

Document de travail provisoire (déc. 2009)

Version définitive corrigée à paraître aux éditions Dalloz

La *summa divisio* droit privé / droit public présente-t-elle encore un intérêt aujourd'hui ?

Actes du colloque de Saint-Etienne - dir. B. Bonnet et P. Deumier - oct. 2009

LA SUMMA DIVISIO DROIT PRIVE / DROIT PUBLIC ET LE DROIT DE L'UNION EUROPEENNE : UNE QUESTION POUR QUI ? UNE QUESTION POUR QUOI ?

Jean-Sylvestre Bergé, *Professeur à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense (Cejec)**

Présentation

Le droit de l'Union européenne connaît de grandes distinctions que ces dernières lui soient propres (par exemple : libre circulation/libre concurrence ; citoyen européen/étranger ; marché intérieur/espace de liberté sécurité justice) ou non (par exemple : distinction biens/personnes ; actes/faits juridiques ; règles/décisions ; droit institutionnel/droit matériel). La question de l'existence en droit de l'Union européenne de « la distinction la plus élevée » (*summa divisio*) « droit privé / droit public » occupe néanmoins une place singulière en raison, d'une part, de la charge historique qu'elle supporte (notamment dans notre contexte français) et, d'autre part, des débats dont elle est régulièrement l'objet. Elle mobilise potentiellement deux séries d'interrogation. La *summa divisio* droit privé - droit public et le droit de l'Union européenne : une question pour qui ? La *summa divisio* droit privé - droit public et le droit de l'union européenne : une question pour quoi ? Cette communication propose d'y répondre succinctement avec ce sentiment que le droit européen, s'il ne s'est pas construit historiquement autour de la *summa divisio* « droit privé / droit public », n'a de cesse de la faire vivre et, sans doute, de la faire évoluer.

1. Le droit positif de l'Union européenne¹ connaît naturellement de grandes distinctions. Comme toute matière juridique, il fait l'objet de classifications que le juriste doit apprendre à manipuler par un travail d'interprétation et de qualification.

Ces distinctions peuvent être propres à la construction européenne. En droit matériel, chacun connaît, par exemple, la distinction entre les règles sur la libre circulation (art. 26 s. TFUE) et celles relatives à la libre concurrence (art. 101 s. TFUE)². En droit

* jberge@u-paris10.fr – www.cejec.eu : Centre d'études juridiques européennes et comparées. Le style oral de cette communication, mise en forme en décembre 2009, a été conservé.

¹ Tel que régi, notamment, par les traités récemment entrés en vigueur (version consolidée issue du Traité de Lisbonne) sur l'Union européenne (TUE) et le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

² Sur la délimitation et l'articulation des deux libertés : voir en particulier, M. Waelbroeck « Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles applicables aux entreprises dans la CEE », in Mélanges Pierre Pescatore, Baden-Baden, Nomos, 1987, p. 181 ; J. Stuyck « Libre circulation

institutionnel, l'opposition entre le régime juridique des directives et des règlements a donné lieu, entre autres illustrations, à des développements nourris, notamment sur la question difficile de l'effet direct et de la marge de manœuvre des États (art. 288 TFUE)³. D'autres distinctions plus récentes ont été créées. La proclamation par le Traité de Maastricht (1992) d'une « citoyenneté européenne » (actuel art. 20 s. TFUE) a contribué à l'émergence d'une distinction tripartite, jusqu'alors inconnue du droit national et international, entre « européens », « nationaux » d'un État membre et « étrangers » ressortissants de pays tiers⁴. De même, les dernières réformes apportées aux traités fondateurs européens ont fait émerger peu à peu un « espace de liberté, sécurité et justice » (art. 67 s. TFUE) distinct de « l'espace du marché intérieur », de sorte que pourraient s'y développer des solutions juridiques différentes de celles conçues historiquement par les Communautés européennes en vue de la construction d'un espace économique commun⁵.

À ces quelques exemples de distinctions propres au droit européen s'ajoutent les grandes divisions que le droit utilise de manière courante, y compris dans le contexte qui est le nôtre de l'Union européenne. Des classifications aussi importantes que celles qui opposent les choses aux personnes, les actes aux faits juridiques, les règles aux décisions, les règles de procédure aux règles de fond (etc.) trouvent naturellement leur place dans le paysage juridique européen.

