

– sur une nouvelle appréciation de la proportionnalité qui conditionne la légalité des mesures de police ;

– sur l'organisation de la Nation, de l'Administration, des services publics (notamment le service public hospitalier) et sur leur préparation à une nouvelle pandémie.

V. not. Covid-19, les leçons d'une crise, *AJDA* 2020.1691 ; Le Covid-19 et le droit public, *RFDA* 2020-4.597 ; La crise sanitaire, *RDSS* 2020-5.817 ; La crise sanitaire à la croisée des droits (et des libertés), *Rev. gén. droit médical*, n° 76, sept. 2020.15 ; n° 96, *Rev. Droit et Santé*, juill. 2020.

(N^{os} 86-87 réservés)

Chapitre 2

LA PLACE DU DROIT ADMINISTRATIF DANS L'ENSEMBLE DU DROIT

88 Nous avons défini le droit administratif comme *la partie du droit public qui s'applique à l'activité administrative*.

89 Cette définition se veut simple. La doctrine donne généralement des définitions plus sophistiquées, qui combinent, selon des modalités très variables d'un auteur à l'autre, trois éléments :

– un élément organique et fonctionnel (le droit administratif est celui de l'Administration, de l'action administrative ou d'une partie des activités du gouvernement et des autorités décentralisées) ;

– un élément historique et structurel (le droit administratif ne contient pas toutes les règles qui s'appliquent à l'Administration, mais seulement celles qui dérogent au droit privé) ;

– un ou des éléments matériels (ces règles reposent sur le service public, ou sur la puissance publique, ou les deux).

90 Il n'existe pas de définition du droit administratif qui soit admise par tous. On a exposé dans le chapitre précédent les raisons de cette situation. Elle peut troubler les étudiants et leur donner un sentiment de flou. Elle devrait plutôt les rassurer : ce sentiment correspond à une réalité et non à une incompréhension de leur part ! Mais ils doivent aussi savoir que, si les conceptions de la matière varient, c'est bien du même corps de règles que chacun parle.

91 Les définitions doctrinales sont souvent complexes car elles poursuivent trois objectifs à la fois : décrire matériellement le droit administratif, en délimiter le champ d'application ainsi que l'étendue de la compétence du juge administratif, et indiquer ses fondements ou les grandes lignes du régime juridique appliqué à l'Administration.

92 Or, l'expérience montre que ces trois objectifs sont inaccessibles ensemble, sauf à multiplier les précisions et les exceptions. Nous avons

fait le choix – qui peut évidemment être critiqué – de ne viser que le premier, en privilégiant la simplicité pédagogique.

93 Descriptive, notre définition n'offre pas un critère fiable de délimitation du champ d'application du droit administratif et n'indique ni ses valeurs (telles que celles du service public), ni ses moyens d'action (tels que les procédés de puissance publique).

94 Pour la préciser et la compléter, il convient de situer le droit administratif dans l'ensemble du droit français, c'est-à-dire dans l'ensemble des règles qui s'appliquent sur le territoire national et sont « justiciables » devant les tribunaux de la République française.

(N° 95 réservé)

SECTION 1

Le droit administratif, sous-ensemble du droit public

1 / Le droit public

96 Le droit public est *l'ensemble des règles juridiques relatives à l'existence, à l'organisation, au fonctionnement et aux relations de l'État*. (D. Truchet, *Le droit public*, Puf, « Que sais-je ? » 4^e éd. 2018). Il est fondamentalement le droit de l'État qui en est le principal auteur et le principal sujet.

97 L'État est et reste souverain. La souveraineté est une notion complexe, dont la définition varie avec les époques et les auteurs. Il suffit ici de la voir comme une puissance initiale en vertu de laquelle son titulaire a la « compétence de sa compétence » (selon l'expression d'un auteur allemand du XIX^e siècle, Jellinek). Cela signifie que l'État a une entière maîtrise des objets dont il s'occupe et des règles qu'il pose et qu'il respecte. Il est seul dans cette situation : il n'existe pas, en droit positif français, d'autre pouvoir souverain.

