

Table des matières

Sommaire	5
Préface	9
Avertissement	13
Remerciements	15
Principales abréviations	17
Ouvrages, périodiques	17
Éditeurs	19
Juridictions et organismes divers	20
Abréviations diverses	21
Introduction	25
Section 1. Généalogie de la recherche	27
A. Le thème classique de l'association des personnes privées aux tâches administratives	27
1. Le recours aux personnes privées, technique de gestion administrative	28
2. Les modalités de l'association des personnes privées	32
B. Le renouvellement des études sur le pouvoir normatif des personnes privées	37
C. Le repositionnement contemporain des personnes privées au cœur des intérêts collectifs	44
1. L'idéologie de la privatisation de l'action administrative	44
2. La construction de l'intérêt général par les personnes privées	48
Section 2. Méthode de la recherche	51
A. Délimitation de la recherche	51
1. Les activités constituant le pouvoir administratif	51
2. Les personnes privées étudiées	59
B. Objectifs de la recherche	64
1. Réhabiliter le sens de la distinction entre les personnes morales de droit public et de droit privé	64
2. Réinterroger les fondements du droit administratif	68
C. Démarche et annonce du plan	73

Partie I
L'IDENTIFICATION DU POUVOIR ADMINISTRATIF
DES PERSONNES PRIVÉES

Titre I	
Le pouvoir administratif des personnes privées, un objet partiellement occulté	
Chapitre 1. La revendication de juridiction du droit privé sur le pouvoir des personnes privées	83
Section 1. La construction heurtée de la notion de pouvoir juridique en droit privé	85
§ 1. Les débats sur la notion de pouvoir juridique en droit privé	85
A. L'exclusion nécessaire du pouvoir factuel de la définition du pouvoir juridique	87
1. L'incompatibilité historique du contrat et du pouvoir factuel	88
2. Les lacunes de l'approche factuelle du pouvoir en droit privé	91
B. L'apport d'une notion autonome de pouvoir juridique en droit privé	95
1. La distinction tardive du pouvoir juridique et des droits subjectifs	96
2. Les limites à la théorie du pouvoir collectif autofondé en droit privé	100
§ 2. Le renouvellement du pouvoir par l'étude des phénomènes unilatéraux en droit privé	105
A. L'unilatéralisme reconnu en droit privé dans les rapports <i>inter partes</i>	106
1. L'introduction limitée de l'unilatéralité dans le contrat	107
2. Les actes unilatéraux de droit privé hors du contrat	110
B. L'innovation de la réglementation de droit privé	113
1. Un type spécifique de pouvoir	113
2. Un type inédit de relations entre personnes privées	118
Section 2. La qualification des actes de personnes privées constitutifs d'un pouvoir en actes juridiques de droit privé	123
§ 1. Le critère organique facilitant la qualification d'acte privé	123
A. La qualification principielle des actes unilatéraux pris par les organismes privés	123
1. La sinuosité du critère fonctionnel du fait de la qualification de prérogative de puissance publique	125
2. La sinuosité du critère fonctionnel du fait de la jurisprudence sur l'organisation du service public	129
B. La matière contractuelle saisie par le droit privé	132
1. La résistance historique à la qualification administrative en matière contractuelle	133
2. La spécificité du sort des contrats privés en cas de compétence incidente du juge administratif	136
§ 2. Un contexte professionnel influençant la qualification d'acte privé	140
A. Le critère de technicité de l'opération dans la qualification des actes	141
1. Le rôle du secteur professionnel dans la qualification jurisprudentielle de l'acte	141
2. Les limites du recours au critère sectoriel	147
B. Un contexte favorisant le développement des actes de droit souple des personnes privées	149
1. Le développement des actes privés de droit souple constitutifs d'un pouvoir	149
2. L'assimilation des actes de droit souple aux actes privés de droit dur	152
Conclusion du Chapitre 1	155