Mais quelle place occupe la « *summa divisio* droit privé / droit public » en droit de l'Union européenne ? Telle est la question qui m'a été aimablement posée par les organisateurs de ce beau colloque.

2. Pour tenter de répondre à cette interrogation, il faut sans doute s'entendre au préalable sur le sens de cette expression « *summa divisio* droit privé / droit public ». Deux observations, formulées sans rigueur, viennent immédiatement à l'esprit.

Première observation : l'expression latine « *summa divisio* » (« division la plus élevée ») n'a de sens que si elle requiert un niveau quasi premier d'intervention dans le raisonnement juridique. La distinction droit privé/droit public n'est une « *summa divisio* » que si elle conditionne suffisamment tôt la suite du développement juridique. Elle doit être la première distinction ou l'une des premières distinctions que le juriste utilise pour construire sa solution. Il faut donc écarter des développements qui suivent, l'emploi purement secondaire ou d'arrière-plan qui peut être fait de la distinction. En droit européen, on verra que cette approche plutôt rigoureuse du sujet emporte de multiples conséquences.

Seconde observation : il y a dans l'énoncé du sujet une recherche de neutralité ou d'équivalence entre les deux expressions « droit privé » et « droit public ». Ces dernières

et concurrence : les deux piliers du Marché commun », in Mélanges Michel Waelbroeck, Bruylant 1999, vol. II, p. 1477 ; K. Mortelmans "Toward convergence in the application of the rules on free movement and on competition", CMLR 2001, p. 613 ; L. Idot « Concurrence et libre circulation », *RAE* 2005/3, p. 391.

³ Sur ce sujet très travaillé, voir en particulier, notamment à propos des directives : D. Simon, *La directive européenne*, éd. Dalloz 1997 ; J. Porta, *La réalisation du droit communautaire - Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, éd. LGDJ - Fondation Varenne, 2007 ; comp. récemment, en droit privé, dans le domaine de la propriété intellectuelle (C. Zolynski, *Méthode de transposition des directives communautaires - Etude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, éd. Dalloz 2007) ou à propos de la jurisprudence récente rendue à propos des directives « protection des consommateurs (J. Rochfeld, *Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale : la nouvelle répartition des compétences communautaire et interne*, D. 2009, p. 2047).

⁴ Voir sur ce thème : *Approche critique du vocabulaire juridique européen (4^{ème} partie : La distinction national, étranger et européen)*, Petites affiches, Chronique du CEJEC n° 20, LPA 2008, n° 221, pp. 5-12 : contributions d'E. Pataut et J.-S. Bergé.

⁵ Sur la question des rapports entre les deux espaces, voir le cycle de débats organisé par le CEJEC (www.cejec.eu) sur le thème en 2009/2010 (coord. S. Robin-Olivier), travaux à paraître aux Petites Affiches.

sont présentées dans un ordre alphabétique, sans véritable discrimination d'ordre. C'est d'ailleurs une tendance que l'on peut assez généralement observer aujourd'hui⁶. Mais il n'en a pas toujours été ainsi⁷. Longtemps la distinction « droit public/droit privé » s'est imposée d'elle-même, une distinction hiérarchisante, où le droit de l'État dans sa dimension verticale, présente un ascendant naturel sur le droit des particuliers, saisi dans sa dimension horizontale. Pour le droit européen, cette neutralité est plutôt une bonne chose dans la mesure ce droit ne saurait être assimilé d'emblée au droit d'un Etat qui chercherait à hiérarchiser ses constructions autour d'un double axe vertical puis horizontal.

3. La place de la *summa divisio* droit privé/droit public dans la construction européenne mobilise deux séries de question :

la *summa divisio* droit privé / droit public et le droit de l'Union européenne : une question pour qui ? Quels sont les acteurs ou spectateurs du droit européen susceptibles de s'interroger sur la pertinence de cette distinction ? (I) ;

la *summa divisio* droit privé / droit public et le droit de l'union européenne : une question pour quoi ? Quelles sont les dimensions du droit européen susceptibles d'être concernées par cette distinction ? (II).

Cette communication propose d'essayer d'y répondre tour à tour avec ce sentiment général que le droit de l'Union européenne, s'il ne s'est pas construit historiquement autour de la *summa divisio* « droit privé / droit public », n'a de cesse de la faire vivre et, sans doute, de la faire évoluer.

I - La *summa divisio* droit privé / droit public et le droit de l'Union européenne : une question pour qui ?

