

Conclusions générales

Pierre-Olivier DE BROUX

Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Thierry LÉONARD

*Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles*

Bruno LOMBAERT

*Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles*

Jérémie VAN MEERBEECK

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

Au terme de cette recherche sur la distinction entre droit public et droit privé, il est possible de dresser certains constats et de proposer quelques réflexions. Celles-ci rejoignent partiellement la contribution introductive, tout en projetant un éclairage supplémentaire sur ce sujet complexe.

Des critères incertains. – Tout d'abord, il se confirme que les quatre critères de distinction entre droit privé et droit public relevés dans l'introduction de cet ouvrage nous révèlent cependant, chacun à leur manière, quelque chose d'utile sur la distinction. Ils ne sont cependant pas unanimement admis et ne convainquent pas totalement.

Il avait déjà été relevé que le critère issu de la *compétence en matière de contentieux* était nettement moins probant dans notre ordre juridique qu'en droit français. En effet, de nombreuses questions qui sont liées au droit public sont soumises au pouvoir judiciaire : les droits fondamentaux¹ « importés » (notamment) dans le droit de la responsabilité civile² (Cruysmans et d'Ursel),

¹ Ils sont traditionnellement rattachés au droit public, mais, on l'a vu, ce rattachement ne va pas de soi.

² Classiquement considérée comme un des pans fondamentaux du droit privé, L. Cornelis écrit pourtant que « la responsabilité civile est incontestablement un instrument de droit public parmi d'autres » qui permet

les contentieux de la passation des marchés publics – du moins lorsque l'adjudicateur n'est pas une autorité administrative justiciable du Conseil d'État – (Germain et Vanderstraeten) et du licenciement des agents contractuels (Belleflamme et Dasnoy), ou encore les recours en annulation contre des décisions d'autorités administratives (Van Gehuchten et Verhoustraeten). À l'inverse, quoique de façon plus limitée, le Conseil d'État est désormais compétent pour octroyer une indemnité réparatrice, grâce à l'introduction de l'article 11*bis* dans les lois coordonnées sur le Conseil d'État et à la modification de l'article 144 de la Constitution.

Et pourtant, plusieurs auteurs estiment que la dualité juridictionnelle n'est pas étrangère au maintien de la distinction entre droit privé et droit public. Il paraît évident à Fr. Belleflamme et H. Dasnoy que cette distinction « subsistera, à tout le moins tant que subsistera un dualisme de juridictions, qui a pour conséquence que le Conseil d'État et les juridictions judiciaires développent, chacun de leur côté, des ensembles de normes distincts ». Se ralliant à l'opinion d'un autre auteur, P.-P. Van Gehuchten et A. Verhoustraeten se demandent, quant à eux, si la culture des juges du pouvoir judiciaire, combinée à l'absence du ministère public dans le contentieux objectif qui leur est soumis, n'entraîne pas le risque que l'intérêt général soit peu, pas ou mal pris en compte.

On retrouve ainsi la prégnance du *critère de l'intérêt*, le droit public étant associé à l'intérêt général alors que le droit privé est censé protéger les intérêts particuliers. Il y a cependant fort à parier que peu de publicistes se satisferaient d'une définition du droit public – plus spécifiquement du droit constitutionnel – qui n'inclurait pas la protection des intérêts particuliers à travers la garantie des droits individuels. On imagine, par ailleurs, mal les privatistes accepter que la protection des travailleurs ou des consommateurs ne soit pas un objectif d'intérêt général, sans même évoquer la place fondamentale que joue la notion d'ordre public en droit privé. C'est pourtant bien un privatiste qui qualifie le droit privé de « fidèle serviteur des intérêts économiques et financiers » et identifie le droit public aux « intérêts essentiels de l'État et de la communauté » (Cornelis). Le même auteur suggère, par ailleurs, des réflexions stimulantes qui tendent à intégrer l'intérêt général au cœur même de la responsabilité civile.

En outre, si tout le monde peut s'entendre *a minima* pour dire qu'il n'y a pas de droit public en l'absence d'intervention étatique, même indirecte, le consensus sur le *critère du sujet* s'arrête là. La seule présence de l'autorité publique dans un rapport de droit ne suffit pas à écarter le droit

d'arriver à une correction de l'ordre économique et financier dans un sens plus conforme à la Constitution et à la Convention européenne des droits de l'homme.

privé, de sorte qu'il faut s'intéresser à la qualité en laquelle elle intervient, en tant que puissance publique ou non. La clarté théorique de la distinction, pour autant qu'elle puisse rallier les opinions, ne doit pas masquer les difficultés pratiques soulevées par sa mise en œuvre. On en veut pour preuve le contentieux des « mariages blancs » où le juge civil connaît d'une décision d'*imperium* d'une autorité publique communale (l'officier d'état civil) dans une matière relevant sans nul doute du droit privé. Force est cependant de constater que ce critère, sans être une science exacte, offre à tout le moins un guide à celui qui cherche à distinguer droit public et droit privé.

