les États sur parole lorsqu'ils invoquent des soucis d'intérêt général ou d'ordre public pour limiter telle ou telle liberté protégée par lui, et le juge européen vérifie [si] ces soucis correspondent bien à des réserves d'intérêt général légitimes et proportionnées»¹⁵⁸.

49. Un constat comparable peut être dressé à l'égard de la Convention européenne des droits de l'homme. À première vue, le succès grandissant des droits fondamentaux devrait, si on admet de les classer au sein du droit public, amener à considérer que celui-ci sort gagnant de son passage à Strasbourg¹⁵⁹. À bien y regarder, cependant, la conclusion inverse s'impose. En 1995, déjà, P. Tavernier dénonçait une « indifférence croissante des organes de la Convention à l'égard de la distinction droit privé-droit public » (...) au détriment du droit public qui se réduit progressivement à une peau de chagrin alors que le droit privé semble occuper une place de plus en plus grande et envahissante»¹⁶⁰. Le cas le plus paradigmatique de cette évolution concerne sans doute l'application de l'article 6.1 de la Convention à la fonction publique. Dans son arrêt *Pellegrin*, la Cour européenne des droits de l'homme a décidé que ne pouvaient être exclus de l'article 6 que les postes comportant, comme dans les forces armées et la police, « une mission d'intérêt général ou une participation à l'exercice de la puissance publique »¹⁶¹ et, quelques années plus tard, elle a précisé que l'État devait en plus démontrer que l'objet du litige était lié à l'exercice de l'autorité étatique ou remettait en cause le lien spécial de confiance et de loyauté entre l'intéressé et l'État¹⁶².

membres, mais qu'il est précisé, à l'article 45, § 4, que cette disposition n'est pas applicable aux emplois dans l'administration publique. La Cour de justice a cependant donné une définition très restrictive de cette notion (sur cette question, voy. B. LOMBAERT et S. ADRIAENSSEN, « L'influence du droit européen sur le droit de la fonction publique belge », *op. cit.*, pp. 221-225).

¹⁵⁸ J.-B. AUBY, « L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public », *op. cit.*, p. 67.

¹⁵⁹ Ce qui explique sans doute que les privatistes français, en particulier, ont mis un certain temps à intégrer le développement de la jurisprudence strasbourgeoise en matière de droits de l'homme. Il semble ainsi que les privatistes délaissent des questions auxquelles ils devraient s'intéresser, au risque de voir des publicistes « venir "braconner" sur leurs terres » (J.-P. MARGUENAUD et D. ROMAN, « La doctrine publiciste et privatiste face au droit européen des droits de l'homme », in B. BONNET et P. DEUMIER [dir.], *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé?*, *op. cit.*, p. 144).

¹⁶⁰ P. TAVERNIER, « La Convention européenne des droits de l'homme et la distinction droit public-droit privé », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 399. Le même constat est réitéré plus de quinze ans plus tard (D. SZYMCAK, « Convention européenne des Droits de l'Homme et exorbitance du droit public », in *L'identité de droit public*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse, 2011, pp. 193-194). On peut également citer l'article 13 de la Convention qui garantit un recours effectif à toute personne dont les droits et libertés reconnus par cette convention ont été violés « alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles » (nous soulignons).

¹⁶¹ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Pellegrin c. France*, 8 décembre 1999, n° 28541/95, § 65.

¹⁶² Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, 19 avril 2007, n° 63235/00, § 62. On peut également évoquer l'extension de l'application de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention, dans son volet pénal, aux sanctions administratives et aux amendes fiscales (Cour eur. D.H., arrêt *Bendenoun c. France*, 24 février 1994, n° 12547/86, § 47). Voy., en outre, l'analyse approfondie de D. SZYMCAK, qui écrit, jurisprudence à

À l'instar de leurs homologues luxembourgeois, les juges strasbourgeois ne sont toutefois pas restés insensibles aux arguments soulevés par les États pour justifier l'exceptionnalisme des pouvoirs publics. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi jugé que ne constituaient pas nécessairement des restrictions disproportionnées au droit d'accès à un tribunal les immunités de juridiction d'États ou d'organisations internationales, l'immunité parlementaire ou le privilège de juridiction accordé aux magistrats¹⁶³.

50. Plus généralement, le sentiment français qu'à l'heure actuelle, les « frontières de la *summa divisio* bougent, se brouillent » s'expliquerait par un phénomène d'« hybridation ou métissage juridique », à savoir le recours par les juges des deux ordres de juridiction à des sources communes¹⁶⁴. La distinction ne constituerait pas, à tout le moins plus, une barrière infranchissable eu égard aux nombreuses interactions entre les deux corps de règles et aux phénomènes croisés de publicisation du droit privé et de privatisation du droit public¹⁶⁵. P. Van Ommeslaghe faisait, en 2006, le même constat en droit belge, relevant qu'on « assiste à d'incontestables développements de l'application de méthodes inspirées du droit privé dans certains domaines relevant traditionnellement du droit administratif, sinon du droit public », donnant lieu à une sorte de « *no man's land* » entre les deux territoires, mais aussi par des domaines relevant conceptuellement du droit administratif mais dont les modes de raisonnement, l'inspiration et les objectifs se rapprochent du droit privé¹⁶⁶. Plus récemment, K. Wauters et T. Cambier relevaient que la frontière séparant l'action publique du droit privé devenait « de plus en plus perméable », l'action publique étant « de plus en plus soumise à des règles de droit privé » et les relations privées étant « de plus en plus soumises à des règles et principes de droit public »¹⁶⁷. En 1947, déjà, J. Rivero relevait que « l'influence, entre les deux droits, n'est pas à sens unique », mais que « chacun emprunte à l'autre » et estimait qu'il y

l'appui, que « ce sont quasiment toutes les dispositions substantielles de la CEDH qui ont contribué, à un titre ou à un autre, à éroder l'exorbitance du droit administratif » (« Convention européenne des droits de l'homme et exorbitance du droit public », *op. cit.*, pp. 196 et s.).

¹⁶³ Cour eur. D.H., arrêt *Ernest e.a. c. Belgique*, 15 juillet 2003, n° 33400/96, § 52, et la jurisprudence citée. Voy. également l'analyse fouillée de D. SZYMCAK, qui identifie certains « blocs d'incompétence » au niveau de l'applicabilité de l'article 6 et conclut que « non seulement l'exorbitance du droit public n'a pas totalement disparu, mais qu'à certains égards, elle est sortie renforcée de son passage devant le juge européen » (« Convention européenne des Droits de l'Homme et exorbitance du droit public », *op. cit.*, pp. 199 et s.).

¹⁶⁴ A. LANG, « Le point de vue d'une publiciste », *op. cit.*, pp. 34 et 36.

¹⁶⁵ L. DUBOIS, « Conclusions », *op. cit.*, pp. 292-293.

¹⁶⁶ P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit public existe-t-il? », *op. cit.*, p. 62 (comme en matière de concurrence, de police du marché ou de police des entreprises confiées à la CBFA, devenue FSMA).

¹⁶⁷ K. WAUTERS et T. CAMBIER, « La distinction droit privé-droit public et le droit des marchés publics », *A.D.L.*, 2012/2, p. 149.

avait « moins envahissement de l'un par l'autre que bouleversement de l'un et l'autre »¹⁶⁸.

51. En conclusion, si la distinction semble toujours « irrécusable » à la plupart des auteurs, tous semblent s'accorder pour rejeter « la qualification de *summa divisio* »¹⁶⁹ et certains préfèrent parler de *ratio divisio* du droit (division rationnelle et raisonnable), pour faire une place à la possibilité « qu'il existe une part de "transdroit" », mais également d'autres *divisio*¹⁷⁰, alors que d'autres estiment qu'il vaudrait mieux parler d'une *summa distinctio* qui serait surtout une *summa combinatio*, voire une *summa collusio*, c'est-à-dire une entente entre les deux branches du droit¹⁷¹. Non sans ironie, X. Bioy relève à juste titre qu'il est « de bon ton tout à la fois de prétendre renoncer à l'opposition des deux droits, si factice et si datée, mais de ne pouvoir dans le même temps, en fait, y renoncer »¹⁷².