4. Quels sont les acteurs ou spectateurs du droit européen susceptibles de s'interroger sur la pertinence de la distinction droit privé/droit public ? L'espace européen mobilise de nombreuses disciplines des sciences humaines et sociales. Or qui du philosophe, de l'historien, du politiste, de l'économiste, du sociologue ou du linguiste s'intéresse à la question de l'existence d'une *summa divisio* « droit privé /droit public » ? Personne, il me semble. Il s'agit donc plutôt d'une question de juristes.

Trois personnages peuvent être amenés à faire vivre cette *summa divisio* : le praticien (A), l'universitaire (B) ou le sujet du droit européen (C).

A - Le praticien

5. Pour les praticiens du droit européen, notamment les avocats, les juges, les services juridiques des administrations ou des entreprises, il ne semble pas que la *summa divisio* présente une réelle importance dans le contexte du droit de l'Union européenne.

Si les praticiens sont parfois obligés d'intégrer à leur raisonnement une grande distinction entre le droit privé ou de droit public, c'est rarement en raison du droit européen lui-même. Par exemple, la question de savoir si l'application d'une règle de droit européen à un différend relève de la compétence du juge administratif ou du juge judiciaire n'est pas une question de droit européen. C'est une difficulté soulevée par la dualité des ordres de juridiction interne à un système juridique national. Elle est parfaitement étrangère

⁶ Pour une présentation synthétique des grandes discussions suscitées par la distinction, voir l'entrée « Droit privé, droit public » rédigée par E. Desmons au Dictionnaire de la culture juridique (dir. D. Alland et S. Rials), éd. Puf - Lamy, 2003 et les différentes indications bibliographiques fournies.

⁷ Ibid.

au droit européen. De même, le point de déterminer si un contrat potentiellement contraire aux règles européennes de concurrence peut contenir une clause exorbitante, dérogatoire du droit commun (en France, les règles du Code civil), ne dépend pas *a priori* du droit européen. C'est généralement le droit national des contrats publics qui est le plus à même de livrer une réponse à cette interrogation. Dans ces deux hypothèses, on observe que si la dualité du droit institutionnel ou matériel est présente, elle trouve sa source dans le droit national et se contente de rejaillir de manière indirecte dans le contexte de la mise en œuvre du droit européen.

Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que le droit européen lui-même porte une *summa divisio* droit privé / droit public. Or on verra que tel n'est généralement pas le cas (voir *infra*, Partie II). Le plus souvent la distinction ne joue qu'un rôle parfaitement secondaire dans des domaines spécialisés du droit. Par exemple, la question de savoir si une aide à une origine publique de sorte qu'elle relève du régime européen des aides d'État (art. 107 s. TFUE) ne traduit pas la mise en œuvre d'une *summa divisio*. C'est une question de qualification, purement secondaire, guidée par l'application d'une règle spécialisée de concurrence.

B - L'universitaire

6. Qu'en est-il pour les universitaires, notamment ceux spécialisés en droit européen ? La réponse peut certainement varier d'un système juridique national à l'autre. En France où les universitaires sont très fortement imprégnés de la *summa divisio*, compte tenu de la partition entre les formations de droit public et de droit privé, la réponse varie selon la nature de la question posée.

S'il s'agit, par exemple de délimiter le périmètre respectif des publicistes et privatistes pour la répartition des cours, des postes, des allocations, des prix de thèse, etc., il est à peu près certain que la question de la *summa divisio* droit privé / droit public est de nature à se retrouver au cœur de la discussion. Nous le vivons tous à un moment donné ou un autre dans nos enceintes universitaires. La discussion peut sembler parfois artificielle. Mais elle est loin d'être anodine. Par exemple, la doctrine publiciste est généralement très attachée à une présentation formelle des institutions européennes conçues comme un préalable à l'étude du droit matériel européen. Une démarche exactement inverse, consistant à présenter, dans un premier temps, les réalisations matérielles du droit européen et, dans un second temps, le processus institutionnel qui les a fait naître peut séduire une doctrine privatiste. Les deux approches doivent pouvoir se défendre. Elles présentent cependant deux visages différents d'un droit qui se construit plutôt par le haut et de manière verticale (l'approche institutionnelle) ou plutôt par le bas, notamment de façon horizontale (l'approche matérielle).