98 Cette affirmation peut surprendre et paraître trop abrupte. Il faut non pas la nuancer mais la préciser. Il n'y a pas dans le monde du droit

de pouvoir supérieur à l'État car il n'existe aucune organisation qui puisse le limiter sans son consentement.

99 Dans une vision théorique et abstraite, la souveraineté est illimitée. On sait bien pourtant que ce n'est pas vrai en pratique, fort heureusement. Le progrès historique du droit a constamment limité l'exercice de la souveraineté : l'État ne peut pas en réalité tout faire. Mais il faut voir juridiquement cette limitation comme une autolimitation. C'est souverainement qu'il a posé lui-même les règles qui fondent et encadrent ses pouvoirs ou qu'il y a consenti.

100 Aucune force juridique ne pouvait le contraindre à signer des traités qui lui imposent des obligations envers d'autres États et envers les personnes privées ou à adhérer à une organisation internationale. Aucune règle préétablie ne pouvait lui imposer de se doter d'une Constitution ou lui en dicter le contenu.

101 Et pourtant, en France comme ailleurs, il a usé de sa souveraineté pour le faire. Comment expliquer qu'il utilise une puissance en principe illimitée pour limiter cette puissance ?

102 La réponse tient à un mélange de considérations pratiques et politiques, qui sont étroitement mêlées. L'État n'est pas hors de la société : il s'inscrit dans un jeu très concret de relations entre gouvernants et gouvernés, qu'analyse en particulier cette discipline connexe du droit public qu'est la science politique (pour laquelle le droit public est réciproquement une discipline connexe). Alors que le droit voit dans l'État une personne morale, la science politique le voit comme un pouvoir qui s'inscrit dans des rapports de force et d'intérêts et qui doit composer avec d'autres pouvoirs (V. dans cette collection, E. Buge, *Droit de la vie politique*, 2018).

103 Ces derniers l'incitent à établir ou à accepter des règles contraignantes pour lui, mais aussi pour les autres : tout est affaire d'équilibre. Cet équilibre est instable ou du moins métastable, perpétuellement modifié par les circonstances politiques et l'état des relations internationales, les évolutions économiques, sociales et techniques.

2 / L'appartenance du droit administratif au droit public

104 Schématiquement, le droit public contient plusieurs branches que l'on peut regrouper en deux : les *droits de l'existence de l'État* dans

l'ordre international (le droit international public – V. dans cette collection, R. Rivier, *Droit international public*, 3^e éd. 2017) et dans l'ordre interne (le droit constitutionnel – V. dans cette collection, V. Constantinesco et S. Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, 7^e éd. 2016) ; les *droits du fonctionnement de l'État* qui lui permettent d'offrir ou d'imposer des prestations juridiques et matérielles aux citoyens (le droit administratif) et d'avoir les moyens financiers de le faire (finances publiques et droit fiscal. V. dans cette collection, R. Pellet, *Droit financier public*, I, Monnaies. Banques centrales. Dettes publiques, 2018 ; L. Bahougne et A. Camus, *Droit de la comptabilité publique*, 2020). Toutes ces branches sont issues du même tronc, celui du droit public. Ce tronc commun les irrigue de principes qui s'appliquent dans chacune d'elles, donc en droit administratif aussi : la continuité de l'État, la sécurité, le respect des compétences, celui des droits fondamentaux. Ces principes répondent à une exigence fondamentale, celle de l'« *État de droit* » : l'État doit respecter la règle de droit, sous le contrôle du juge. C'est l'heureux paradoxe des États démocratiques que cette soumission d'une part à des règles qu'ils ont eux-mêmes posées ou acceptées, d'autre part à des juges qui n'existent que par leur volonté, qu'ils soient leurs organes (juridictions nationales) ou qu'ils résultent de traités qu'ils ont signés et ratifiés (juridictions européennes et internationales).