Enfin, le critère du *mode d'intervention*, s'il fournit également des indices utiles, n'en a pas moins, lui aussi, montré ses limites. C'est du reste lorsque l'autorité publique, en recourant notamment au contrat, se départ de son mode d'action privilégiée (la décision unilatérale) que la séparation entre droit privé et droit public révèle son absence d'étanchéité.

Une distinction perméable. – Le caractère perméable de la distinction est largement admis par tous les auteurs qui l'évoquent. Pour E. Cruysmans et E. d'Ursel, ce n'est même qu'à partir « du moment où l'on accepte que la frontière qu'elle trace est poreuse et perméable » que « la *summa divisio* reste un concept pertinent »³. Quant à L. Cornelis, il fait le procès d'une conception dans laquelle, précisément, les deux branches du droit seraient conçues de façon trop séparée : « Si la cohérence du système juridique est un objectif à atteindre, le droit privé n'a pas droit à un développement autonome, qui lui permettrait de se départir des intérêts qui sont protégés par le droit public »⁴.

Les points de rencontre entre droit privé et droit public sont nombreux et se matérialisent sous différentes formes, comme l'ont révélé les différentes contributions. Dans certains cas, une des deux branches du droit constitue un obstacle pour le développement d'une institution émanant de l'autre. Les catégories civilistes sont ainsi présentées comme susceptibles de constituer une entrave à la protection offerte par le droit public aux biens culturels (Bernard et de Clippele). À l'inverse, différentes branches du droit public (normes de salubrité, règles urbanistiques, droit de la sécurité et de l'aide sociales) présentent autant de difficultés pour la « figure de droit privé de la colocation » (Bernard et Ruys).

³ Ils pointent une « perméabilité importante » entre droit public et droit privé dans le domaine de la responsabilité des médias.

⁴ On retrouve ici la question posée dans la contribution introductive, à savoir celle de l'autonomie du droit public, mais inversée. On rappellera également que, historiquement, le droit public s'est construit en s'autonomisant par rapport au droit privé.

Dans d'autres cas, on assiste aux effets de ce qu'on pourrait appeler des « chevaux de Troie » du droit qui viennent bousculer la distinction traditionnelle en s'infiltrant dans l'une ou l'autre branche du droit. Comme l'a montré la contribution introductive, l'application des principes d'égalité et de non-discrimination entraîne l'uniformisation des régimes de droit public et de droit privé, quand leurs différences ne peuvent être justifiées. Dans le même sens, T. Coppée et M. Lambert de Rouvroit observent, à la suite de P. Van Ommeslaghe, « une tendance au rapprochement des régimes de responsabilité civile des pouvoirs publics au droit commun, ou, à tout le moins, de remise en cause des dérogations ». Plusieurs auteurs pointent par ailleurs l'influence sur la *summa divisio* d'un droit européen jugé « imperméable à cette distinction » (Germain et Vanderstraeten) qui n'était « pas présente dans l'esprit des pères fondateurs de la Communauté européenne lors de leur consécration dans le Traité » et « ne l'est pas davantage aujourd'hui » (de Jonghe et de Pierpont)⁵.

Enfin, les rencontres entre droit privé et droit public révèlent d'intéressants effets « retour » qui témoignent du fait que ces branches du droit ne sortent pas indemnes de leur confrontation, et pas toujours dans le sens auquel on pouvait s'attendre.

La contractualisation croissante du droit public avait ainsi amené certains publicistes à s'inquiéter de sa colonisation par le droit privé (Van Meerbeeck). On constate toutefois que ce détour par le droit public entraîne une publication de la figure de droit privé. Comme l'écrivent Fr. Belleflamme et H. Dasnoy : « [L]e recours au droit privé (contrat), pour échapper au droit public (statut), a entraîné un retour de bâton... du droit public (motivation et audition) : "sortez le droit administratif par la porte, il revient par la fenêtre". Le contrat de travail, utilisé comme outil pour flexibiliser la fonction publique, n'a pas pu empêcher que le droit public ne se réimpose de lui-même. »

De même, le régime de déclaration d'absence d'effets en droit des marchés publics vient restreindre considérablement celui de droit commun des nullités et il « exerce son pouvoir d'attraction sur un nombre croissant de contrats publics » (Germain et Vanderstraeten). Enfin, la contribution de D. Van Eeckhoutte et H. Culot montre bien la nécessité de veiller en amont au respect des garanties (de droit public) de transparence, d'ouverture et de participation lorsque les autorités publiques entérinent – dans un processus qui n'est pas sans évoquer celui des conventions collectives de travail rendues obligatoires⁶ – des normes techniques adoptées par des acteurs privés.