Dans une perspective plus scientifique, s'il s'agit de profiler un enseignement ou une recherche à partir de la distinction droit privé / droit public (par ex., un cours ou un ouvrage approfondi de droit administratif européen ou de droit privé européen), il n'y a pas de doute que la *summa divisio* forme la seule entrée en matière possible. Des travaux ont, d'ailleurs, été réalisés en ce sens⁸. Ils doivent être encouragés. S'ils ne donnent pas une vue complète du droit européen, ils ont ce mérite considérable d'inscrire la matière dans la double dimension du droit public et de droit privé qui a préexisté à son développement. Autrement dit, l'étude d'un droit public ou d'un droit privé européen est une manière intéressante et sans doute nécessaire d'approfondir l'étude du droit européen et de reconsidérer sa place à l'aune du droit en général.

⁸ Voir notamment les ouvrages précurseurs de : Sánchez Lorenzo (S.), *Derecho privado europeo*, Editorial Comares, Granada, 2002 ; P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2006.

Mais là s'épuise sans doute, avec ces deux illustrations, l'intérêt de la *summa divisio* pour l'universitaire. Quand il s'agit, en effet, pour lui de travailler les grandes questions du droit européen (par ex. la répartition des compétences nationales et européennes, la primauté du droit européen, le contrôle de légalité ; sur la question de l'effet direct, voir néanmoins ci-après), on ne voit pas bien quelle prise la *summa divisio* peut exercer sur le juriste européeniste. L'universitaire se trouve ici placé dans la même situation que le praticien. Il a une question à étudier. Nul besoin pour ce faire de mobiliser, au préalable, la distinction droit privé / droit public. Seule compte, la qualité de son analyse. Peu importe qu'elle nécessite l'éclairage d'une doctrine de droit public ou de droit privé. À lui de faire l'effort de recherche nécessaire pour s'alimenter à toutes les sources du droit.

C- Le sujet de droit

7. Si l'on tente de poursuivre l'identification des acteurs ou spectateurs du droit européen, il reste un dernier personnage pour lequel la *summa divisio* présente un intérêt. C'est le sujet de la règle. La question peut être formulée de la manière suivante : qui des sujets de droit public et de droit privé peut invoquer ou se voir appliquer, au besoin par la contrainte, les solutions du droit européen ? En toute matière, la double question se pose ainsi de l'invocabilité et de l'applicabilité du droit européen.

Pour répondre à cette question, l'ordre juridique européen a développé une doctrine extrêmement puissante, celle de la primauté, qui a été notamment déclinée autour d'une double idée d'immédiateté et d'effectivité⁹. Dans toute la mesure du possible, le droit européen doit atteindre l'éventail le plus large des sujets de droit, qu'il s'agisse de personnes de droit public ou de droit privé et, pour ces dernières, des personnes physiques et des personnes morales. Cette applicabilité/invocabilité du droit européen a épousé deux formes géométriques bien connues : la verticalité et l'horizontalité. Or l'on sait que toutes les solutions juridiques de source européenne n'ont pas un égal « effet ». Certaines ne s'appliquent qu'à l'égard des États, là où d'autres sont aptes à se substituer à des règles existantes dans des rapports purement horizontaux entre particuliers. Entre ces deux situations extrêmes, une large palette de possibilités.

Cet éventail de solutions entretient une forme de parenté avec la *summa divisio* droit privé/droit public. L'effet vertical renvoie à la figure du droit public, là où l'effet horizontal fait penser au droit privé. Mais cette filiation entre la nature de l'effet et la nature de la règle de droit appliquée reste fragile. On peut ainsi envisager qu'une règle européenne de droit public, applicable au premier chef aux États (par ex. une règle de libre circulation tirée du droit du marché intérieur) soit invoquée dans un rapport horizontal (pour une illustration en ce sens, voir *infra*, Partie II, § 10). Inversement, il est envisageable d'invoquer la responsabilité d'un État qui n'aurait pas pris les dispositions nécessaires pour qu'une règle de droit privé européen soit convenablement appliquée (par ex. en matière de protection des consommateurs ou de propriété intellectuelle).

En résumé sur ce dernier point, on peut dire que la *summa divisio* droit privé/droit public est utile pour distinguer les destinataires du droit européen selon qu'il s'agit de personnes publiques ou privées. En revanche, elle ne permet pas répartir les solutions appliquées verticalement et horizontalement en fonction de leur nature juridique.

Ces premiers éléments de réponse donnés en se plaçant du point de vue des acteurs et spectateurs du droit européen doivent être complétés par la prise en considération du contenu, de la substance, du droit européen.