105 L'appartenance du droit administratif au droit public lui fournit donc ses principes essentiels. En particulier, il tire de la souveraineté de l'État le principal moyen juridique d'action de l'Administration : la *puissance publique*.

SECTION 2

Le droit administratif, droit de l'activité administrative

106 Au sein du droit public, le droit administratif régit un aspect particulier de l'organisation et du fonctionnement de l'État : son activité administrative. On pourrait tout aussi bien écrire : son action administrative, sa fonction administrative, ou l'administration (avec une minuscule).

1 / L'activité administrative

107 Comme on l'a vu dans le chapitre précédent, la séparation des pouvoirs affirmée par la Déclaration de 1789 a pour corollaire la séparation des fonctions issue de la Loi des 16-24 août 1790. La fonction administrative relève du pouvoir exécutif que la Constitution de 1958 confie en principe au gouvernement et à son chef, le Premier ministre (art. 20 à 22), exceptionnellement au président de la République (art. 13 à 17). Ce sont là quelques-unes des « bases constitutionnelles » du droit administratif (selon la célèbre expression de Georges Vedel in « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE* n° 8, 1954, p. 21 et son « examen de conscience » dans la préface de la 7^e édition de son manuel de *Droit administratif*, Puf, « Thémis », 1980 ; P. Delvolvé, « L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *RFDA* 2014-6.1211).

108 La fonction administrative n'est pas la seule fonction de l'État : sa fonction législative et sa fonction judiciaire sont distinctes de la fonction administrative et échappent au droit administratif. Elle n'est pas non plus la seule fonction exécutive : celle-ci comprend aussi des activités qui, n'étant pas administratives, ne relèvent pas non plus du droit administratif : ainsi de la fonction diplomatique (v. not. art. 52 Const.) et de ce que l'on peut appeler une fonction politique dont les actes de gouvernement portent témoignage (v. n° 443).

109 Si délimiter l'activité administrative par rapport aux autres fonctions de l'État est aisé, il est plus difficile de dire en quoi elle consiste. De manière très générale, elle fournit d'abord au public les prestations juridiques et matérielles que les règles en vigueur permettent ou imposent à l'État de leur délivrer ; puisque nous sommes au sein du droit public, cette fourniture recourt à des procédés de puissance publique. Il s'agit là du droit administratif *matériel*.

110 Mais cette première approche est insuffisante : il faut la compléter par le droit administratif *institutionnel*. La fourniture des prestations est assurée par des organes particuliers qui forment l'Administration (avec une majuscule). Les règles de création, d'organisation et de fonctionnement de ces organes relèvent aussi du droit administratif. Comme on le verra, l'Administration n'est pas composée que de services de l'État : elle comporte aussi d'autres personnes publiques (collectivités

territoriales, établissements publics...) et même des personnes privées auxquelles est confiée une partie de l'activité administrative.

111 Le droit administratif contient donc, au sein du droit public, les règles de toute origine qui s'appliquent à l'activité administrative, dans sa double composante institutionnelle et matérielle.

2 / Droit administratif général, droits administratifs spéciaux et matières connexes

112 Le présent manuel ne porte que sur le droit administratif général. Il est enseigné en général dans les deux semestres de la deuxième année de licence, qui sont en réalité indissociables pédagogiquement. Il décrit les règles de droit commun de l'activité administrative, c'est-à-dire les règles qui s'appliquent à elle en l'absence de règles propres à l'un de ses aspects particuliers.

