

Le droit international privé

applicabilité aux entités publiques

par Docteur Mathias KELLER – magistrat - Président du tribunal Administratif

d AIX LA CHAPELLE

résumé informel de l'exposé présenté au séminaire de l'association des juristes français et allemands à Sarrebruck le 24 septembre 2015

"On est souvent porté à attacher aux solutions familières, un caractère de nécessité;

ce qui est habituel paraît inhérent à la nature des choses.

L'exemple étranger permet de rectifier les perspectives."

(Jean Rivero)

Introduction

Je remercie chaleureusement les organisateurs de cette journée franco-allemande de juristes, en particulier monsieur le professeur Philippe Cossalter, pour son aimable invitation. C'est un grand honneur et aussi un vrai plaisir pour moi de participer au débat juridique franco-allemand. En fait, il s'agit d'une double nouveauté pour moi! C'est la première fois que je participe à une conférence d'AJFA et c'est aussi la première fois que je suis intervenant sur un thème "droit des affaires et droit civil". Pourquoi?

Je suis magistrat administratif! Les juges administratifs ne sont pas tellement connus comme de grands connaisseurs du droit civil, sans parler du droit des affaires! Pour ma défense je pourrais faire valoir que je suis président d'une chambre au tribunal qui s'occupe du droit

administratif "économique" (Wirtschaftsverwaltungsrecht).

Mon dossier imaginaire

Étant magistrat depuis plus de vingt ans, j'ai l'habitude de commencer mon travail juridique toujours avec les mêmes questions: Quel est le dossier? Qu'est-ce qui se trouve dedans? De quelle situation s'agit-il? Qu'est ce qui est demandé?

Ici, il faut répondre à une question sur l'applicabilité du droit international privé reconnu comme une branche de droit privé. Le droit international privé (j'aimerais bien parler du "dip" par la suite) est-il applicable aux entités publiques?

Mais il n'existe pas un seul dossier! C'est pourquoi il faut en imaginer un.

Des musées, des piscines, la distribution de gaz et d'eau, les transports publics, l'enlèvement des ordures ménagères etc. - tout cela peut être géré par une commune. Cette commune, de n'importe quel côté du Rhin, aimerais bien savoir si elle peut se servir du dip lorsqu'elle agit dans un contexte franco-allemand.

Exemple:

Un lycée français veut utiliser une piscine d'une commune allemande. Est-ce qu'on peut choisir le régime du contrat (droit allemand ou droit français).

Est-ce que le dip est applicable?

« Privatisation » contre « publicisme »

A première vue la réponse semble être négative. Comme branche du droit privé le dip n'est pas fait pour L'État et ses entités publiques. Le cœur du dip concerne les relations entre des individus qui se trouvent dans une situation « d'extranéité, comme un "mariage franco-allemand au Brésil".¹

1 Définition plus technique du dip:

Le droit international privé traite des rapports entre personnes privées physiques ou morales, relevant de souverainetés différentes et se préoccupe de savoir quel tribunal est compétent (règles de compétence internationale directe) quelle est la loi, nationale ou étrangère, que ce tribunal devra appliquer (conflits de lois), quels effets seront reconnus dans l'ordre juridique national à une décision rendue à l'étranger.

Petite note comparatiste sur l'étendu du dip:

Il me semble que le dip est défini un peu différemment des deux côtés du Rhin. Historiquement la définition est plus limitée et plus rigoureuse en Allemagne qu'en France. En Allemagne les "Kollisionsregeln", c'est à dire les "règles de conflit de lois applicables", forment le dip.

Dans ce contexte international les personnes peuvent nouer des rapports de droit entre elles. Ce phénomène est l'expression de l'autonomie individuelle. L'État sauvegarde cette autonomie individuelle par les droits fondamentaux; mais il n'en est pas le bénéficiaire! D'habitude le dip est clairement rattaché au droit privé. C'est le "privatisme" et pas le "publicisme" qui règne.

L'entité publique?

Tout en continuant l'étude du dossier imaginaire une autre question s'impose:

Est-ce que j'ai bien compris la notion "entité publique".