⁹ Pour une présentation synthétique, voir avec les références citées, J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, Introduction au droit européen, éd. Puf - Thémis 2008, spéc., n° 671 s.

II - La *summa divisio* droit privé - droit public et le droit de l'Union européenne : une question pour quoi ?

8. Le droit européen, notamment le droit de l'Union européenne, présente plusieurs visages. Il ne peut pas être appréhendé exactement de la même manière selon qu'on le considère en tant que tel ou dans ses rapports au droit national et au droit international. Le point de savoir si le droit européen est susceptible d'être affecté par la *summa divisio* droit privé / droit public doit être décliné dans ces trois dimensions.

A - Le droit européen saisi en tant tel

9. Historiquement, la distinction droit public/droit privé n'a été inscrite dans aucun texte majeur du droit européen. Si les traités européens y font parfois allusion¹⁰, elle n'occupe aucune place significative dans l'agencement des principes et règles juridiques qui gouvernent la construction européenne.

La raison de ce silence gardé par les traités fondateurs est double. D'une part, aucune dualité procédurale/institutionnelle n'a imposé pareille distinction dans le droit de l'Union européenne. Il n'existe, en effet, qu'une seule Cour de justice de l'Union européenne formant, dans ses différentes composantes (tribunal de première instance, tribunal de la fonction publique et cour de justice), un seul et même ordre de juridiction. Quant aux procédures européennes, elles ne sont pas scindées en deux catégories bien distinctes opposant, par exemple, les recours ouverts aux requérants publics et ceux ouverts à des requérants privés. La classification des voies de recours intègre en effet de très nombreux critères (objet, nature du recours, institution devant laquelle il peut être porté, etc.). D'autre part, en droit matériel, s'il faut naturellement admettre que le droit européen ne peut ignorer un partage entre les matières de droit privé et de droit public, cette dualité n'a pas eu d'emblée une signification proprement européenne. La raison en est simple. Le droit européen s'est construit autour d'un double idéal d'uniformité et d'autonomie de ses solutions. S'il avait eu à cœur d'imposer, dès le commencement de la construction européenne, sa propre *summa divisio* « droit privé / droit public », il lui aurait fallu embrasser d'un seul coup tous les domaines du droit dans l'espoir de juguler les particularismes nationaux qui demeurent très nombreux sur cette distinction. Or tel n'a naturellement pas été le cas.

En définitive, on peut dire que la distinction droit privé / droit public a joué dans cette perspective historique un rôle assez modeste. Au plus fort de son action, elle a servi de prétexte à ceux qui refusaient de considérer que le droit européen présente une égale aptitude à se loger dans des rapports aussi bien verticaux qu'horizontaux et qu'il exerce ainsi un impact protéiforme sur le droit¹¹. Ce débat semble aujourd'hui dépassé.

10. Si à l'origine, le droit européen a principalement envahi les champs de droit public, notamment institutionnel, nous savons que la donne a aujourd'hui profondément changé. Le droit européen dérivé s'est considérablement développé. Dorénavant, il ne s'applique pas majoritairement aux seuls rapports entre États et aux relations verticales

¹⁰ Notamment : art. 54 TFUE à propos des sociétés, personnes morales de droit public ou privé, bénéficiant de la liberté d'établissement et art. 272 TFUE relatif aux contrats de droit public ou de droit privé passé par l'Union européenne et susceptibles de contenir une clause compromissoire donnant compétence à la Cour de justice.

¹¹ Sur ce thème, voir *Le droit communautaire et les divisions du droit*, Petites affiches, Chronique de droit européen du CEJEC n° IV, n° 168 à 172, août 2004. *Adde*, Introduction au droit européen, préc., n° 12 et s.

entre l'autorité publique et les administrés. Il intervient également, de plus en plus souvent, dans les rapports noués entre particuliers. Il suffit, pour en prendre la mesure, d'ouvrir n'importe quel recueil de textes ou de jurisprudence, n'importe quel manuel de droit. La *summa divisio* « droit public/droit privé » ne résiste pas à l'application du droit européen à toutes sortes de situations, qu'elles relèvent du droit public (p. ex. droit constitutionnel, droit administratif), du droit privé (p. ex. droit des obligations, de la consommation, de la propriété intellectuelle) ou de matières inclassables (p. ex. droit de la concurrence, droit pénal ou droit de l'environnement).