Chapitre 2. L'appréhension partielle du pouvoir des personnes privées par le droit administratif	157
Section 1. L'étatisme négateur du pouvoir des personnes privées.....	158
§ 1. La négation de l'autonomie des personnes privées.....	159
A. La résistance de l'État à la reconnaissance des personnes privées.....	159
1. La méfiance ancienne de l'État envers les groupements privés.....	159
2. La concurrence de l'État personnifié par les personnes privées.....	163
B. L'effet corollaire de la reconnaissance : l'incorporation des personnes privées à la sphère administrative.....	166
1. L'apparition des personnes privées d'intérêt public.....	167
2. La soumission des personnes privées au contrôle du juge administratif.....	171
§ 2. La négation de l'autonomie des compétences des personnes privées.....	176
A. Les limites des théories pluralistes sur l'autonomie du pouvoir des personnes privées.....	176
1. Les formes théoriques du pluralisme : institutionnalisme et corporatisme.....	176
2. L'opposition à la reconnaissance du pluralisme juridique.....	183
B. Les formes de l'absorption étatique : le rattachement des actes des personnes privées aux décisions de l'administration.....	186
1. L'incorporation administrative par habilitation.....	186
2. L'incorporation administrative par validation.....	190
3. La disparition de l'intermédiation de la personne publique.....	193
Section 2. L'apparition discrète du pouvoir des personnes privées en droit administratif.....	196
§ 1. La disparition de la puissance comme fondement du droit administratif par le service public.....	197
A. Le service public, fondement alternatif à la puissance pour le droit administratif.....	198
1. Le fondement du service public dans la qualification des actes des personnes privées.....	199
2. L'accroissement du recours au contrat en droit administratif par le fondement du service public.....	201
B. Le service public, notion malléable facilitant les délégations de certaines missions aux personnes privées.....	203
§ 2. La diminution de l'étude des intérêts privés en droit administratif.....	207
A. La construction d'une neutralité de l'action administrative.....	208
1. Le contenu de la neutralité de l'action administrative.....	208
2. Les techniques de prévention de la partialité du personnel administratif.....	210
B. Les limites épistémologiques de droit administratif pour saisir les intérêts privés.....	213
1. Un prisme contentieux limité pour saisir ces intérêts en droit.....	213
2. Le thème des intérêts des personnes privés saisi par la science politique.....	218
Conclusion du Chapitre 2	221
Conclusion du Titre I	223

Titre II	
Le pouvoir administratif des personnes privées, une notion juridique autonome	
Chapitre 1. Un pouvoir juridique	227
Section 1. Une prérogative conférée	228
§ 1. L'habilitation privée dans la tradition d'autorégulation des personnes privées	229
A. La raréfaction de l'habilitation exclusivement privée	230
1. Des pratiques professionnelles nées d'une habilitation textuelle privée	231
2. La place résiduelle de l'habilitation exclusivement privée en droit positif	233
B. Le renforcement du pouvoir par l'habilitation privée dans la théorie de la régulation	234
1. Des pratiques professionnelles renforcées en dehors du texte	235
2. Les traces de l'attribution privée en droit positif	236
§ 2. L'habilitation publique, forme classique de l'attribution de pouvoir	239
A. La délégation de compétences	239
1. Les formes de l'attribution du pouvoir	240
2. Le champ de l'attribution du pouvoir	242
B. L'obligation d'adhésion	247
1. La forme de l'attribution du pouvoir	248
2. Le champ de l'attribution du pouvoir	251
Section 2. Une prérogative destinée à produire des actes juridiques sur autrui	254
§ 1. La production d'actes juridiques	254
A. L'édition d'actes de portée générale	255
1. Les actes réglementaires	256
a. Les actes portant sur un service public	256
b. Les actes d'exécution du pouvoir réglementaire	259
2. Les actes de réglementation	261
a. Les actes portant sur les conditions d'accès à une activité	262
b. Les actes portant sur les conditions d'exercice d'une activité	263
B. L'émission d'actes de portée individuelle	265
1. Les actes individuels décisoirs	266
2. Les sanctions	269
§ 2. Les limites de la catégorie des actes juridiques	274
A. La consultation et les actes juridiques	275
1. L'acte juridique ayant le caractère d'un avis	276
2. L'utilisation limite de l'avis comme acte juridique	277
B. La recommandation et les actes juridiques	279
1. Les actes juridiques non contraignants	279
2. L'effectivité des recommandations	281
Conclusion du Chapitre 1	283
Chapitre 2. Un pouvoir administratif	285
Section 1. Le critère organique de l'administrativité	287
§ 1. Le statut des personnes privées à pouvoir administratif	288
A. La gouvernance des personnes privées à pouvoir administratif	289
1. La direction des personnes privées à pouvoir administratif	289
a. L'organisation fonctionnelle	289
b. L'organisation territoriale	291
2. Le contrôle administratif sur les personnes privées à pouvoir administratif	292
a. Le contrôle des ministères	293
b. Le contrôle des régulateurs administratifs	296