113 Les droits administratifs spéciaux font l'objet d'enseignements spécifiques. Certains d'entre eux sont de simples démembrements pédagogiques du droit administratif. Plus précises, leurs règles n'y dérogent pas : institutions administratives (v. dans cette collection, D. Maillard Desgrées du Loû, *Institutions administratives*, 2^e éd. 2015), procédure administrative non contentieuse, droit des contrats administratifs (v. dans cette collection, C.-A. Dubreuil, *Droit des contrats administratifs*, 2018), droit public de l'économie (v. dans cette collection, S. Braconnier, *Droit public de l'économie*, 3^e éd. 2021 ; A. Cartier-Bresson, *Droit des aides publiques aux entreprises*, 2020), droit des services publics...

114 D'autres ont le support, au moins partiel, d'un code propre (alors qu'il n'existe pas de code pour le droit administratif général) : droit de la fonction publique (v. dans cette collection, O. Dord, *Droit de la fonction publique*, 4^e éd. 2021), droit administratif des biens, droit des collectivités locales (v. dans cette collection, J.-B. Auby, J.-F. Auby, R. Noguellou, *Droit des collectivités locales*, 6^e éd. 2015), droit de l'urbanisme dont le particularisme est fortement marqué (v. dans cette collection, G. Kalfèche, *Droit de l'urbanisme*, 3^e éd. 2021).

115 Le droit du contentieux administratif pose un problème particulier : il est indissociable du droit administratif puisqu'il contient les

règles qui s'appliquent au jugement de l'activité administrative par le juge administratif et qu'il a avec lui une liaison historique consubstantielle. Mais il a ses règles propres, réunies dans le Code de la justice administrative et relève de la fonction juridictionnelle de l'État (v. dans cette collection, F. Blanco, *Contentieux administratif*, 2019).

116 Le droit actuel, et donc le savoir juridique, tendent à se recomposer autour d'objets qui transcendent la distinction droit privé/ droit public. Le droit administratif devient alors l'une des composantes d'un ensemble mixte dans lequel s'exercent activité administrative et activités privées. Ces matières transversales sont en général enseignées en master : on citera à titre d'exemples le droit économique, le droit de la communication (v. dans cette collection, D. de Bellescize et L. Franceschini, *Droit de la communication*, 2^e éd. 2011), le droit de la santé (v. dans cette collection, A. Laude, X. Bioy, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, 4^e éd. 2020) et le droit de la protection sociale (v. dans cette collection, R. Pellet et A. Skrzyerbak, *Droit de la protection sociale*, 2017), le droit du sport (v. dans cette collection, G. Simon, C. Chaussard, P. Icard, D. Jacotot, C. de la Mardière, V. Thomas, *Droit du sport*, 2012) ou, particulièrement imaginaire, le droit de l'environnement (v. dans cette collection, A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, 5^e éd. 2021).

117 Autre matière transversale dont le contentieux est écartelé par tradition historique entre les juridictions judiciaires et administratives, le droit fiscal entretient des rapports étroits et une grande communauté de règles avec le droit administratif, mais s'en distingue par son objet et ses techniques (v. dans cette collection, M. Collet, *Droit fiscal*, 9^e éd. 2021 et M. Collet et P. Collin *Procédures fiscales. Contrôle, contentieux et recouvrement de l'impôt*, 4^e éd. 2020).

118 Le droit administratif n'est pas la seule discipline universitaire qui s'intéresse à l'activité administrative. La science administrative étudie l'Administration comme un phénomène social et en propose une analyse globale : elle intègre les aspects juridiques à une approche sociologique, économique ou managériale (la « gestion publique »), politique, voire idéologique. Comme l'histoire, la sociologie ou l'analyse économique du droit, la science administrative complète le droit administratif dont elle éclaire les présupposés, montre les enjeux sociaux et décode les implications. (V. dans cette collection, J. Chevallier, *Science administrative*, 6^e éd. 2019). Venue d'Amérique, la « bonne gouvernance » ou « bonne administration » (affirmée comme un droit des citoyens européens par l'art. 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) offre une lecture qualitative de l'action administrative.