Cette tendance qu'il est facile d'observer en droit dérivé de l'Union européenne peut-elle être également constatée en droit primaire ? Si dans un certain nombre de domaine, l'applicabilité du traité à des rapports de pur droit privé ne fait aucun doute¹², il en est d'autre où la question est plus âprement discutée.

Une illustration significative peut être donnée : celle de la définition des entraves aux échanges au sens du marché intérieur (art. 26 s. TFUE). La question peut être posée en ces termes : l'entrave doit-elle avoir nécessairement une origine publique pour être appréhendée par les principes de libre circulation ou ces derniers saisissent-ils des comportements d'acteurs privés ? Cette question a appelé une réponse graduelle de la Cour de justice¹³. S'intéressant délibérément aux effets de l'entrave plutôt qu'à sa nature juridique, le juge de Luxembourg a appréhendé une variété toujours plus grande de comportements. Le point d'orgue de cette jurisprudence est connu. Il concerne des actions collectives de syndicats que le juge européen a décidé de qualifier de restrictions à la liberté de circulation¹⁴.

Cette jurisprudence, qui banalise l'origine publique ou privée de l'entrave, ne répond néanmoins que partiellement au point de savoir si la *summa divisio* droit privé / droit public est susceptible d'avoir une prise sur les libertés de circulation ou si, au contraire, ces dernières s'appliquent indifféremment aux réglementations de droit public et de droit privé. À cette question difficile, la Cour de justice n'a pas, semble-t-il, véritablement répondu à ce jour. Une doctrine solide milite contre cette intrusion du droit de la libre circulation sur les réglementations de pur droit privé¹⁵. Cette position est sans doute justifiée. Mais il ne faudrait pas en exagérer la portée. L'exercice d'un droit privé¹⁶, tout comme l'exercice d'un droit public, peut se révéler contraire aux objectifs du Traité CE en ce domaine. L'antinomie réside moins dans la définition abstraite et générale de la règle nationale de droit privé que dans la manière dont elle est appliquée et invoquée dans une situation donnée¹⁷. Le clivage somme toute très formel droit privé / droit public s'efface en droit européen pour laisser place à une analyse fonctionnelle des libertés de circulation.

¹² Par exemple, en droit des pratiques anticoncurrentielles (art. 101 s. TFUE) ou en matière d'égalité des rémunérations des salariés hommes et femmes (art. 157 TFUE).

¹³ Sur ce thème, voir l'analyse panoramique proposée par F. Picod, Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ?, Mélanges en hommage à G. Vandersanden, éd. Bruylant 2008, p. 635.

¹⁴ CJCE, 11 déc. 2007, Viking, aff. C-438/05, spéc. § 57 de la décision. Comp. CJCE, 18 déc. 2007, Laval, aff. C-341/05.

¹⁵ Voir en ce sens, l'analyse très fine proposée par M.-N. Jobard-Bachelier : « Les activités régulées : les services », in, M. Audit, H. Muir Watt et E. Pataut (dir.), *Conflits de lois et régulation économique*, éd. LGDJ, 2008, p. 57, spéc. p. 71.

¹⁶ Il suffit de songer à la jurisprudence abondante de la Cour de justice rendue en matière de contrôle de l'exercice des droits de propriété intellectuelle par leur titulaire. Sur cette jurisprudence, voir B. Edelman, Fasc. 1810 du *Juris-Classeur Propriété littéraire et artistique* (B. Edelman) et G. Bonet, Fasc. 7600 du *Juris-Classeur Marques et Dessins et Modèles*.

¹⁷ Pour un exemple d'incompatibilité : voir notre étude : *Le droit du marché intérieur et le droit international privé communautaire : de l'incomplétude à la cohérence* in « Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence », V. Michel (dir.), Presses universitaires de Strasbourg, 2009, p. 339, spéc. p. 352.

B - Le droit européen dans ses rapports au droit national

11. En se développant dans des champs très diversifiés du droit public et du droit privé, le droit européen exerce indirectement une action sur la *summa divisio* telle qu'elle est reçue dans les différents Etats membres. Il s'agit moins ici pour le droit de l'Union européenne de se doter d'une *summa divisio* propre que de perturber ou faire évoluer la *summa divisio* telle qu'elle existe dans les différents droits nationaux.