B. Le financement des personnes privées à pouvoir administratif.....	297
1. Le financement interne.....	298
2. Le financement externe.....	300
§ 2. Les finalités conflictuelles des personnes privées à pouvoir administratif.....	301
A. Le conflit entre l'intérêt collectif et l'intérêt de l'institution.....	302
1. L'apparition d'un intérêt collectif distinct de l'intérêt de l'institution.....	302
2. La contradiction de l'intérêt du public avec l'intérêt de l'institution.....	305
B. Le conflit entre l'intérêt collectif et l'intérêt personnel des membres de l'institution.....	308
1. La clémence envers les membres financeurs de l'institution.....	309
2. Les décisions accommodantes envers les membres de l'institution.....	311
Section 2. Le critère fonctionnel de l'administrativité.....	314
§ 1. L'insuffisance de la qualification d'association au service public.....	316
A. Les hypothèses manifestes de service public.....	317
1. Des qualifications exceptionnelles de service public.....	317
2. Des qualifications consensuelles de service public.....	319
B. Les hypothèses implicites de service public.....	323
1. L'autorégulation organisée, forme marginale de service public.....	323
2. L'autorégulation purement privée, forme atténuée de service public.....	327
§ 2. La pertinence de la qualification de mission de police administrative spéciale.....	329
A. La protection des ordres publics spéciaux.....	332
1. Les missions historiques de défense de l'ordre public par les personnes privées.....	334
2. Le développement des ordres publics spéciaux protégés par les personnes privées à pouvoir administratif.....	338
B. Les procédés de police administrative.....	342
1. Les dispositifs de prévention des infractions.....	343
2. Les dispositifs de cessation des infractions.....	345
Conclusion du Chapitre 2.....	347
Conclusion du Titre II.....	351
Conclusion de la Partie I.....	353

Partie II
L'ÉLABORATION D'UN RÉGIME
APPLICABLE AU POUVOIR ADMINISTRATIF
DES PERSONNES PRIVÉES

Titre I	
Le régime de droit administratif	
du pouvoir administratif des personnes privées	
Chapitre 1. La construction d'un contrôle administratif sur le pouvoir administratif des personnes privées.....	373
Section 1. Le contrôle du pouvoir administratif par l'administration.....	376
§ 1. La contradiction du contrôle administratif et de l'indépendance des personnes privées détenant un pouvoir administratif.....	378
A. L'indépendance de la prise de décision.....	378
1. Le contrôle associé à une indépendance organique.....	379
2. Le contrôle territorialement limité par l'indépendance.....	382