SECTION 3

Droit administratif et droit privé

119 Avec l'arrêt Blanco, le droit administratif était apparu comme un droit exorbitant du droit commun, c'est-à-dire à l'époque, du droit privé. Mais cette vision, historiquement exacte, est dépassée. Le droit administratif est aujourd'hui le *droit commun de l'activité administrative*, celui qu'on lui applique en principe. Mais droit privé et droit administratif ne sont pas totalement étanches l'un par rapport à l'autre : appartenant tous deux au droit français tel que nous l'avons défini, ils partagent des sources et des règles communes et se font des emprunts réciproques (B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Éd. Panthéon-Assas, 2003) ; surtout le droit privé s'applique largement à l'activité administrative (v. B. Bonnet et P. Deumier (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public. droit privé*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2010 ; E. Saillant, *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, 2012).

1 / L'existence de règles de droit administratif dans des instruments de droit privé

120 On trouve parfois des règles concernant spécifiquement l'activité administrative dans des instruments de droit privé. Ces règles doivent alors être considérées comme de droit administratif. En voici des exemples : prohibition de l'arbitrage que l'article 2060 du Code civil fait aux personnes publiques, sauf exceptions (v. n° 541) ; principe de l'application du Livre du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence aux activités de production, de distribution et de services des personnes publiques (art. 410-1 C. com. – v. n° 1154) ; application de la législation relative au bail commercial aux baux des locaux et immeubles leur appartenant, dans les conditions de l'article L. 145-2 C. com. ; limitations de l'exercice du droit de grève dans les services publics édictées par les articles L. 2512-1 et s. C. tr. (v. n° 1138) ; dispositions du Code de la propriété intellectuelle propres aux œuvres créées

par les agents publics dans le cadre de leurs fonctions (par ex., art. L. 131-3-1 et s. sur le droit d'exploitation)...

2 / L'application du droit privé par le juge judiciaire à l'activité administrative

121 On n'a jamais été au bout de la logique de l'arrêt Blanco, celle d'une soumission totale de l'activité administrative au droit administratif. Une partie importante de celle-ci est régie par le droit privé. La frontière entre les deux droits a d'ailleurs toujours été sinueuse et mouvante (v. G. Eckert, *Droit administratif et droit civil*, in P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, t. 1 p. 601).

122 Cela se produit d'abord lorsque les personnes publiques n'exercent pas leurs prérogatives de puissance publique, soit parce que la loi ne le leur permet pas, soit dans les cas où elles ont le choix, parce qu'elles estiment ne pas avoir besoin de les exercer. Nous sommes alors en présence d'activités des personnes publiques qui relèvent de ce que l'on nomme leur « *gestion privée* » : l'exemple le plus net est celui des contrats de droit privé qu'elles concluent avec des personnes privées, ou, parfois même, entre elles. Ils sont soumis au Code civil (ou à un autre code), alors que leurs autres contrats, dits administratifs, relèvent des règles du droit administratif. La gestion de ceux de leurs biens qui appartiennent au domaine privé (par opposition au domaine public) relève aussi du droit privé, mais l'exemple est moins net que le précédent car la puissance publique n'est pas entièrement absente de cette gestion : il s'agit d'un droit privé spécial qui déroge sur certains points aux dispositions du Code civil relatives à la propriété.

123 Cela se produit aussi en raison d'un conflit historique qui porte sur les opérations menées sur un marché. Il oppose une tradition libérale qui considère avec méfiance l'offre par les personnes publiques de biens et de services marchands, à une tradition interventionniste (ou « colbertiste ») qui conduit ces personnes à administrer l'économie par des procédés de puissance publique comme tout autre secteur de la société. La clé de solution de ce conflit a été fournie tôt dans l'histoire du droit administratif par le Tribunal des conflits dans sa célèbre décision S^{te} commerciale de l'Ouest africain (22 janvier 1921, *GAJA* n° 35, *GD*

p. 340), qui est à l'origine d'une catégorie particulière de service public, le service public industriel et commercial : dès lors qu'une personne publique (en l'espèce, la colonie de Côte-d'Ivoire qui faisait fonctionner un bac pour la traversée d'une lagune) « exploite un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire », le juge judiciaire est compétent pour juger de sa responsabilité envers les usagers (le bac avait coulé) et il le fait, bien sûr, selon les règles du droit privé.