Chapitre 3

Quelques réflexions apéritives

52. Les propos qui précèdent sont de nature à susciter quelques réflexions, quant au caractère relatif de la distinction (Section 1) et au statut spécifique des pouvoirs publics à l'égard des particuliers (Section 2). Nous introduirons ensuite brièvement le projet de l'ouvrage (Section 3).

Section 1

Une distinction relative et donc discutable

53. La première réflexion découle du constat que cette distinction, qui est souvent présentée comme étant aussi ancienne que le droit romain (ce qui est exact, *stricto sensu*), n'a pris l'importance qu'on lui accorde dans les ordres juridiques français et belge que plusieurs siècles plus tard. Notre parcours historique a également montré que le contenu des droits privé et public avait largement évolué : au droit privé, Bodin rattachait les règles applicables aux villes et Du Moulin les redevances dues au seigneur, alors qu'il ne faisait pas de doute pour Doneau que la faculté de contrô-

¹⁶⁸ J. RIVERO, « Droit public et droit privé : conquête ou *statu quo* », p. 72.

¹⁶⁹ L. DUBOIS, « Conclusions », *op. cit.*, pp. 292-293.

¹⁷⁰ B. BARRAUD, « Droit public-droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio*? », *op. cit.*, p. 1103.

¹⁷¹ E. PICARD, « Pourquoi certaines branches du droit échappent-elles à la *summa divisio*? », *op. cit.*, p. 71. Plutôt qu'une distinction du droit privé et du droit public, Chr. Atias perçoit « de multiples occasions de distinctions qui se rencontrent, se croisent et s'enchevêtrent. Leurs significations diffèrent » (Chr. ATIAS, « Un point de vue de droit privé », *op. cit.*, p. 39).

¹⁷² X. BIOY, « L'identité disciplinaire du droit public. *L'ipse* et *l'idem* du droit public », in *L'identité de droit public*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse, 2011, p. 13.

ler la procréation des enfants – question relevant de la sphère privée, s’il en est – faisait partie des *jura sua in persona* de l’État. À cet égard, il est important de rappeler que la naissance et le développement du droit public français résultent de la volonté royale de bénéficier de règles d’exception, déroatoires au droit commun. Ironie du sort, c’est pourtant le droit privé romain qui servira d’abord de source d’inspiration aux juristes, à défaut de développements conséquents dédiés au droit public dans le *Corpus iuris civilis*. Quoi qu’il en soit, il paraît difficile de soutenir, comme le fait une publiciste française, que le droit administratif s’est construit comme un droit de soumission, et non comme un droit de privilèges conférés à l’administration¹⁷³.

Tant l’esprit de la Révolution française que les principes énoncés dans la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789 auraient dû amener un changement radical de perspective, la puissance publique trouvant dorénavant sa justification dans sa vocation à incarner la volonté générale et à garantir tant l’intérêt général que les droits individuels. Nouvelle ironie de l’histoire, la méfiance envers les juges et, sans doute, une certaine volonté de protéger le pouvoir vont entraîner la mise en place d’un système dans lequel l’exécutif sera totalement protégé du pouvoir judiciaire, au détriment de la protection des particuliers. La dualité juridictionnelle entre juridiction judiciaire et administrative permettra par ailleurs l’éclosion d’un droit administratif français autonome par rapport au droit privé.

En Belgique, le projet constitutionnel fut d’emblée conçu afin de se distancier du régime français d’immunité et de garantir la protection des droits particuliers. Dernière ironie, voire véritable paradoxe, alors que la justice administrative française s’accompagnait de toujours plus de garanties juridictionnelles fondamentales, notre ordre juridique a conféré, au cours du XIX^e siècle, une immunité quasi absolue à l’action administrative. Si l’arrêt *La Flandria* constitua incontestablement un frein à cette tendance, il n’eut pas – certainement pas tout de suite – la portée qu’il aurait pu avoir.

54. Cette relativisation historique s’accompagne également d’une relativisation géographique dès lors que la distinction est (ou, à tout le moins, était) quasiment inexistante dans le droit anglais, pointant une des différences fondamentales entre les systèmes de droit civil et de *common law*¹⁷⁴. Il est vrai que les travaux de comparatistes ont montré que les deux systèmes s’étaient

¹⁷³ A. LANG, « Le point de vue d’une publiciste », *op. cit.*, p. 33.

¹⁷⁴ Sur l’importance de la distinction en droit allemand, voy. Y. THOMAS, *Mommsen et l’Isolierung du droit (Rome, l’Allemagne et l’État)*, Paris, De Boccard, 1984, pp. 2-52. Il relève notamment, jusqu’à l’émergence de l’État bismarckien, « l’absence d’une véritable science du droit public en Allemagne », l’État ne devenant un objet de droit que vers les années 1860-1880 (p. 27).

beaucoup rapprochés¹⁷⁵. Tant la relativisation de la distinction en France que l'apparition en Grande-Bretagne d'une branche de droit distincte de droit public à partir des années 1970 ont en effet entraîné une convergence, certes relative : «les deux droits tendant vers une position médiane dans laquelle la division du droit public et du droit privé n'est ni fanatiquement défendue, ni agressivement dénoncée, mais simplement considérée comme pertinente et moyennement riche de substance à la fois»¹⁷⁶. Il n'en demeure pas moins que l'existence même d'un droit administratif autonome, tel que le connaissait le droit français au XIX^e siècle, était jugée incompatible avec la *Rule of law*. C'est pourtant bien la notion de séparation des pouvoirs, clé de voûte de l'État de droit, qui a justifié, à tout le moins officiellement, que les actes et agents de l'administration française ne puissent être soumis au pouvoir judiciaire.

55. Enfin, on l'a vu, la complexification du droit et l'apparition de domaines juridiques difficilement classables dans l'une ou l'autre branche du droit ont favorisé le développement d'une zone hybride, à l'intersection du droit public et du droit privé.

56. Dernière piste de réflexion quant au caractère relatif de la distinction : il faut bien se garder d'opposer trop radicalement public et privé, État et particuliers. Sans pouvoir approfondir ici cette question, l'histoire des idées témoigne en effet de ce que le développement de la notion de droit subjectif, de liberté individuelle et de sphère privée est allé de pair avec l'apparition des États modernes¹⁷⁷.

Section 2

L'État et les particuliers : des catégories comparables ?

57. Au risque de simplifier le débat, on peut se demander si un des enjeux principaux de la distinction entre droit privé et droit public n'est pas de

¹⁷⁵ L.-A. BARRIERE, «Une approche historique de la *summa divisio* droit public-droit privé», *op. cit.*, pp. 12-13.

¹⁷⁶ J.-B. AUBY et M. FREEDLAND, «General Introduction», in M. FREEDLAND et J.-B. AUBY (eds), *The Public Law/Private Law Divide. Une entente assez cordiale ?*, *op. cit.*, pp. 6-7. Pour une analyse plus détaillée de l'émancipation progressive du droit public anglais, voy. S. BOYRON, «La *summa divisio* vue d'outre-Manche», in B. BONNET et P. DEUMIER (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, *op. cit.*, pp. 122-126, qui relève que l'Angleterre «est en train de se doter de critères pour démarquer la frontière du droit public et du droit privé» (*Ibid.*, p. 135) ainsi que M. FREEDLAND, «The evolving approach to the public/private distinction in English Law», in M. FREEDLAND et J.-B. AUBY (eds), *The Public Law/Private Law Divide. Une entente assez cordiale ?*, *op. cit.*, pp. 95-107, qui rappelle que, pour les juristes anglais, le débat concerne l'existence d'une branche distincte du droit public plutôt qu'une division suprême du droit en deux parties.

¹⁷⁷ L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual. The Origins of Western Liberalism*, Penguin Books, 2014, pp. 340-347. Cet auteur relève que, si on cherche le mot «individu» dans les dictionnaires historiques des langues française et anglaise, il n'est apparu courant qu'au XV^e siècle, en même temps que le mot «État» comme stipulation d'une autorité souveraine. Ce n'est pas une coïncidence, ajoute-t-il, car c'est à travers la création des États que l'individu a été inventé comme rôle social primaire ou organisant (*Ibid.*, p. 347).

déterminer s'il se justifie de prévoir des règles dérogatoires au droit commun pour les pouvoirs publics (et, si c'est le cas, dans quelle mesure). La réponse, positive, va de soi dans l'État de droit français et tient au statut particulier de la puissance publique qui est investie de la mission de poursuivre l'intérêt général, ce qui justifie une inégalité quasiment ontologique entre l'État et les particuliers. Cette conception, qui se nourrit d'une confiance forte dans la loi et d'une certaine méfiance envers les juges, légitime l'existence d'un droit administratif autonome¹⁷⁸. La *Rule of law* anglaise part du postulat inverse, énoncé par Duguit et repris par le procureur général Leclercq, selon lequel gouvernants et gouvernés sont de la même essence. Dans cette optique, l'administration est en principe soumise au droit commun et au contrôle du pouvoir judiciaire, qui est investi de la mission de protéger les particuliers contre l'arbitraire de l'État.