Je suppose qu'une "entité publique" est toujours une

➤ **personne morale**

Cette fiction juridique existe, alors que "je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale" comme le disait le grand Léon Duguit ...

qui possède **un lien avec droit public,**

- soit-t-il par **son organisation,**
- soit-t-il par le fait que cette entité exerce en quelque sorte une **puissance publique.**

Des exemples classiques:

- L'Union européenne,
- la France et l'Allemagne et leurs personnes publiques,
- les collectivités territoriales décentralisées, les Länder
- les communes.

mais aussi:

- les universités publiques
- la Banque de France,
- die Deutsche Welle, ARD und ZDF,
- l'Institut de France et les académies qui le composent,

Une particularité allemande:

En Allemagne les églises sont des entités publiques par organisation, mais autonomes par rapport à l'Etat, "Körperschaften des öffentlichen Rechts".

Tandis qu'en France, historiquement, les règles sur l'acquisition de la nationalité y sont comprises. Par conséquent, les textes du Code civil sur la nationalité française (Articles 17 et suivants) sont des textes du dip.

La dichotomie entre droit privé et droit public

Le mariage au Brésil nous fait comprendre la différence fondamentale entre le droit privé et le droit public:

Même de nos jours, même si on aime fortement l'État et ses multiples entités, on ne saurait se marier avec une entité publique! En Allemagne, une stricte délimitation entre le droit public et droit privé, connotée avec les antinomies entre "l'État" et « société" ou "contrainte" et "liberté" fut "consacrée" par les mauvaises expériences dans deux dictatures, celle des nazis et celle du prolétariat soviétique. Avec la formule des années 30 d'un "État total" le Troisième Reich voulait surmonter cette distinction "libérale" pour gagner la puissance totale²

Après la seconde guerre mondiale, c'était la RDA, suivant l'exemple de l'Union soviétique, qui a réussi à marginaliser le droit privé en créant une économie planifiée, c'est-à-dire sans les libertés individuelles qui sont la base du droit privé et du droit de libre commerce.

La Constitution de 1949, nommée la loi fondamentale (*Grundgesetz*) comprend les droits de l'homme et du citoyen comme des droits subjectifs de l'individu contre l'Etat. Sur cette base, l'autonomie contractuelle est sauvegardée, même vis à vis la loi parlementaire³.

Ainsi, il y a deux catégories de droit à délimiter, comme il y a deux ordres de juridictions (civiles et administratives). Aucun lien? Causa finita? Non, pas si vite !

Une deuxième lecture du dossier

Pour mieux découvrir le problème, il faut une deuxième lecture du dossier. Si vous préférez l'image d'un verre de vin plutôt que celle du dossier: il faut un deuxième nez. Une gamme de nuance s'est développée: Tous les régimes juridiques empruntent aux règles du droit public et à celles du droit privé.

A la fin du 19^{ème} siècle, **Otto von Gierke**, juriste-"germaniste" (non-pandectiste), s'est battu pour l'idée germanique d'une "unité du droit" en disant que le droit privé et le droit public sont des enfants de la même mère. (Il n'a rien dit sur le(s) père(s)).

² Carl Schmitt 1933 - 1936: "Souverän ist derjenige, der über den Ausnahmezustand entscheidet"; "Le droit est la forme légitime de la défense vitale de la nation allemande à l'intérieur de l'Etat" a dit l'idéologue Alfred Rosenberg, *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht* 1937, 610.

³ Voir l'article 1 alinéa 3 de la Constitution allemande. Le contrôle est exercé par la Cour Constitutionnelle (*Bundesverfassungsgericht*) qui siège à Karlsruhe.

En Allemagne contemporaine, c'est **Wolfgang Hoffmann-Riem**, professeur du droit public et ancien juge à la Cour constitutionnelle, qui a souligné que le droit privé et le droit public se soutiennent mutuellement :

"Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen".

En France, **Patrice Chrétien**, Professeur de droit public, nous dit:

"D'une nature de personne public l'on ne saurait conclure à un fonctionnement dans le seul cadre du droit public.

Son collègue et ancien conseiller à la Cour de Cassation **Françoise Monéger** explique:

"Lorsque les États **se comportent comme des personnes privées** (...)

c'est le droit international privé (le dip) qui leur sera appliqué."