124 Cette logique de l'« industriel ordinaire » fait du droit privé le droit commun des activités industrielles et commerciales, même lorsque les personnes publiques en sont les « opérateurs », et du droit administratif le droit applicable lorsqu'elles agissent sur le marché en tant que « régulateurs ». Elle repose sur l'idée discutable mais solidement ancrée dans notre vision traditionnelle de la liberté d'entreprendre que la prestation de biens et de services sur un marché concurrentiel relève en principe de l'initiative privée : le fait pour l'Administration de s'y livrer ne serait pas une activité administrative entrant normalement de ses compétences.

125 L'application du droit privé à une activité administrative résulte enfin de l'attribution exceptionnelle au juge judiciaire d'une compétence envers quelques actions de l'Administration. Cela peut reposer sur le principe traditionnel qui fait de ce juge le gardien de la liberté individuelle et de la propriété immobilière (v. n° 450) ou sur des législations ponctuelles concernant soit des décisions d'autorités administratives (v. n° 319), soit la responsabilité de personnes publiques (v. nos 1281 et s.).

3 / L'application exceptionnelle du droit privé par le juge administratif

126 Il arrive que le juge administratif applique des règles issues du droit privé, dans l'exercice normal de sa compétence envers l'activité administrative. C'est toujours de sa part un choix : telle ou telle règle de droit privé lui semble si bien adaptée à l'Administration qu'il se l'approprie sans éprouver le besoin d'imaginer une règle propre. Quand il le fait (ce qui est rare), il use de trois techniques.

127 Il peut appliquer littéralement un article du Code civil aux personnes publiques, par exemple, l'article 1343-2 (ancien article 1154) à la

capitalisation des intérêts (les intérêts s'ajoutent chaque année au montant principal de la créance) ou l'article 1142 à la rétractation par une commune d'une promesse unilatérale de vente (CE, 2 avril 2015, n° 364539 C^{ne} de Case-Pilote).

128 Il lui arrive aussi de citer un article du Code civil pour fonder l'une de ses décisions : par exemple l'article 9-1 C. civ. pour imposer en référé à l'Administration le respect de la présomption d'innocence envers un fonctionnaire qui fait l'objet d'une poursuite disciplinaire (CE, 14 mars 2005, n° 277280, Gollnisch).

129 La troisième technique consiste à recevoir dans sa jurisprudence non pas l'article du Code civil qu'il entend appliquer aux personnes publiques mais « les principes dont s'inspire » cet article (ou « rappelés » par lui), ce qui lui permet d'en moduler l'application sans être esclave du texte. Il a procédé ainsi avec les articles 1792 et 2270 sur la garantie décennale des constructeurs, avant de parler des « principes qui régissent » celle-ci, sans plus de référence au Code civil (CE, 15 avril 2015, n° 376229, C^{ne} de Saint-Michel-sur-Orge). L'emprunt peut être fait à d'autres textes, tels que le Code du travail : par exemple, le Conseil d'État en a tiré un principe d'interdiction du licenciement d'une femme enceinte qu'il a appliqué à une infirmière auxiliaire d'une collectivité locale à laquelle ce Code n'était pas applicable (CE, Ass., 8 juin 1973, Dame Peynet).

130 Ces cas rares dans lesquels le juge administratif importe du droit privé dans le droit administratif ne doivent pas être confondus avec une situation très différente et très courante : l'appréciation par le juge administratif, selon les règles du droit administratif, de la légalité d'un acte administratif unilatéral qui concerne une matière de droit privé. Hors du contentieux, le Conseil d'État qui doit être consulté par le gouvernement sur les projets de loi et sur certains projets de décret, donne son avis sur ceux qui concernent le droit privé.