L'ordre juridique belge semble, sans surprise, avoir opté pour un compromis : conçu initialement contre le système français, mais s'en étant largement rapproché au fil des ans, il présente une dimension hybride¹⁷⁹, qui n'est pas toujours clairement assumée et mérite qu'on s'y attarde quelque peu.

58. On enseigne traditionnellement qu'il existe trois « lois » du service public : celles de la continuité du service public, de la mutabilité (ou du changement) du service public et de l'égalité des usagers¹⁸⁰. La première, qui seule retiendra notre attention, n'est en réalité pas une loi au sens formel du terme, mais bien un principe général du droit¹⁸¹, qui « implique qu'une activité répondant à un besoin d'intérêt général et érigée, à ce titre, en service public, doit pouvoir être assurée de manière continue, régulière et sans interruption, conformément à la nature du service public et aux règles qui l'organisent »¹⁸². Selon la Cour de cassation, ce principe n'est pas absolu, mais « tend uniquement à assurer la permanence et le fonctionnement des institutions publiques » de sorte qu'il « n'impose pas nécessairement l'accomplissement continu ou permanent des

¹⁷⁸ J.-B. Auby souligne le rôle conceptuel de la distinction droit privé/public qui « donne un nom au particularisme du droit applicable à l'État et à l'administration, en même temps qu'elle légitime ce particularisme » (« Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français », *op. cit.*, p. 12). Dès les années 1950, cependant, Ch. Eisenmann s'interrogeait sur l'autonomie du droit administratif (sur la question, voy. J. WALINE, « Droit public-droit privé. Institutions publiques-institutions privées », in P. AMSELEK [dir.], *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, 1986, pp. 147-156).

¹⁷⁹ P. Lewalle qualifie notre système de « transaction entre le "régime administratif" français et le "régime de droit commun" propre aux Anglo-Saxons » (*Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 21).

¹⁸⁰ Sur le sujet, voy. *Le service public : entre menaces et renouveau*, 2. Les « lois » du service public, H. DUMONT et al. (dir.), Bruges, la Charte, 2009.

¹⁸¹ Cass., 19 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 200.

¹⁸² V. VUYLSTEKE et S. DE SOMER, « Le principe de continuité du service public. *The show must go on...* », in *Les principes généraux de droit administratif. Actualités et applications pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 230. Sur le débat relatif à la place de ce principe général dans la hiérarchie des normes (inférieur ou égal à la loi ou de valeur constitutionnelle), voy. pp. 232-233 et les références citées.

services auxquels le citoyen a droit, même si les obligations des autorités sont soumises au contrôle des normes d'une bonne administration»¹⁸³.

On dérive généralement de ce principe les prérogatives dites exorbitantes du droit commun dont jouit l'administration¹⁸⁴. Outre le droit d'exproprier pour cause d'utilité publique, le pouvoir de réquisition et la protection des biens destinés au service public, les deux principaux « privilèges » de l'administration sont ceux du préalable et de l'exécution d'office¹⁸⁵. Le premier vise « le pouvoir d'adopter des décisions unilatérales bénéficiant d'une présomption de légalité, en règle réfragable, mais seulement *a posteriori* et, partant, sans effet suspensif »¹⁸⁶ alors que le second permet à l'administration de procéder à l'exécution forcée d'une décision à laquelle ne se plie pas l'administré¹⁸⁷. La jurisprudence la plus abondante relative à ces privilèges est, on ne s'en étonnera pas, celle du Conseil d'État. Dans un arrêt *Bequet* du 31 mars 2009, il a explicitement rappelé que « l'acte de puissance publique est traditionnellement défini au regard des prérogatives qui s'y attachent dont les privilèges du préalable et de l'exécution d'office »¹⁸⁸. Tant la Cour constitutionnelle¹⁸⁹ que la Cour de cassation¹⁹⁰ admettent également l'existence du privilège du préalable, tout en lui refusant une portée absolue¹⁹¹. Dans un arrêt du 20 jan-

¹⁸³ Cass., 12 février 2004, *Pas.*, I, p. 256. De même, s'il empêche « en règle » que les biens d'une personne publique fassent l'objet de mesures d'exécution forcée, il « ne prive pas nécessairement le juge de tout pouvoir d'injonction à l'égard de l'administration [...] » (Cass., 30 septembre 1993, *Pas.*, I, p. 769). Voy. également l'arrêt récent de la Cour de cassation : « Les biens du domaine public de l'État et ceux de son domaine privé qui sont affectés à un service public ou d'intérêt général ne sont, *de leur nature*, pas susceptibles d'être soumis à l'impôt. Il s'ensuit que, d'une part, ces biens ne sont soumis à l'impôt que si une disposition légale le prévoit expressément, d'autre part, la disposition de l'article 172, alinéa 2, de la Constitution, aux termes de laquelle nulle exemption ou modération d'impôt ne peut être établie que par une loi, ne leur est pas applicable » (Cass., 23 février 2018, R.G. n° F.16.0102.F/8, nous soulignons).

¹⁸⁴ À côté de ces prérogatives, il faut également évoquer les servitudes ou sujétions de l'État : l'obligation de transparence, le respect du principe de légalité, l'obligation de motivation des actes individuels et le respect de certaines règles (not. en matière de marchés publics).

¹⁸⁵ V. VUYLSTEKE et S. DE SOMER, « Le principe de continuité du service public. *The show must go on...* », *op. cit.*, pp. 241-242.

¹⁸⁶ M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, *op. cit.*, p. 299. Cette définition n'est pas celle adoptée par l'auteur mais une définition « moyenne » élaborée à partir de diverses définitions doctrinales.

¹⁸⁷ V. VUYLSTEKE et S. DE SOMER, « Le principe de continuité du service public. *The show must go on...* », *op. cit.*, p. 244.

¹⁸⁸ C.E., 31 mars 2009, *Bequet*, n° 192.102. Il rappelle par ailleurs souvent la présomption de légalité dont jouissent tous les actes administratifs en vertu du privilège du préalable (voy., p. ex., C.E., 7 mai 2015, A.S.B.L. *Association pour le Droit des Étrangers*, n° 231.157). En vertu de ce privilège, la décision d'une autorité administrative est exécutoire de sorte qu'il incombe à l'administré de « s'incliner devant ladite décision, fût-elle illégale » (C.E., 21 février 2001, *Taymans*, n° 93.468). Les actes administratifs bénéficient de ce privilège, quand bien même ils sont entachés d'illégalité de sorte qu'une décision d'une administration « existe et produit ses effets aussi longtemps qu'elle n'a pas été annulée ou réformée » (C.E., 31 mai 2000, *UHL & Salières*, n° 87.738).

¹⁸⁹ C.C., arrêt n° 83/2009 du 14 mai 2009, B.S.

¹⁹⁰ Cass., 7 décembre 1998, *Pas.*, I, p. 505.

¹⁹¹ En ce qui concerne la présomption de légalité dont bénéficient les actes de l'administration, la Cour a toutefois décidé qu'il ne résulte pas de la circonstance que l'ONSS a le pouvoir de décider d'office de l'(in)existence d'un contrat de travail que « l'existence ou l'inexistence de pareil contrat serait érigée en une présomption dispensant le demandeur de toute preuve » (Cass., 2 mai 2005, *Pas.*, I, liv. 5-6, p. 973). Elle a encore précisé

vier 1994, la Cour de cassation a ainsi décidé « qu'à défaut de texte légal l'y habilitant et en l'absence de circonstances particulières nécessitant une intervention urgente en vue d'éviter une atteinte grave à l'ordre public, l'autorité communale ne peut procéder à l'exécution d'office, en dehors du domaine communal, des mesures qu'elle a édictées, sans recours préalable au juge »¹⁹².