12. Pour mesurer cette influence, il faut laisser la parole au spécialiste qui dans tel ou tel domaine particulier du droit est le plus à même de se prononcer. Les spécialités de droit public sont sans doute les plus concernées. Par exemple, le droit des marchés publics et au-delà des contrats publics, le droit de la fonction publique, le droit des services publics ont subi des transformations considérables du fait du développement du droit européen¹⁸. Mais ce ne sont pas les seuls. Par exemple, le droit de la nationalité, le droit des régulations techniques, le droit de l'environnement sont autant de domaines du droit public et du droit privé également concernés. Il revient aux spécialistes de ces matières¹⁹ de considérer ces transformations à l'aune de la *summa divisio*.

Deux enseignements à caractère généraux peuvent sans doute être déduits du phénomène d'influence du droit européen sur la partage droit privé / public en droit national. Le premier est de se garder de toute simplification qui consisterait, par exemple, à considérer que le droit européen est un facteur de privatisation du droit public. Des études particulièrement fines ont montré que bien souvent, l'action du droit européen pouvait avoir pour effet, non de remettre en cause la distinction, mais de conduire à des phénomènes de rapprochement, banalisation, hybridation, voire unification des solutions en droit public et en droit privé²⁰.

Le second enseignement peut être déduit d'une analyse de droit comparé. Le droit européen n'exerce pas une influence égale sur la *summa divisio* dans les différents États membres de l'Union européenne. On a pu dire, par exemple, que dans les pays où la distinction joue un rôle moins fort qu'en France, le droit européen a contribué au renforcement du clivage droit public/droit privé²¹. Sans doute que l'analyse mériterait d'être étendue à l'ensemble des systèmes juridiques des États membres.

C - Le droit européen dans ses rapports au droit international

13. Le droit européen a incontestablement conduit à faire vivre et, sans doute, à faire évoluer, la distinction entre le droit international public et le droit international privé.

Deux grandes pistes peuvent être retenues. La première est parfaitement connue et la seconde est plus originale sans doute.

¹⁸ Sur ce thème, voir G. Eckert, Y. Gautier, R. Kovar et D. Ritleng (dir.), Incidences du droit communautaire sur le droit public français, éd. PUS, 2007. Voir également, à paraître, L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public français, J.-B. Auby & A. Iliopoulou (dir.), éd. La Documentation Française.

¹⁹ Pour approche du phénomène sur différents thèmes spécialisés, voir « Le clivage actes publics/actes privés à la lumière du droit communautaire » (Journée doctorale organisée en 2004 par l'Université de Paris X - Nanterre), LPA 17 mars 2005, n° 205 (n° spécial). Pour une analyse du phénomène en droit des contrats publics et privés, voir, dans ce colloque, la communication de P. Delvolvé (p. xxx).

²⁰ V. avec les différentes références proposées, l'analyse très pertinente de L. Soubelet, La distinction droit public/droit privé à l'épreuve du droit communautaire des contrats publics : l'inopportune assimilation de la communautarisation à la privatisation du droit, LPA 2004, Chron. du CEJEC, LPA n° 169, p. 3.

²¹ J.-B. Auby et M. Freedland (dir.), La distinction du droit public et du droit privé, éd. Panthéon-Assas Paris II, 2004, spéc. p. 11.

Première piste : les rapports entre les conventions internationales, la loi et la Constitution ont fait l'objet d'une jurisprudence convergente des juridictions nationales françaises, qu'elle émane de la Cour de cassation (plutôt compétente s'agissant de l'application de conventions internationales intervenues en droit privé) ou du Conseil d'Etat (plutôt compétente s'agissant de l'application de conventions internationales intervenues en droit public). Cette convergence de vues, nous la devons pour une large part au droit européen qui, par sa prégnance, a conduit nos juges ordinaires à faire évoluer des solutions dans un sens plus favorable à la réception des normes internationales et européennes dans le système juridique national. On en veut pour exemple les très célèbres arrêts Jacques Vabre et Nicolo²² qui, rendus à propos de l'application d'une règle de droit européen, ont défini une solution de primauté des conventions internationales sur les lois postérieures contraires qui vaut pour l'ensemble du droit conventionnel ou du droit dérivé.

14. Seconde piste : le droit administratif international n'existe pas véritablement comme une branche reconnue du droit international. Souvent cantonné à la définition du statut des personnels travaillant pour des organisations intergouvernementales, il n'a pas acquis à ce jour d'existence propre.