4 / L'application du droit administratif par le juge judiciaire

131 Lorsque le juge judiciaire est compétent pour connaître d'une activité administrative, on a vu qu'il le faisait généralement en lui appli-

quant le droit privé. Cependant, il lui arrive qu'il le fasse selon les règles du droit public (J. Antippas, « L'utilisation du droit administratif en droit civil », *RFDA* 2014,795). C'est en particulier le cas lorsque la puissance publique est particulièrement présente dans cette activité.

132 En premier lieu, le juge judiciaire (comme d'ailleurs tous les acteurs du droit privé) est constamment amené à appliquer des actes administratifs et à les interpréter. Il peut même en apprécier parfois la légalité par voie d'exception. Il le fait en utilisant les règles du droit administratif, y compris celles qui résultent d'une « jurisprudence établie du juge administratif », ce qui lui impose donc de les connaître. Inversement d'ailleurs, le juge administratif applique la jurisprudence établie du juge judiciaire pour apprécier une règle ou un acte de droit privé lorsqu'il est compétent pour le faire (sur ces différents points, v. n° 457).

133 En second lieu, le juge judiciaire utilise fréquemment des notions du droit administratif pour apprécier sa compétence. Par exemple, pour déterminer s'il peut connaître d'un contrat auquel une personne publique est partie, il lui faut s'assurer que ce contrat n'est pas administratif, auquel cas il serait incompétent. Pour ce faire, il utilise les instruments de qualification du droit administratif. On observera que quand ces instruments résultent de la jurisprudence du Tribunal des conflits, le juge judiciaire y est partie prenante à part égale avec le juge administratif.

134 En troisième lieu, le législateur a transféré à la cour d'appel de Paris la compétence d'annulation des décisions (ou de certaines d'entre elles) prises par quelques autorités de régulation, et d'indemnisation des dommages qu'elles causent. La Cour s'inspire alors des méthodes du droit et du juge administratifs (v. n° 319). Il en va de même dans les cas, eux aussi exceptionnels, dans lesquels le juge judiciaire ayant à apprécier la responsabilité de l'État, décide d'appliquer les règles du droit administratif (v. Sixième Partie).

135 En dernier lieu, le juge pénal est amené à apprécier une activité administrative lorsqu'il juge une personne morale de droit public ou un agent public pour des faits liés à ses fonctions.

5 / La convergence du droit administratif et du droit privé

136 Droit administratif et droit privé procèdent d'un esprit différent : la poursuite de l'intérêt général et l'inégalité fondamentale entre personnes publiques et personnes privées pour le premier ; l'égalité de principe des sujets de droit et l'autonomie de la volonté pour le second. Les différences demeurent donc très fortes entre les règles de l'un et de l'autre, d'autant que les divergences entre les juridictions administratives et judiciaires ne sont pas rares, malgré l'attention que chaque ordre de juridiction porte à la jurisprudence de l'autre. Elles sont cependant atténuées par un phénomène de convergence.

137 Convergence des règles. — Les deux ensembles de règles ont toujours eu à traiter d'objets identiques (tels que le contrat ou la responsabilité) et ils l'ont souvent fait en des termes voisins, voire en s'inspirant l'un de l'autre. Surtout, ils sont désormais irrigués par des sources communes, constitutionnelles, internationales ou européennes : elles produisent des règles qui ne sont ni de droit public ni de droit privé. Ayant vocation à être appliquées dans les deux droits, elles sont de droit administratif dans le champ d'application de celui-ci et de droit privé dans celui de ce dernier.