59. Curieusement, ces deux privilèges, qui forment pourtant l'essence même de l'exorbitance de l'action publique, n'avaient guère retenu l'attention de la doctrine belge¹⁹³, jusqu'à ce que, il y a une vingtaine d'années et par une curieuse coïncidence, deux auteurs y consacrent en même temps leur thèse de doctorat¹⁹⁴. Il paraît d'autant plus important de les évoquer que les deux thèses révèlent des conceptions radicalement différentes.

La thèse de M. Nihoul est traversée par l'idée que, sauf dérogation, le droit commun est applicable à l'administration. Mettant en cause l'autonomie du droit administratif, il critique le « vice originel » de la transposition, en droit belge, des privilèges français alors que, en raison de la « sujétion de principe de l'administration au droit commun », une dérogation au droit commun dans une matière « ne peut intervenir que par le biais d'une norme équivalente ou supérieure dans la hiérarchie des normes »¹⁹⁵. Quant au profond rapport d'inégalité entre administrés et administration, qui est largement repris en doctrine depuis Hauriou, il le remet en cause au motif que, conformément à l'arrêt *La Flandria* et aux exigences de l'État de droit, « l'administration et les particuliers sont en principe sur un pied de parfaite égalité à l'égard du pouvoir judiciaire »¹⁹⁶. Il conclut que seul le privilège du préalable est « vraiment existant en droit positif » et qu'il peut être défini comme « la dispense

plus récemment que le « privilège du préalable n'interdit pas au juge des référés d'ordonner », en vertu de l'article 584 du Code judiciaire, « une mesure provisoire lorsqu'une apparence de droit suffisante justifie la décision » (Cass., 23 septembre 2011, *Pas.*, I, p. 2031).

¹⁹² Cass., 20 janvier 1994, *Pas.*, I, p. 75.

¹⁹³ Le premier à se référer à la notion de privilège du préalable dans un précis de droit administratif serait P. Wigny en 1947 (M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, op. cit., p. 1). Même en droit français, l'origine des privilèges ne dépasserait guère le début du xx^e siècle, M. Hauriou écrivant en 1903 que le privilège du préalable « aurait grand besoin d'être étudié d'une manière complète et minutieuse » (*Précis de droit administratif et de droit public général : à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 5^e éd., Paris, Société du Recueil général des lois et des arrêts, 1903, p. 250).

¹⁹⁴ M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, op. cit. (publié en 2001); P. GOFFAUX, *L'inexistence des privilèges de l'administration et le pouvoir d'exécution forcée*, Bruxelles, Bruylant, 2002. En raison du léger décalage de publication entre les deux ouvrages, seul le second auteur aura eu l'occasion de rédiger un « droit de réponse » à l'autre sous forme d'*addendum* (pp. 349-352).

¹⁹⁵ M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, op. cit., pp. 5, 30, 131 et 744. Selon lui, « l'intervention préalable du législateur constitue à cet égard une garantie indispensable pour l'administré », ce qui est d'autant plus important « dans une matière où il est par nature porté atteinte aux droits et libertés des particuliers », ce que confirme la Constitution lorsqu'elle exige l'intervention du législateur pour pouvoir les modaliser (*Ibid.*, p. 136).

¹⁹⁶ *Ibid.*, pp. 139-149, spéc. pp. 142-143. Il admet qu'une conception opposée triomphe actuellement en doctrine.

parfois accordée par le législateur à une autorité administrative donnée, voire exceptionnellement tolérée par le juge en cas d'urgente nécessité, d'obtenir l'autorisation du juge judiciaire avant de recourir à une mesure d'exécution forcée déterminée sur les biens, voire sur la personne d'autrui»¹⁹⁷.

Aux antipodes de cette thèse, P. Goffaux s'évertue à attaquer la « conception erronée, mais toujours vivace, des rapports existant entre droit civil et droit administratif, à savoir que le premier serait le droit commun et le second une exception à ce droit »¹⁹⁸. Cette conception, qu'il impute notamment à Hauriou¹⁹⁹ et qu'il qualifie de « réflexe civiliste » ou de « tentative des juristes pour limiter la puissance publique », a entraîné le choix du terme « privilège ». Il suggère de parler de « pouvoir de décision unilatérale », plutôt que de privilège du préalable, et de « pouvoir de coercition » plutôt que de privilège de l'exécution d'office²⁰⁰. Tant la nature des relations juridiques dans lesquelles une des parties est une autorité administrative que celle de l'instrument juridique par lequel se nouent les rapports entre les sujets de droit (contrat ou acte unilatéral), mais également la finalité différente (intérêts particuliers ou intérêt général), commandent la solution d'un droit administratif autonome, l'égalité ne s'appliquant qu'entre particuliers²⁰¹. Quant à la thèse selon laquelle l'administration ne pourrait se dispenser de l'autorisation d'un juge à défaut de disposition légale l'y habilitant explicitement ou en l'absence d'urgence, il la juge problématique dès lors que l'exigence de faire valoir un droit subjectif devant les juridictions de l'ordre judiciaire risque, bien souvent, de paralyser l'action administrative. Il estime donc qu'il faut déterminer la portée de ce pouvoir de coercition à la lumière du principe qui le fonde,

¹⁹⁷ *Ibid.*, pp. 746-747.

¹⁹⁸ P. GOFFAUX, *L'inexistence des privilèges de l'administration et le pouvoir d'exécution forcée*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 137. Il explique les origines de cette conception par la formation essentiellement privatiste des juristes du XIX^e siècle et par les convictions libérales qui, selon lui, animaient la plupart des administrativistes (*Ibid.*, pp. 146-150).

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 140. Si l'approche du droit administratif comme droit dérogoire « correspondait peut-être à une réalité lorsque notre pays connaissait encore le monisme juridictionnel et que les règles spécifiquement administratives étaient encore éparses et peu fournies, tel n'est plus le cas » (*Ibid.*, pp. 157 et 184). Il admet donc, comme M. Nihoul, que cette conception s'est développée très tôt en Belgique, notamment en raison du monisme juridictionnel, et il insiste également sur la différence majeure entre l'arrêt *Blanco* du Tribunal français des conflits en 1873 et l'arrêt *La Flandria* de la Cour de cassation belge (*Ibid.*, pp. 142-143). Le même constat était effectué par P. Wigny en 1948, qui relevait la « grande portée pratique » de la controverse : « si l'on opte pour l'application du Code civil aux personnes publiques, on doit admettre que les dérogations à ces dispositions sont exceptionnelles et doivent toujours être justifiées par un texte. Dans le cas contraire, la pratique administrative et une jurisprudence prétorienne peuvent admettre des amendements qui se justifient uniquement par les nécessités du service public. Il est incontestable que la première conception correspond à la tradition belge [...] » (P. WIGNY, *Principes généraux du droit administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1948, p. 90).

²⁰⁰ P. GOFFAUX, *L'inexistence des privilèges de l'administration*, *op. cit.*, pp. 157 et 184.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 150. C'est la « nécessaire poursuite de l'intérêt général qui justifie les deux premières caractéristiques des relations juridiques administratives [...] : l'unilatéralité et l'inégalité juridique » (*Ibid.*, p. 151).

à savoir la continuité du service public de sorte que l'administration jouit de ce pouvoir « non seulement quand le législateur le lui reconnaît expressément, mais de façon plus générale, chaque fois que l'exécution de la décision désobéie est nécessaire à l'accomplissement régulier et continu du service public dont elle est chargée »²⁰².

De part et d'autre, l'inconscient est mobilisé pour soutenir la thèse critiquée par chaque auteur. Ainsi, selon M. Nihoul, « dans un régime de droit administratif même très réglementé, il reste dans l'inconscient collectif que les administrations jouissent de privilèges exorbitants, et que les deux droits sont différents »²⁰³ alors que P. Goffaux estime que l'idée d'un droit administratif dérogatoire au droit civil est « bel et bien ancrée dans l'inconscient des juristes »²⁰⁴. On constate en tout cas que, sur ce point essentiel, la réponse n'a rien d'évident et qu'elle ne se trouve pas aisément dans le droit positif. F.-P. Benoit l'avait bien perçu lorsqu'il cherchait à déterminer le fondement de la justice administrative française et concluait qu'il s'agissait moins d'un problème de technique juridique que de conception de l'État²⁰⁵ ou plutôt, ajouterions-nous, de conception du rapport entre le droit et l'État²⁰⁶. Or cette question ne fait manifestement pas l'objet d'un consensus dans notre ordre juridique et dépend finalement peut-être, à défaut d'un inconscient juridique collectif partagé sur ce point, des convictions conscientes ou non de chacun.