Eureka! C'est la réponse. **Se comporter comme personne privée.**

Mais, qu'est ce qu'une personne privée? Selon son étymologie le mot personne provient du latin "Persona". C'était déjà le mot grec πρόσωπον ("Prósôpon") qui désignait le masque de théâtre porté par les acteurs au théâtre grec. Ainsi, trouvons **ce masque de personne privée** qui peut être porté par une entité publique! Il y en a au moins deux masques reconnus par la doctrine et la jurisprudence allemande.

Premier masque de la personne privée: "le Verwaltungsprivatrecht"

La théorie sur le droit privé de l'administration

La théorie allemande sur le "droit privé de l'administration" (Verwaltungsprivatrecht) dit la chose suivante : Une entité publique "peut se servir" du droit privé comme moyen de poursuivre l'intérêt public. La théorie s'applique dans le contexte des services publics.

Notre commune imaginaire qui gère une piscine a un libre choix entre le droit privé et le droit public pour régler les rapports vis-a-vis des visiteurs.

A peu près comme en France on distingue entre

"l'administration de gestion" et "l'administration d'autorité".

Dans le cas de l'administration de gestion, le choix de régime est possible. En particulier, le libre choix est accepté dans le secteur qualifié de "**Daseinsvorsorge**". Ce mot allemand m'a toujours inspiré et effrayé à la fois. On le traduit souvent par service public.

Dans une approche superficielle, cela peut sembler correct. Mais quand on pense au contexte historique, cette traduction est une insulte à Léon Duguit (étudiant d'Emile Durkheim) et à l'École du service public en France où les services publics sont la raison d'être d'un État de droit et de la solidarité.

Die "Vorsorge", c'est la prévoyance. Das "Dasein", c'est l'existence. Il s'agit d'une "prévoyance existentielle".

On parle encore du droit administratif, pas du Bon Dieu!

L'appellation remonte à un néologisme conçu par Ernst Forsthoff (étudiant de Carl Schmitt) dans les années 1930.

Comme dans la lecture des mots arabes: pour les comprendre il faut trouver le radical ou les radicaux. Le mot "Daseinsvorsorge" avec sa dimension philosophique visant une signification profonde était à l'époque connoté d'un radicalisme presque oublié aujourd'hui.

Ce radicalisme avait une aversion délibérée à l'égard du libéralisme et des droits de l'homme et leur distinction entre le droit et l'État. La notion montre un amour fou de l'État total par un jeune intellectuel allemand aspirant à faire sa carrière universitaire dans les années 1930.

Entre parenthèses: On peut supposer que Ernst Forsthoff connaissait très bien la notion française de service public, mais - peu importe - pour le nouveau mouvement nazi, c'était une doctrine inventée par l'ennemi héréditaire.

Il est bien surprenant que même de nos jours le mot "Daseinsvorsorge" soit accepté et utilisé pour décrire les "tâches publiques" comme la distribution de gaz et d'eau, les transports publics et l'enlèvement des ordures ménagères. Cela pue, mais on garde le ton pseudo-philosophique / sociologique ...⁴

Deuxième masque de personne privée: la "Fiskustheorie"

(La théorie sur le domaine)

4 Einen guten Überblick bietet: Bullinger, Französischer service public und deutsche Daseinsvorsorge in: JZ 2003, 597-604.

A la fin du 19^{ème} siècle Otto Mayer⁵ enseignait le droit à l'Université de Strasbourg. Il était inspiré par le système très avancé du droit administratif français. Otto Mayer est devenu le fondateur de la nouvelle science du droit administratif allemand. Egalement il a affiné la "Fiskustheorie", la théorie du domaine privé. D'après cette conception l'État est considéré comme une "personnalité à double face" (Si vous voulez: Dr. Jekyll und Mr. Hyde).

L'Etat exerce la puissance publique, mais son "alter ego" le Fiskus possède presque l'autonomie d'une personne privée. De nos jours on parle du "rein fiskalische Tätigkeit"

De quoi s'agit il?