138 Il en résulte, dans les secteurs concernés, une tendance à la convergence qui ne va pas jusqu'à l'identité : en effet, les règles restent appliquées par les deux ordres de juridiction, administratif et judiciaire, chacun avec ses méthodes propres. Ils peuvent ne pas les interpréter de la même manière, sauf lorsqu'il existe un mécanisme d'interprétation uniforme qui s'impose à eux deux : c'est le cas avec les règles du droit de l'Union européenne en raison du monopole d'interprétation de ce droit dont dispose la Cour de justice. C'est aussi le cas des réserves d'interprétation dont le Conseil constitutionnel peut assortir ses décisions de conformité d'une loi à la Constitution.

139 Règles communes. — Le législateur adopte parfois des règles qu'il veut communes aux deux droits. La *responsabilité médicale et hospitalière* en est une illustration particulièrement éclairante. Depuis la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, elle obéit, tant en droit administratif qu'en droit privé, aux articles L. 1141-1 et s. CSP. Cet exemple est spectaculaire car, aupa-

vant, les règles différaient assez sensiblement selon que le dommage était le fait des hôpitaux publics ou celui des cliniques privées et des praticiens libéraux. Le législateur a considéré que les uns et les autres appartenaient au même système de santé qui devait, sur ce point, être gouverné par des règles uniformes dans l'intérêt des patients (sur ce régime et d'autres cas de convergence des règles de responsabilité, v. n° 1283).

140 Citons à nouveau le *droit de la concurrence*, qui est aujourd'hui commun au droit privé et au droit administratif : ses règles servent au juge judiciaire (notamment lorsqu'il est saisi de décisions du Conseil de la concurrence ou de l'Autorité de la concurrence, qui lui a succédé) pour juger le comportement des entreprises privées et au juge administratif pour apprécier la légalité d'actes administratifs (v. not. CE, Sect., avis, 22 nov. 2000, n° 223645 ; Sté L. et P. Publicité). À un moindre degré, c'est aussi le cas du *droit de la consommation* (v. n° 1163) ou du *droit de la propriété intellectuelle*.

141 **Règles voisines.** — Le législateur peut aussi adopter des règles qui sans être communes aux deux droits, sont très proches : ainsi, l'ordonnance précitée du 10 février 2016 a introduit dans les nouvelles dispositions du Code civil l'*imprévision* qui s'inspire directement de la jurisprudence administrative sur les contrats administratifs (qui date de 1916 : v. n° 914). Sur le plan procédural, on peut citer aussi la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016, qui dote les deux ordres de juridiction de pouvoirs identiques de *médiation* ou de traitement des *actions de groupe* (v. n° 519).

142 **Droit pénal.** — Le droit pénal peut aussi être considéré à certains égards comme un lieu de convergence du droit public et du droit privé. La répression pénale n'est pas une activité administrative en raison de la séparation des pouvoirs et des fonctions, mais elle est matériellement très proche du droit public puisque la puissance publique y est omniprésente : c'est l'État (dont les juges sont juridiquement les agents, tout en étant indépendants du pouvoir politique) qui poursuit et condamne. La tradition française range cependant les juridictions pénales parmi les juridictions judiciaires et place le droit pénal et la police judiciaire dans le droit privé. Mais il arrive (pas souvent, à vrai dire) au juge administratif d'apprécier la légalité des décisions administratives à l'aune des règles pénales (CE, Ass., 6 déc. 1996, Sté Lambda, *GAJA* n° 93).

Conclusion

143 Le droit administratif a une place bien déterminée dans l'ensemble du droit français : il est la partie du droit public qui régit en principe l'activité administrative et les personnes qui l'exercent. Ses contours exacts sont en revanche flous et mouvants, ce qui interdit de proposer un critère parfaitement exact d'application de ce droit. Il faut en prendre son parti, sans exagérer les inconvénients pratiques de cette incertitude.

144 Ce qui précède doit aussi montrer aux étudiants qui se destinent à des carrières de droit privé qu'ils ne doivent pas se désintéresser du droit administratif car ils en auront besoin. La réciproque est moins fréquente mais pas moins vraie.

(N° 145 réservé)