60. Ce débat, aux relents philosophiques, voire psychanalytiques, trouve une traduction juridique aux effets potentiellement majeurs dans le cadre de l'application des principes d'égalité et de non-discrimination aux catégories des particuliers, d'une part, et des pouvoirs publics, d'autre part. En théorie, ces principes ne sont susceptibles d'être violés que si des catégories (suffisamment) comparables sont traitées de façon différente ou que des catégories (suffisamment) différentes sont traitées de la même façon²⁰⁷. Il en résulte qu'en

²⁰² *Ibid.*, p. 347.

²⁰³ M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, *op. cit.*, p. 133.

²⁰⁴ P. GOFFAUX, *L'inexistence des privilèges de l'administration*, *op. cit.*, pp. 145-146.

²⁰⁵ F.-P. BENOIT, « Les fondements de la justice administrative », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 295. Selon lui, ce fondement est double : la « volonté politique, constante et positive » d'accepter un contrôle des actes de la puissance publique par des « structures contentieuses proches d'elle » et un « tempérament national favorable au phénomène administratif » et soucieux de laisser les décisions politiques à des représentants de la Nation (*Ibid.*, pp. 294-295).

²⁰⁶ Selon X. BIOY, la « clé de l'identité du droit public se trouve sans doute dans le fait d'interroger constamment les liens qu'entretiennent le droit et l'État » (« L'identité disciplinaire du droit public. *L'ipse* et *l'idem* du droit public », *op. cit.*, p. 13).

²⁰⁷ Selon la Cour de cassation, ces principes « impliquent que tous ceux qui se trouvent dans la même situation soient traités de la même manière, mais n'excluent pas qu'une distinction soit faite entre différentes catégories de personnes pour autant que le critère de distinction soit susceptible de justification objective et raisonnable », l'existence d'une telle justification devant « s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure prise » (Cass., 19 mai 2011, *Pas.*, I, n° 328). Dans le même ordre d'idées, la Cour constitutionnelle considère que les principes d'égalité et de non-discrimination « n'excluent pas qu'une différence de traitement

règle, ce n'est qu'après avoir vérifié le test de comparabilité qu'il convient d'examiner si le critère de différenciation est objectif, si le but poursuivi par le législateur est légitime, si la différence de traitement est pertinente à l'égard du but poursuivi et s'il existe un rapport de proportionnalité entre la mesure critiquée et l'objectif du législateur. La comparabilité des catégories est donc, en quelque sorte, le «sésame» du raisonnement «qui conduira à s'interroger sur l'existence d'une justification valable aux différences de traitement réalisées ou non réalisées»²⁰⁸.

Peut-on considérer que les pouvoirs publics et les particuliers, ou que l'administration et les administrés, sont dans des situations suffisamment comparables pour leur appliquer le principe d'égalité? Si la réponse est positive, il ne sera guère aisé de considérer que le droit administratif est un droit autonome et tout traitement différent devra être justifié par un objectif légitime et passer le test de la proportionnalité. À l'inverse, si on part du principe que les pouvoirs publics et les particuliers sont dans des situations incomparables, il sera vain de tenter de remettre en cause l'application de règles distinctes à ces deux catégories de personnes juridiques²⁰⁹. On se concentre, dans les lignes qui suivent, sur la question de savoir si et dans quelle mesure les personnes morales de droit public peuvent prétendre à un régime d'exception par rapport aux particuliers ou, au contraire, si et dans quelle mesure les particuliers peuvent mettre en cause, sur la base des principes d'égalité et de non-discrimination, les règles particulières applicables aux pouvoirs publics²¹⁰.

soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée» et qu'ils «s'opposent, par ailleurs, à ce que soient traitées de manière identique, sans qu'apparaisse une justification raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure considérée, sont essentiellement différentes. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé» (C.C., arrêt n° 48/95 du 15 juin 1995, B.1.1).

²⁰⁸ B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, «Le principe d'égalité et de non-discrimination», in *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2011, t. II, pp. 533 et s. et p. 578.

²⁰⁹ Certains arrêts de la Cour constitutionnelle permettent toutefois de remettre en cause le statut de «sésame» de la comparabilité. Voy. not. C.C., arrêt n° 23/2005 du 26 janvier 2005, B.5. «L'allégation selon laquelle des situations ne sont pas suffisamment comparables ne peut tendre à ce que les articles 10 et 11 de la Constitution ne soient pas appliqués. Elle ne peut avoir pour effet que d'abréger la démonstration d'une compatibilité avec ces dispositions lorsque les situations sont à ce point éloignées qu'il est immédiatement évident qu'un constat de discrimination ne saurait résulter de leur comparaison minutieuse» (voy. également C.C., arrêt n° 109/2010 du 30 septembre 2010, B.3.2).

²¹⁰ L'autre face de la même médaille est la question, non moins intéressante, mais que nous n'aurons pas l'occasion de développer ici, de savoir dans quelle mesure ces personnes morales de droit public peuvent se prévaloir de règles, droits ou principes traditionnellement attribués aux particuliers. Sur l'invocabilité des principes d'égalité et de non-discrimination par les personnes morales de droit public, voy. not. C.C., arrêt n° 13/91 du 28 mai 1991, 4.B.2; C.C., arrêt n° 31/91 du 7 novembre 1991, 2.B.2; C.C. ainsi que les références citées par B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, «Le principe d'égalité et de non-discrimination», *op. cit.*, p. 569. Sur la question, plus large, de l'invocabilité des droits fondamentaux par les personnes morales de droit public, voy. F. BELLEFLAMME, M. EL BERHOUMI et P.-O. DE BROUX, «Les personnes morales de droit privé

61. Selon la Section du contentieux du Conseil d'État, la réponse paraît claire : l'égalité entre administré et administration « ne constitue pas une règle de droit positif belge » dès lors que « les citoyens et l'administration se trouvent *par nature* dans une situation fondamentalement distincte, justifiée par les fins d'utilité publique et la satisfaction de l'intérêt général que la seconde poursuit »²¹¹.

62. Dans un arrêt du 19 avril 2012, qui est passé assez inaperçu²¹², la Cour de cassation a affirmé sans autre explication que les « personnes morales de droit public ne peuvent pas constituer une catégorie de personnes comparables aux personnes morales de droit privé, même si elles fournissent des services comparables » de sorte que l'inégalité « alléguée ne concerne [...] pas des situations égales » et qu'il « n'y a pas lieu de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle »²¹³. Une telle position paraît à première vue fort éloignée du raisonnement tenu dans l'arrêt *La Flandria*²¹⁴, où les pouvoirs publics ont, implicitement, été considérés comme étant suffisamment comparables aux particuliers pour les soumettre au même régime de responsabilité extracontractuelle. On retrouve pourtant le principe d'une différence ontologique entre particuliers et pouvoirs publics dans le postulat selon lequel les « biens du domaine public de l'État et ceux de son domaine privé qui sont affectés à un service public ou d'intérêt général ne sont, *de leur nature*, pas susceptibles d'être soumis à l'impôt »²¹⁵.

63. Selon certains auteurs, la Cour constitutionnelle aurait « pour jurisprudence quasi constante de considérer qu'État et particulier ne sont pas com-

et de droit public», note sous C.C., n° 115/2004 du 30 juin 2004, n° 118/2007 du 19 septembre 2007 et n° 40/2011 du 15 mars 2011, in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 49-72.

²¹¹ C.E., arrêt n° 85.177 du 8 février 2000, *Ghysels/Van Roy*; n° 137.660 du 25 novembre 2004, *Jongen* (nous soulignons). Plus prudente, la Section législation du Conseil d'État a estimé que, dans le délai qui lui était imparti, elle ne pouvait « adopter de position définitive en faveur de l'une ou de l'autre thèse » (avis du 27 avril 1999, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1998-1999, n° 1719/6, p. 3).