Il faut dire que l'ensemble des difficultés susceptibles d'être appréhendées par cette matière – application des lois administratives étrangères, conflits d'autorités, reconnaissance des actes administratifs, coopération entre autorités administratives – est généralement peu étudié en droit administratif (national) ou en droit international public. En France, par exemple, seuls des spécialistes de droit international privé s'y sont véritablement intéressés.

Le droit européen a quelque peu bouleversé ces données²³. Il a multiplié les occasions de donner aux règles de droit administratif et aux institutions chargées de les appliquer une dimension transnationale qui leur était le plus souvent étrangère. La réglementation européenne relative à la coordination des procédures nationales de contrôle des activités de production et de services livre une multitude d'exemples de ce type, dans des domaines aussi diversifiés que l'industrie agro-alimentaire, l'industrie automobile, l'assurance, la banque ou l'audiovisuel. On songe également aux règles européennes tendant à coordonner l'application des différents régimes de sécurité sociale des Etats membres dont certaines relèvent de la réglementation publique.

Toutes ces solutions malmènent quelque peu le principe d'exclusivisme en vertu duquel toute situation relevant du droit administratif est soumise aux règles et aux autorités nationales, sans possibilité pour l'administré d'opposer l'existence de règles et d'autorités administratives étrangères. Elles forment un embryon de droit administratif européen de plus en plus étudié²⁴, lequel a nécessairement des répercussions à termes sur le développement du droit administratif international.

²² Cour de cass., ch. mixte, 24 mai 1975, Cafés Jacques Vabre, n° 7313556, suivie, quatorze ans plus tard, par le Conseil d'Etat (Cons. d'Etat, ass., 20 oct. 1989, aff. Nicolo, Req. n° 108243).

²³ Sur la confrontation du droit administratif et du droit international privé et le rôle que pourrait jouer à cet égard le droit européen, voir avec les références citées, M. Audit, « L'incidence du droit international privé communautaire sur les contrats administratifs », in *Le clivage acteurs publics / acteurs privés à la lumière du droit européen*, préc., spéc. p. 4.

²⁴ En complément des indications bibliographiques données en note 8, voir : J. Beatson & T. Tridimas (dir.), *New directions in European Public Law*, Hart, 1998, notamment : J. Bell, "Mechanisms for cross-fertilisation of administrative law in Europe", p. 137 ; J. Ziller : *L'eupéanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, éd. L'Harmattan, 2003 ; L. Ortega (dir.), *Studies on European Public Law. The Europeanization of Public Law and the European Constitution*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2005, notamment : G. della Cananea, "Beyond the State: the Europeanization and globalization of procedural administrative law", p. 89 ; J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007 ; O. Dubos « Droit administratif et droit communautaire », fasc. 24, *Juris-Classeur Administratif*, 2007.

Le clivage droit privé/droit public, souvent utilisé pour expliquer l'absence de symétrie entre le droit international privé et le droit administratif international, peut donc être amené à évoluer sous l'action du droit européen.

15. En guise de conclusion, je voudrais faire écho au souvenir d'un étudiant, devenu professeur des universités, qui, en 1967, rappelait les mots prononcés par Léon Duguit dont on connaît l'hostilité à la distinction droit public / droit privé :

« Qu'il me soit permis de revenir, alors, sur mes souvenirs d'étudiant à la Faculté de Bordeaux. C'est au cours de Duguit que je pense, surtout à son cours de droit administratif de deuxième année (...). Force est de constater que sur la distinction du droit public et du droit privé, qui était bien loin d'avoir subi les rudes assauts d'à présent, Duguit utilisait quelques formules dont la conciliation était d'abord malaisée. Souvent il nous a dit : « Il n'y a pas le droit public et le droit privé, il y a le droit. »²⁵

Il n'est pas certain que le droit de l'Union européenne soit l'exact reflet de l'image du droit dessinée par Léon Duguit. Mais ce dont je suis sûr comme juriste européeniste, c'est que l'on ne peut véritablement travailler la matière dans toute sa diversité et complexité avec un sentiment fort d'appartenance au droit privé ou au droit public. Sans renier sa formation, sans occulter ses propres domaines d'incompétence, le juriste de droit européen doit être capable d'embrasser sa spécialité dans cette double perspective de droit privé et de droit public.

²⁵ R. Guillien, *Droit public et droit privé*, Mélanges offerts à Jean Brethe de La Gressaye, éditions Brière, Bordeaux, 1967, p. 313.