L' État comme **propriétaire** (je ne connais pas la valeur de la propriété) ,

L'État comme **acheteur** (environs 350 Milliards Euros par an)

Exemple célèbre pour la formation des étudiants en droit:

Une commune achète des crayons. Comme c'est mignon! En dehors de l'enseignement juridique le Fiskus représente une activité d'environ 350 Milliards Euros par an!

L'État comme **entrepreneur**:

Exemple: La société anonyme Fraport qui gère l'aéroport de Francfort est une entreprise de L'Etat et des collectivités territoriales. Pour que les aéroports en Grèce soient "privatisés" cette société les achète.

Je ne vois aucune autre base juridique qu' un contrat du droit privé et par conséquent l'application du dip.

⁵ J.-M. Woehrling, *Otto Mayer, un acteur de la coopération interculturelle juridique franco-allemande*, Revue administrative, deuxième centenaire du Conseil d'État, 2001, p. 556.

Restrictions pour les communes:

Il convient d'ajouter que l'usage de ce masque d'entrepreneur est limité pour les communes. L'établissement d'une entreprise par une commune doit être justifiée par un intérêt public. Si un entrepreneur privé peut rendre le service aussi bien que la commune, la création d'une entreprise communale correspondante ne sera pas admise.

Exception prévue par la loi: Les services d'énergie, services d'eaux, transports publics.

L'État qui est représenté au capital d'une **entreprise privée**: c'est le super-masque!

Exemple: Volkswagen, la société anonyme et la représentation des pouvoirs publics par le Land Niedersachsen (Basse Saxe) "Golden shares". Les contrats de Volkswagen relèvent du régime du droit privé et du dip. Cela va de soi...

Des exceptions par rapport à l'application du régime privé ?

Allemagne: pas de fuite dans le droit privé!

Dans la culture juridique de l'Ouest c'est toujours la puissance publique qui doit justifier l'action des personnes publiques au regard des grands principes: démocratie, Etat du droit, droits de l'homme et du citoyen. Ces principes comportent une valeur juridique fondamentale. C'est la raison pour laquelle la doctrine allemande pose le principe: Keine Flucht ins Privatrecht! Il est interdit aux entités publiques de chercher asile dans le droit privé pour échapper aux obligations qui résultent des droits fondamentaux. Au minimum, l'égalité devant la loi doit être garantie. Personne ne doit être discriminé, même si l'État agit dans le champ du droit privé.

Est-ce que cette doctrine empêche l'application du dip? Non, ce n'est pas le cas. D'après un grand arrêt ("Spanierentscheidung") de la Cour Constitutionnelle Allemande du 4 mai 1971, sur un mariage espagnol-allemand, l'application du dip n'exclut pas l'application des droits fondamentaux, Art. 6 EGBGB. La notion « d'ordre public" peut être interprétée de façon à éviter toute discrimination.

Union Européenne: l'interdiction des aides d'État

De nos jours, c'est le régime du droit de la concurrence de l'Union européenne qui connaît des restrictions pour les entités publiques qui font du commerce. Le régime exige que la concurrence ne soit pas faussée dans le marché intérieur. La conséquence la plus importante: l'interdiction des aides d'État selon l'article 107 TFUE.

Au théâtre du contrôle de l'aide d'État la Commission n'est pas qu'un spectateur. Elle est plutôt un acteur ou un "deus ex machina" qui vient d'en haut.

Aux yeux de la Commission, le masque de personne privée ne compte pas. Vis-à-vis du spectateur, l'entité publique peut garder son masque de personne privée. Le régime des aides d'État peut poser des problèmes, mais n'empêche pas l'application du droit privé ou du dip.

Question intéressante:

Est-ce que l'interdiction des aides d'État appartient à l'ordre public"?
Entre les États Membres, je dirais oui.

Entre les États: l'observation du droit international public

Lorsque l'État agit dans un contexte international, même comme personne privée, il doit observer le droit international public. Cette branche du droit traite des rapports entre États, des règles qu'ils doivent observer et des responsabilités qu'ils peuvent encourir en raison de leur activité de souveraineté.