²¹² Voy. néanmoins le commentaire critique de J. KIRKPATRICK, qui relève qu'il appartenait en principe à la Cour constitutionnelle d'effectuer le test de comparabilité (« À propos de la nécessaire publication des moyens de cassation et du refus de la Cour de cassation de poser à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle », *J.T.*, 2013/2, n° 6504, pp. 26-28).

²¹³ Cass., 19 avril 2012, *Pas.*, I, n° 237. Comp. avec Cass., 19 mai 2011, *Pas.*, I, p. 1374 : « Le règlement attaqué, qui introduit une distinction qui n'est pas susceptible d'une justification objective et raisonnable entre les avocats exerçant un mandat non judiciaire d'administration, de gestion et de surveillance d'une personne morale de droit privé et ceux qui exercent un mandat identique au sein d'une personne morale de droit public, viole les articles 10 et 11 de la Constitution. »

²¹⁴ Raisonnement repris et étendu dans les non moins célèbres arrêts *Anka I* (19 décembre 1991) et *II* (8 décembre 1994) et *Ferrara Jung* (28 septembre 2006), consacrant la responsabilité de l'État respectivement dans ses fonctions de juger et de légiférer.

²¹⁵ Cass., 23 février 2018, R.G. n° F.16.0102.F/8 (nous soulignons). Cet arrêt a été rendu sur conclusions contraires de l'avocat général Henkes, qui estimait qu'il n'existait pas de « principe juridique » fondant une exonération fiscale en l'absence de tout texte légal l'autorisant.

parables»²¹⁶. Ils ne citent toutefois, à titre d'exemple, qu'un arrêt n° 65/2005 du 23 mars 2005 dans lequel la Cour constitutionnelle devait statuer sur la discrimination alléguée entre les employeurs privés, membres d'organisations représentatives de leurs intérêts, et les employeurs publics (telle la Communauté française), le législateur fédéral ayant organisé le Conseil supérieur pour la prévention et la protection au travail en y assurant la représentation des premiers, mais non des seconds. La Cour estime certes qu'il existe des «différences importantes» entre ces deux catégories d'employeurs dès lors que les Communautés et Régions sont non seulement des employeurs, mais également «des collectivités publiques dotées d'un pouvoir législatif et d'un pouvoir exécutif». Elle n'arrête toutefois pas là son raisonnement et précise que des «mécanismes de concertation, formelle ou informelle, existent entre les entités fédérées et l'État fédéral» alors qu'une «concertation politique similaire n'existe pas entre l'État fédéral et les employeurs privés, de sorte que le législateur fédéral a pu juger nécessaire de l'organiser, au sein du Conseil supérieur, et d'assurer la représentation des employeurs par leurs organisations professionnelles, sans qu'il dût pour autant prévoir une organisation identique pour les employeurs publics», pour en conclure que la «différence de traitement critiquée n'est dès lors pas dépourvue de justification» (B.7.2). Si l'on s'en tient à la rigueur des principes, on pourrait considérer que la Cour constitutionnelle a, précisément, jugé dans cet arrêt que ces catégories étaient suffisamment comparables pour examiner la justification de la différence de traitement opérée entre elles par la mesure incriminée.

Il est vrai, par ailleurs, que, dans un arrêt du 15 mai 1996, la juridiction constitutionnelle a affirmé qu'«en raison de la mission d'intérêt général dont il a la charge, l'État, *en principe*, n'est pas une entité suffisamment comparable aux particuliers»²¹⁷. De même, en matière de pensions, elle a considéré dans plusieurs arrêts que les régimes de pension des secteurs public et privé «diffèrent quant à leur objectif, quant à leur mode de financement et quant aux conditions de leur octroi» de sorte que «le titulaire d'une pension de fonctionnaire ne peut *en principe* être comparé à celui d'une pension de salarié ou d'indépendant»²¹⁸.

²¹⁶ V. FLOHIMONT, «Comparaison et comparabilité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle : rigueur ou jeu de hasard?», *R.B.D.C.*, 2008, p. 221; dans le même sens, F. HANS et L. DÈMEZ, «L'égalité devant et dans le service public : de son double emploi à sa plus-value?», in *Les principes généraux de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 184.

²¹⁷ C.C., arrêt n° 32/96 du 15 mai 1996, pt B.10 (nous soulignons). Elle a par ailleurs décidé que les «personnes morales de droit public se distinguent des personnes morales de droit privé en ce qu'elles n'ont que des missions de service public et doivent ne servir que l'intérêt général» (C.C., arrêt n° 128/2002 du 10 juillet 2002, B.7.2).

²¹⁸ C.C., arrêt n° 4/2006 du 11 janvier 2006, B.3.2 et les références de la Cour à sa jurisprudence (nous soulignons). D'autres décisions vont dans le même sens. Dans un arrêt du 12 mars 2003, la Cour devait se prononcer sur la différence de traitement dénoncée entre concessionnaires de service public et locataires dans le cadre d'un

64. L'analyse de sa jurisprudence témoigne cependant de ce que son approche est, sinon toujours cohérente, à tout le moins très nuancée et que les termes « en principe » révèlent en réalité une kyrielle d'exceptions. Ainsi, dans le même arrêt du 15 mai 1996, la Cour, après avoir énoncé le principe précité, précise que, « (t)outefois, dans certaines matières, notamment lorsqu'il fait exécuter des travaux qui endommagent des propriétés, il est tenu, dans l'état actuel du droit, d'indemniser les propriétaires, soit en application des articles 1382 et 1383 du Code civil, soit en vertu de l'article 544 du même Code » de sorte que, dans ce cas, « l'État et les particuliers se trouvent dans des situations suffisamment proches pour que l'on puisse conclure à leur comparabilité »²¹⁹. On retrouve l'enseignement de l'arrêt *La Flandria*, auquel la Cour s'est explicitement référée dans un arrêt récent dans lequel elle a rappelé qu'en vertu de cette décision, les personnes morales de droit public et de droit privé sont, même si les actes des secondes ne peuvent faire l'objet d'un recours en annulation, suffisamment comparables au regard des articles 1382

bail commercial, seuls les seconds pouvant se prévaloir des dispositions protectrices de la législation relative à ce type de bail en matière de congé. Selon elle, l'autorité publique qui accorde une concession portant sur un bien qui relève soit de son domaine public, soit de son domaine privé (mais dans le cadre d'un bail faisant l'objet de clauses dérogatoires au droit commun conformément à l'article 1712 du Code civil) « se distingue des bailleurs, personnes privées, en ce que l'intérêt général qu'elle a pour mission de défendre requiert et justifie qu'il puisse être mis fin aux conventions ainsi conclues » (C.C., arrêt n° 32/2003 du 12 mars 2003, B.3). On pourrait aussi évoquer sa jurisprudence par laquelle, en se référant à la particularité des personnes morales de droit public disposant « d'un organe démocratiquement élu », qui est « d'être principalement chargées d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative, de disposer d'assemblées démocratiquement élues et d'organes soumis à un contrôle politique », elle a validé le traitement de faveur dont bénéficiaient, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 2018, ces personnes morales, dès lors qu'en vertu de l'article 5, alinéa 4, du Code pénal, elles ne pouvaient engager leur responsabilité pénale à la différence d'autres personnes morales (C.C., arrêt n° 128/2002 du 10 juillet 2002, B.7.3). Voy. la critique de cet arrêt par M. NIHOUL, « L'immunité pénale des collectivités publiques est-elle "constitutionnellement correcte" ? », *R.D.P.*, 2003, pp. 812-833. On relèvera enfin que c'est parce que des caisses d'assurances sociales se sont vu confier une mission de service public (donc, dans l'intérêt général) que la Cour constitutionnelle a validé le « privilège du préalable » confié par le législateur à celles-ci, y compris celles constituées sous forme d'ASBL. Comme l'ONSS ou l'administration fiscale et à la différence des autres créanciers, elles ont en effet le pouvoir de récupérer les arriérés de cotisations destinés à financer le régime de sécurité sociale par voie de contrainte, et donc sans passer par un juge. Selon la Cour, d'une part, les débiteurs de ces cotisations sociales ne sont pas dans une situation identique à celle de débiteurs de créanciers privés et, d'autre part, la mesure n'est pas disproportionnée dès lors que les débiteurs sociaux disposent d'un recours devant les juridictions de l'ordre judiciaire (C.C., arrêt n° 75/2009 du 5 mai 2009, B.4-B.9).