⁵ Sur ce point, voy. également la contribution introductive, §§ 49-50.

⁶ Processus lui-même fondé historiquement sur des constructions juridiques empruntées tant au droit privé qu'au droit public. Voy. V. VANNES, « Des premiers accords collectifs aux conventions collectives de travail régies par la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires »,

À l'inverse, on l'a vu, le fait de soumettre des recours objectifs aux juridictions du pouvoir judiciaire suscite des craintes quant à la protection de l'intérêt général, et on peut émettre l'hypothèse plus générale que l'application des normes de droit public par ces juridictions n'est pas sans impact sur l'évolution de ces normes.

Un tiers droit ? – Il se dégage des différentes contributions l'idée, déjà évoquée dans la contribution introductive, qu'il existe une zone hybride, à l'intersection du droit public et du droit privé. Il s'agit d'une « sphère semi-publique » ou « semi-privée », qui serait notamment « concernée par les contrats qui possèdent des éléments constitutifs de nature à la fois publique et privée » (de Pierpont et de Jonghe)⁷. Dans cette zone se met en place ce qu'on pourrait qualifier d'« aménagements raisonnables », visant à concilier le mieux possible les exigences du droit public et du droit privé. Ces aménagements, qui prennent parfois la forme de « bricolages », dévoilent tant la capacité créative du droit que ses faiblesses.

Ainsi, comme l'exposent N. Bernard et M.-S. de Clippele, la notion, propre à la protection du patrimoine, de monument a permis de dépasser le clivage civiliste entre biens mobiliers et immobiliers. Tant la législation que la jurisprudence essaient par ailleurs de réduire les obstacles que dresse le droit public à la figure de la colocation (Bernard et Ruys). La déclaration d'absence d'effets d'un contrat de marché public permet, mieux que le droit commun, de garantir l'équilibre entre, d'une part, l'impératif de légalité et, d'autre part, les principes de continuité du service public et de la sécurité juridique, mais elle ne l'exclut pas dans les hypothèses qui sont étrangères à l'irrégularité de la décision d'attribution de marché ou pour régler des aspects non visés par la loi du 17 juin 2013 (Germain et Vanderstraeten). Plutôt que d'invasion du droit privé par le droit public, ces derniers auteurs préfèrent évoquer des régimes qui ne sont pas seulement compatibles, mais qui « s'apparentent à des vases communicants, qui se complètent et se renforcent ». E. Cruysmans et E. d'Ursel estiment, pour leur part, que la grille de lecture qu'ils ont « mise en exergue démontre que le droit public et le droit privé fonctionnent de concert afin de proposer des solutions juridiques cohérentes et adaptées » et qu'il n'est peut-être pas pertinent de partir du « postulat que droit public et droit privé s'affrontent et s'opposent ».

La situation n'est pas idéale pour autant. Souvent, en effet, la rencontre des deux droits témoigne de leur méconnaissance ou incompréhension

in D. DUMONT et E. DERMINE (dir.), *La loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 18-19.

⁷ Cette idée peut être comparée à la thèse consacrée par Fr. Vandendriessche à la distinction entre les personnes privées et les personnes publiques. Celui-ci conteste la volonté de vouloir séparer nettement les deux catégories de personnes, et conclut plutôt à l'existence d'un *continuum* entre les personnes publiques et les personnes privées. Voy. Fr. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2004.

mutuelle⁸, voire entraîne des greffes de concepts qui s'en trouvent génétiquement modifiés : *traduttore traditore*...

Toujours dans le cadre des marchés publics, J.-Fr. Germain et M. Vanderstraeten soulignent ainsi l'incertitude qui entoure l'application du droit commun aux contrats publics qui ne relèvent pas du champ d'application de la déclaration d'absence d'effets, « qu'il s'agisse du fondement de la nullité (vice de consentement, portée de l'article 6 du Code civil), du type de nullité (absolue ou relative), du caractère d'ordre public de tout ou partie de la réglementation des marchés publics, de la modulation de la nullité, etc. ». G. de Pierpont et D. de Jonghe relèvent pour leur part que les « solutions juridiques appliquées aujourd'hui » aux contrats qui possèdent des éléments constitutifs de nature à la fois publique et privée « ne donnent pas satisfaction ». Fr. Belleflamme et H. Dasnoy s'interrogent par ailleurs sur l'efficacité des sanctions prononcées par les juridictions du travail (limitées à l'octroi d'indemnités) en cas de licenciement irrégulier d'un agent contractuel. Enfin, H. Culot et D. Van Eeckhoutte pointent le risque qui consiste à permettre à un des acteurs du marché d'imposer ses choix aux autres.