La Charte des Nations Unies proclame le principe de la souveraineté pleine et entière de chaque État et mentionne dans une déclaration de 1970 (page 180) les éléments principaux:

- a) les États sont juridiquement égaux;
- b) chaque État jouit des droits inhérents à la pleine souveraineté;
- c) chaque État a le devoir de respecter la personnalité des autres États

Petite note:

On nous dit de ne jamais confondre le *ius gentium* du droit romain, qui s'occupe des rapports entre étranger et citoyen romains avec le droit international public. Mais avec la fixation sur État on a perdu la vue sur les individus concernés (Scelle)

Ici, une locution latine reflète le problème:

Par in parem non habet imperium. Le droit international moderne entérine la disparition de toute autorité supérieure à celles des États. Aucun État n'est habilité à faire exercice de son autorité publique sur un de ses "pairs". Les **immunités** du droit international sont la traduction juridique de ce principe. Toutefois, l'évolution du droit international a progressivement réservé le bénéfice des immunités aux actes de souverainetés, en latin aux **acta jure imperii**.

Lorsqu'un État effectue des actes dans les mêmes conditions qu'une personne privée, **acta jure gestionis**, normalement la souveraineté d'un autre État n'est pas affectée.

Ainsi, lorsqu'une entité publique agit comme un particulier dans un contexte transfrontalier, le droit international n'est pas un obstacle.

Dans le monde entier, en Europe: l'harmonie des décisions ?

De nos jours la puissance publique est attachée à l'État et à son territoire souverain mais ne s'étend pas un millimètre au-delà. Est-ce que le *dip* est international? Mais non! Le *dip* est comme son législateur limité à un territoire. Il y a un *dip* français, un *dip* allemand, *dip* brésilien etc. Si un juriste allemand conclut que le *dip* allemand est applicable, il pourrait arriver que son collègue brésilien ou français conclut que le *dip* français n'est pas applicable et le cas relève de la compétence de juridictions administrative.

En plus, les choses sont toujours qualifiées au forum par le juge saisi, (le principe de la qualification juridique selon la "lex fori").

Ce dilemme n'existe plus depuis que l'Union européenne a exercé sa compétence régulatrice en matière de dip. Cela s'est produit au cours des années 2000 à 2012

Bruxelles I: sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

Bruxelles II bis: sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale

Rome II: obligations non contractuelles

Rome I: obligations contractuelles

Règlements sur les obligations alimentaires

Rome III: Divorce

Règlements en matière des successions

Bruxelles I bis: (12/12/12) sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière **civile et commerciale**

Ici, la portée de **Bruxelles I bis** est intéressante.

Article premier:

"Le présent règlement s'applique en **matière civile et commerciale** et quelle que soit la nature de la juridiction.

Il ne s'applique notamment ni aux matières fiscales, douanières ou administratives, ni à la responsabilité de l'État pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique (**acta jure imperii**)."

Retournons au dossier imaginaire:

Lorsqu' un État Membre assure un service public sur la base du droit privé: Est-ce que Bruxelles Ibis est applicable? J'aimerais l'affirmer.

Il ressort de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne que la notion "matière civile et commerciale" n'est pas exclue du seul fait qu'une des deux parties soit une entité publique.

La notion est délimitée essentiellement en raison des éléments qui caractérisent la nature des rapports juridiques entre les parties au litige ou l'objet de celui-ci (voir, notamment, un arrêt

du 15 février 2007, Lechouritou e.a., C-292/05, Rec. p. I-1519, point 30 et jurisprudence citée).

Si certains litiges opposant une autorité publique à une personne de droit privé peuvent relever du champ d'application du règlement, il en est autrement lorsque l'autorité publique agit dans l'exercice de la puissance publique. Voilà: Les actes jure imperii.

Résumé:

Le droit international privé n'est pas reconnu comme régime juridique pertinent pour l'État et ses entités publiques.

Néanmoins ce régime est applicable quand une entité publique se comporte comme une personne privée.

Dans ce cas, ni le droit allemand, ni les droits de l'homme ni le droit européen ou le droit international ne font obstacle à l'application du dip.

Résultat: Oui, dans un cas, où le lycée français veut utiliser une piscine allemande gérée par une entité publique sur la base du privé, le dip est applicable et on peut choisir le régime du contrat.