²¹⁹ C.C., arrêt n° 32/96 du 15 mai 1996, pt B.10. Dans ce même arrêt, la Cour estime qu'en soumettant les actions précitées à une prescription différente « selon qu'elles sont dirigées contre l'État ou contre des particuliers, le législateur s'est fondé sur une différence objective : l'État sert l'intérêt général; les particuliers agissent en considération de leur intérêt personnel » (B.11). De même, la Cour a considéré que le recours par le législateur à une prescription quinquennale ou décennale est pertinent et n'est pas disproportionné par rapport au but poursuivi (B.12-B.15). Elle a toutefois décidé qu'en « soumettant à la prescription quinquennale l'action par laquelle une personne demande à être indemnisée du préjudice causé à ses biens par des travaux effectués par l'État, tandis que la même action est soumise à la prescription trentenaire lorsqu'elle est dirigée contre un particulier, la loi contient une mesure qui est disproportionnée au but poursuivi par le législateur » et que sont « ainsi traité[s] différemment sans justification raisonnable des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure considérée, ne sont pas différentes » (B.18).

et 1383 du Code civil « dès lors qu'il est établi de manière constante que ces dispositions obligent tant l'autorité administrative que les personnes de droit privé à réparer le dommage causé à autrui par sa faute »²²⁰.

En matière de pensions, par ailleurs, la Cour a décidé que les conjoints divorcés de travailleurs pensionnés étaient « dans une situation identique, quel que soit le régime de pension de leur ex-conjoint » (secteur public ou privé) « puisqu'[ils] risquent de connaître les mêmes difficultés matérielles à la suite de la rupture du lien matrimonial », précisant dans une formule discrète que les « différences des régimes de pension ne permettent pas de conclure que ces personnes ne sont pas comparables »²²¹.

65. On le voit, la comparabilité n'est pas une science exacte et le test, qui induit inévitablement un jugement de valeur dans le chef de celui qui l'effectue²²², dépendra généralement du cadre de référence ou de l'objectif poursuivi par le législateur²²³. Dans son arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009, la Cour constitutionnelle a ainsi rappelé qu'à la différence de l'État, le citoyen n'avait ni pouvoir normatif ni l'obligation de poursuivre l'intérêt général, n'exerçait pas un service public, et ne disposait ni du monopole de la contrainte ni du pouvoir d'établir des impôts. Elle a cependant considéré que, par rapport à l'obligation de respecter l'interdiction de discrimination, les pouvoirs publics et les personnes privées ne se trouvaient pas dans « des situations fondamentalement différentes » de sorte que le moyen qui faisait grief à la législation anti-discrimination de violer les articles 10 et 11 de la

²²⁰ C.C., arrêt n° 106/2018, B.4. La Cour conclut à l'absence de différence de traitement entre les deux catégories de personnes, dans l'interprétation des articles 1382 et 1383 du Code civil selon laquelle la faute de la personne morale de droit public résulte soit d'un comportement qui n'aurait pas été adopté par une administration ou un agent normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions, soit de la violation d'une norme de droit lui imposant une obligation claire, précise et inconditionnelle, sous réserve de l'erreur invincible ou d'une autre cause de justification : « En effet, quelle que soit la nature de la personne dont la responsabilité est mise en cause, la faute devant être démontrée par la partie qui soutient que le comportement de l'auteur de l'acte lui a causé un dommage consiste soit en une violation d'une norme légale ou réglementaire imposant un comportement ou une abstention d'agir suffisamment déterminés, soit, en l'absence d'une telle norme, en une violation d'une norme générale de conduite enjoignant d'agir comme le ferait une personne normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes conditions » (B.5-B.7). S'il n'y a pas de différence de traitement, cependant, cela implique en principe que les personnes privées et publiques sont suffisamment comparables, sauf à créer une discrimination.

²²¹ C.C., arrêt n° 4/2006 du 11 janvier 2006, B.3.3. L'histoire ne dit pas si le recours à la figure de la litote devait permettre de présager de l'issue de l'arrêt. En l'espèce, la Cour a considéré que la différence de traitement n'était pas discriminatoire dès lors qu'elle n'était pas dénuée de justification raisonnable et que la comparaison entre les conjoints de personnes pensionnées dans le secteur public et dans le secteur privé avait révélé que, dans les deux cas, le législateur s'était « soucié de la situation matérielle du conjoint dont le lien matrimonial est rompu » et que, même si les droits accordés étaient différents, aucun des régimes n'avait pour conséquence de « laisser sans ressources le conjoint divorcé, alors même qu'il est dans le besoin » (B.5-B.9).

²²² B. RENAULT et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, p. 579.

²²³ V. FLOHIMONT, « Comparaison et comparabilité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle : rigueur ou jeu de hasard? », *op. cit.*, pp. 230-232.

Constitution en traitant de manière identique des catégories de personnes différentes (pouvoirs publics et particuliers) n'était pas fondé²²⁴.

66. Sans surprise, le contentieux constitutionnel le plus important est lié au statut particulier de l'État (au sens large) en sa qualité d'employeur public et, surtout, aux différences de traitement existant entre les personnes qui travaillent pour lui et celles qui travaillent dans le secteur privé. Outre le régime des pensions, déjà évoqué, la Cour constitutionnelle a conclu à la comparabilité des situations et, ensuite, à la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qui concerne le régime :

- permettant aux pouvoirs publics, ayant indemnisé une victime du dommage causé par la faute légère occasionnelle commise par un membre de leur personnel statutaire, d'intenter une action récursoire contre celui-ci alors qu'un tel recours était refusé à l'employeur privé en application de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail²²⁵ ;
- en vertu duquel les personnes victimes d'un accident de roulage survenu sur le chemin du travail et causé involontairement par certaines personnes morales de droit public peuvent intenter une action en responsabilité contre celles-ci, contrairement aux victimes d'un accident du travail²²⁶ ;
- selon lequel l'action en répétition de l'indu exercée par l'autorité publique à l'égard de l'agent public se prescrit par trente ans (en cas d'envoi d'un courrier recommandé interrompant le premier délai quinquennal) alors que la même action se prescrit par cinq ans lorsqu'elle est exercée par un employeur privé²²⁷ ;

²²⁴ C.C., arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009, B.10.4. Selon la Cour, en effet, le « principe d'égalité et de non-discrimination n'est [...] pas un simple principe de bonne législation et de bonne administration », mais il constitue « l'un des fondements d'un État de droit démocratique » (B.10.3).

²²⁵ C.C., arrêt n° 77/96 du 18 décembre 1996. Cette différence de traitement « n'est pas justifiée étant donné la similitude des relations de travail comparées, notamment sous l'angle de la subordination juridique » (B.3). Le législateur a remédié à cette discrimination en adoptant la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques (*M.B.*, 27 février 2003, p. 9558).

²²⁶ C.C., arrêt n° 85/2000 du 5 juillet 2000, B.3-B.4. Le raisonnement de la Cour est, comme dans d'autres arrêts similaires, justifié principalement par le recours aux travaux préparatoires de la loi du 3 juillet 1967, dont il résulte que le législateur avait souhaité établir un régime comparable pour les travailleurs du secteur privé et ceux du secteur public en ce qui concerne, tout particulièrement, le régime d'indemnisation des victimes d'un accident du travail ou sur le chemin du travail. Voy. également les références citées par V. FLOHIMONT, « Comparaison et comparabilité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle : rigueur ou jeu de hasard ? », *op. cit.*, p. 232.

²²⁷ C.C., arrêt n° 88/2011 du 18 mai 2011, B.2-B.6. Selon la Cour : « Même si les différences essentielles entre les deux catégories de travailleurs [...] justifient qu'ils puissent être soumis à des systèmes différents, ils se trouvent néanmoins dans des situations comparables. Dans les deux cas, le remboursement de traitements indûment payés est demandé aux travailleurs concernés » (B.5.1). La cour précise cependant qu'il ne pourrait, en l'absence d'harmonisation entre les régimes, y avoir de discrimination que si la différence de traitement « allait de pair avec une limitation disproportionnée des droits des parties concernées », ce qui n'est plus le cas actuellement (B.6 et B.8.4).