Parfois nuancée, parfois bousculée, la *summa divisio* plie, mais ne rompt pas sous la plume des auteurs rassemblés à l'occasion de cet ouvrage. La spécificité de la responsabilité des pouvoirs publics est, malgré le rapprochement précité, revendiquée par T. Coppée et M. Lambert de Rouvroit et même jugée insuffisante par L. Cornelis (qui pointe au passage le caractère idéologique du cloisonnement entre les deux branches du droit).

N. Bernard et M.-S. de Clippele relèvent que la réforme du Code civil en cours invite « les distinctions de droit privé à s'effacer devant des législations spéciales de droit public ». Il en va de même en ce qui concerne les marchés publics. Ainsi, J.-Fr. Germain et M. Vanderstraeten estiment que l'action en déclaration d'absence d'effets s'inscrit dans l'équilibre global imposé par le contentieux des marchés publics européens entre légalité et continuité du service public (et sécurité juridique) et qu'il « est plus constructif de raisonner en termes de *lex specialis* ».

Si D. de Jonghe et G. de Pierpont relèvent que certains principes d'exécution de bonne foi et de non-rétroactivité s'appliquent de la même façon à l'exécution des contrats privés et publics, elles estiment cependant que le principe de la convention-loi « a encore une identité très liée au droit privé,

⁸ L'actualité récente en a encore témoigné : le scandale *Publifin* est étroitement lié à cette incompréhension entre les règles de droit privé et la liberté qu'elles impliquent, notamment pour la création de filiales ou le choix du montant des rémunérations, et les contraintes du droit public, notamment la tutelle sur les communes et les intercommunales ou la transparence des mandats publics. Voy. le rapport de la Commission d'enquête parlementaire, *Doc.*, Parl. w., sess. 2016-2017, n° 861/1.

se heurtant, par ailleurs, aux principes de mutabilité et de continuité en tant que “lois” du service public » et considèrent que, parmi les principes étudiés qui touchent à la formation du contrat, « aucun ne peut prétendre, à ce stade, s’appliquer indistinctement en droit public et en droit privé ».

Fr. Belleflamme et H. Dasnoy écrivent pour leur part que, même si « le problème des rapports entre la décision de licencier et le congé est si confus qu’il a pu donner l’impression d’une confusion des branches du droit », ce thème fait néanmoins « apparaître de manière éclatante que la distinction garde toute sa pertinence ». On l’a vu, il leur paraît évident que la distinction subsistera, à tout le moins tant que demeurera un dualisme de juridictions.

Une *summa divisio* des juristes ? – Au-delà de la distinction entre droit privé et droit public, la contribution introductive invitait, à la suite d’auteurs français, à se demander s’il existait une « véritable *summa divisio* du droit ou simplement une *summa divisio* des juristes »⁹. En filigrane, les contributions renvoient à une vision, certes un peu manichéenne, d’un pouvoir judiciaire, Cour de cassation en tête, d’obédience privatiste et d’un Conseil d’État voué au culte du droit public. La Cour constitutionnelle, pour sa part, tend à suivre une approche de type publiciste, ce qui paraît logique compte tenu de sa mission qui consiste à veiller au respect de la Constitution, mais sa jurisprudence, on l’a vu, entraîne occasionnellement la remise en cause de dispositifs spécifiques de droit public passés au crible des principes d’égalité et de non-discrimination.

Les différents textes témoignent, à des degrés divers, du succès du dialogue instauré entre privatistes et publicistes, chargés de travailler ensemble sur une même question : les discours se construisent parfois en parallèle, parfois en opposition, mais révèlent souvent des rencontres fructueuses. Évoquant les contrats de travail noués par l’autorité publique, Fr. Belleflamme et H. Dasnoy relèvent qu’on « bascule, au gré des notifications, d’un type d’acte à l’autre, et le droit public et le droit du travail observent ainsi la même opération, mais chacun par un versant, avec ses habitudes et avec ses concepts propres ». Telle est sans doute la façon dont tous les auteurs ont abordé leur sujet. La différence des points de vue et des approches est parfois pleinement assumée (Culot et Van Eeckhoutte), parfois imperceptible, mais il est clair que publicistes et privatistes peuvent parfois avoir l’impression de parler des langues différentes.

Ils semblent cependant tous partager la conclusion que la distinction entre droit privé et droit public conserve une pertinence. Elle n’est peut-être plus « *summa* », elle n’est sans doute pas (ou plus) une vraie « *divisio* », mais personne n’a l’air de vouloir s’en débarrasser...

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 ?*, Paris, Dalloz, 2010, p. IX.