- relatif au recours dont bénéficie, à la suite de la jurisprudence de la Cour de cassation, l'employeur public sur la base de l'article 1382 du Code civil en cas d'accident survenu hors service à un de ses agents, mais dont est privé l'employeur public²²⁸.

Dans d'autres cas, la Cour constitutionnelle a conclu que les situations qui lui étaient soumises étaient essentiellement différentes, mais pas nécessairement en raison de circonstances propres à l'employeur étatique en sa qualité d'autorité détentrice de la puissance publique ou chargée d'une mission de service public. Ainsi, elle a estimé que, certes, le dommage de l'employeur public qui a continué à payer à son agent victime d'un accident du travail (ou arrivé sur le chemin du travail) des prestations financières sans contrepartie présentait « des points communs avec celui auquel serait confronté, dans des circonstances analogues, un employeur du secteur privé »²²⁹. La Cour a toutefois relevé que ces employeurs, tout comme les victimes, se trouvaient, « dans des situations essentiellement différentes » en ce que la législation met à charge de l'employeur privé et non de l'employeur public l'obligation de souscrire une assurance « qui, si elle oblige l'employeur privé au paiement de primes, ne lui impose que des obligations limitées à l'égard du travailleur, lequel peut agir directement contre l'assureur » de sorte qu'il n'est « pas dépourvu de pertinence » de n'ouvrir le recours direct contre le tiers responsable fondé sur l'article 1382 du Code civil qu'à l'autorité publique, l'employeur privé devant se contenter d'une action subrogatoire²³⁰.

Enfin, la Cour ne fait pas toujours clairement la distinction entre la question de la comparabilité et celle de la justification de la mesure, aborde parfois la seconde sans avoir clairement répondu à la première ou, comme dans les deux arrêts que l'on vient d'évoquer en matière de recours direct de l'employeur public, examine la seconde question alors qu'elle a déjà conclu que les situations n'étaient pas comparables²³¹. Ainsi, dans l'arrêt précité du

²²⁸ C.C., arrêt n° 135/2007 du 7 novembre 2007, B.11. Le critère de distinction est « objectif, mais n'est cependant pas pertinent puisque l'on n'aperçoit pas en quoi le dommage auquel est confronté l'employeur public qui, en raison de l'incapacité de travail frappant son agent victime d'un accident causé par un tiers, doit garantir à cet agent, sans contrepartie, des prestations financières et réorganiser ses services, se distinguerait de celui auquel serait confronté, dans des circonstances analogues, un employeur du secteur privé ». La circonstance que l'employeur public est tenu par le principe de la continuité du service public ne suffit pas à justifier cette différence de traitement. Elle propose cependant une interprétation conciliante, selon laquelle l'employeur privé pourrait exercer ce recours dans les mêmes conditions que l'employeur public (B.13). Les mêmes motifs sont reproduits dans l'arrêt n° 65/2008 du 17 avril 2008 (B.10-B.13).

²²⁹ C.C., arrêt n° 135/2007 du 7 novembre 2007, B.7; arrêt n° 65/2008 du 17 avril 2008, B.7.

²³⁰ *Ibid.*, B.8-10. Sans trop s'expliquer, la Cour constitutionnelle estime qu'il en va de même pour le tiers responsable.

²³¹ Alors qu'elle a conclu au caractère essentiellement différent des catégories examinées, elle précise que la différence de traitement, outre qu'elle est pertinente, ne porte pas une « atteinte disproportionnée aux droits des intéressés puisque les obligations de l'employeur privé vis-à-vis de la victime sont limitées et que l'assureur bénéficiant du mécanisme subrogatoire perçoit, pour sa part, des primes d'assurance » (*Ibid.*, B.8).

12 mars 2003²³², relatif à la différence de traitement dénoncée entre concession de service public (et bail conclu avec l'autorité publique) et bail commercial, la Cour, après avoir considéré que la situation de l'autorité publique était distincte de celle du bailleur privé, a poursuivi son raisonnement en précisant, d'une part, que la précarité de la situation des concessionnaires et, le cas échéant, de certains locataires de biens étatiques constituait « une norme en rapport avec l'objectif poursuivi, les dispositions en cause ne pouvant être isolées du contexte dans lequel elles s'inscrivent, à savoir la subordination de tout intérêt particulier – fût-il légitime – à l'intérêt général auquel tout acte de l'autorité publique est censé se rapporter » et, d'autre part, que la mesure n'était pas disproportionnée, « les décisions prises par l'autorité dans le cadre de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire – mais non arbitraire » étant « soumises au contrôle du juge, auquel une annulation ou une indemnisation peut être demandée »²³³.

67. On le voit, la cohérence de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle n'est pas toujours facile à appréhender. À la décharge des juges constitutionnels, tant la multiplication des entités hybrides, auxquelles on ne sait trop quel droit appliquer, que la complexification du droit, qui a amené la plupart des auteurs à relativiser la *summa divisio*, ne sont pas de nature à faciliter les choses²³⁴. Il est clair en tout cas qu'une approche trop simpliste ou dogmatique de la question ne peut permettre la compréhension du cœur du problème. Les arrêts précités de la Cour de cassation et du Conseil d'État, qui refusent toute comparaison en raison de la différence de *nature* des pouvoirs et biens publics, sont, à cet égard, peu convaincants.

Section 3

Un partenariat public-privé

68. Il se dégage de l'examen de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle que le contrôle du principe d'égalité qu'elle opère induit, comme l'écrit M. Nihoul, un « rapprochement continu » du droit administratif avec le droit commun²³⁵. On l'a vu, un constat similaire peut être opéré en ce

Pour une confirmation récente de cette jurisprudence, même dans l'hypothèse où le pouvoir public serait assuré, voy. C.C., arrêt n° 10/2018 du 1^{er} février 2018.

²³² Voy. *supra*, note 218.

²³³ C.C., arrêt n° 32/2003 du 12 mars 2003, B.3-B.4.

²³⁴ On rappellera que l'infléchissement du droit privé vers le droit public dénoncé après-guerre par R. Savatier résultait notamment de la multiplication de collectivités intermédiaires entre l'État et les individus (*supra*, § 32). Sur la difficulté (croissante) de distinguer les personnes morales de droit privé et celles de droit public, voy. not. D. DELVAX, « Flux et reflux de la jurisprudence relative à la notion d'autorité administrative », *A.P.T.*, 2001, pp. 196-215; F. BELLEFLAMME, « Une association administrative ne saurait être assimilée à une autorité administrative », *A.P.T.*, 2015/1, pp. 185-194.

²³⁵ M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, *op. cit.*, p. 709. Voy. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 70 : « L'atténuation progressive de la spécificité du droit administratif, qui conduit

qui concerne l'influence sur notre droit public du droit européen (au sens large)²³⁶, même si ces différentes juridictions ne restent pas insensibles à ce qui fait la spécificité des pouvoirs publics.

L'objet du présent ouvrage est notamment d'essayer d'analyser la réalité et la mesure de ce rapprochement qui va, logiquement, de pair avec la multiplication de zones grises et d'influences croisées entre droit public et droit privé. Les différentes contributions ont également pour objet d'analyser ces phénomènes au regard de la question, plus large, de l'exorbitance du droit public par rapport au droit privé. Dans ce cadre, il a été demandé aux auteurs de répondre, dans la mesure du possible, aux questions de savoir si la *summa divisio* est pertinente pour leur sujet et/ou si un autre critère de distinction serait davantage pertinent. Il leur a également été suggéré de déterminer s'ils ont pu observer un «transfert» de concepts de l'une branche du droit vers l'autre et, le cas échéant, l'impact d'un tel transfert, tant sur le concept transposé que sur la branche qui l'a recueilli.

69. Quant à la spécificité des contributions, elle réside dans le fait que la plupart d'entre elles ont été rédigées à quatre mains, deux publicistes, deux privatistes. Gageons que la rencontre de ces deux «esprits du droit» permettra de jeter un éclairage neuf sur des thèmes contemporains, à l'aune d'une notion du droit qui n'est, peut-être, ni *summa* ni *divisio*.

à s'interroger sur son avenir et à rechercher dans la protection des droits fondamentaux une nouvelle assise à son institution [...] est révélatrice d'un processus de banalisation de l'institution étatique.»

²³⁶ Voy. *supra*, §§ 49-50.