B. La transparence du financement	385
1. Une indépendance budgétaire délicate	385
2. Un contrôle comptable fragile	387
§ 2. Une circulation d'informations inégale du fait du pouvoir administratif des personnes privées	390
A. L'inégale mutualisation de l'information à l'intérieur d'un même secteur d'activités	391
1. Les mécanismes de transmission obligatoire d'information	391
2. Les mécanismes indirects de transmission d'informations	395
B. La mutualisation précaire de l'information entre des secteurs d'activités	396
1. Les réseaux entre autorités publiques de réglementation	396
2. Une intégration difficile au sein des réseaux administratifs intersectoriels	398
Section 2. Les obligations des détenteurs d'un pouvoir administratif vis-à-vis du public	400
§ 1. L'information du public sur les actes de pouvoir administratif	401
A. Le droit à l'information publique des documents à caractère général	402
1. La diffusion publique des documents à caractère général	402
a. Le laconisme du régime de publicité des documents à caractère général	403
b. Les solutions applicables aux actes de pouvoir administratif des personnes privées	404
2. La communication des documents à caractère général	406
a. Les modalités d'obtention des documents à caractère général	406
b. Les solutions applicables aux actes de pouvoir administratif des personnes privées	409
3. La conservation des documents	410
B. Le droit contrasté d'accès aux documents purement individuels	411
1. La difficile publicité des documents individuels	411
2. L'adaptation des effets liés à la notification des actes individuels	414
§ 2. L'égalité de traitement des destinataires d'actes de pouvoir	415
A. Les moyens procéduraux de l'égalité de traitement	415
1. La motivation des actes unilatéraux	415
a. Les actes individuels décisaires	416
b. Les sanctions	420
2. La procédure de passation des contrats	423
B. Les modalités substantielles de l'égalité de traitement	425
1. Les contraintes pesant sur la compétence de l'autorité	426
a. L'obligation d'agir	427
b. L'obligation d'apprécier les situations individuelles	429
2. Les contraintes inhérentes à la protection des droits fondamentaux	430
a. Le nivellation de la protection des droits fondamentaux	431
b. L'adaptation périlleuse du devoir de réserve et de neutralité	433
Conclusion du Chapitre 1	436
Chapitre 2. L'enrichissement du contrôle juridictionnel du pouvoir administratif des personnes privées par le contentieux administratif	439
Section 1. L'apport de l'excès de pouvoir dans le contrôle juridictionnel de la validité du pouvoir administratif des personnes privées	441
§ 1. La recevabilité des contestations contre le pouvoir administratif des personnes privées par l'excès de pouvoir	443
A. L'apport de la théorie de la recevabilité de l'acte administratif	445
1. L'objectivité du recours contre les actes réglementaires	446
2. La reprise de la subjectivisation du recours contre les actes des personnes privées	447
B. L'adéquation des conditions temporelles et personnelles de recevabilité	450
1. Le délai de saisine du juge administratif	451
2. L'intérêt à agir du requérant	453

§2. Les potentialités de l'excès de pouvoir dans le contrôle au fond du pouvoir administratif des personnes privées	456
A. Les actions spécifiques au contrôle du pouvoir administratif	456
1. Un renforcement opportun du contrôle des mobiles par le détournement de pouvoir	456
2. Un renforcement opportun du contrôle de l'atteinte à une liberté fondamentale par le contrôle de proportionnalité	460
B. Les pouvoirs adéquats du juge de l'excès de pouvoir	462
1. Des pouvoirs d'instruction spécifiques	463
2. Une effectivité de la décision en excès de pouvoir garante de l'intégrité du secteur concerné	465
Section 2. L'apport du plein contentieux dans le contrôle juridictionnel de la responsabilité des personnes privées à pouvoir administratif	467
§ 1. L'apport de la théorie de la responsabilité sur le contrôle du pouvoir administratif des personnes privées	468
A. La responsabilité administrative de la personne privée du fait de l'usage de son pouvoir administratif	470
1. La responsabilité pour faute	471
a. L'utilisation fautive du pouvoir administratif	472
b. La carence de pouvoir administratif	475
2. La responsabilité sans faute	477
B. La responsabilité de la puissance publique du fait des personnes privées détenant un pouvoir administratif	479
1. Les fondements de la responsabilité de la puissance publique du fait des personnes privées détenant un pouvoir administratif	480
a. La responsabilité de la puissance publique contrôlante du fait des personnes privées détenant un pouvoir administratif	480
b. La responsabilité spéciale de la puissance publique du fait des personnes privées détenant un pouvoir administratif	483
2. Articulation de la responsabilité de la personne privée du fait de son pouvoir administratif et de la responsabilité de la puissance publique du fait de la personne privée	485
§ 2. Les évolutions possibles du plein contentieux dans le contrôle du pouvoir administratif des personnes privées	487
A. L'élargissement du domaine du plein contentieux administratif	487
1. Les pouvoirs renforcés du juge dans le contrôle des sanctions	487
a. La répartition du contentieux en matière de sanction	487
b. L'octroi d'une action au tiers en matière de sanction	490
2. Les pouvoirs du juge à déterminer dans le contrôle d'une atteinte au domaine public	492
a. Les débats sur les fondements de l'application horizontale des droits fondamentaux	492
b. Les formes de l'invocabilité horizontale des droits fondamentaux en droit français	494
B. Le conditionnement de l'indemnisation d'un préjudice	494
1. Sur le fond	495
2. Sur la procédure	496
Conclusion du Chapitre 2	498
Conclusion du Titre I	501

Titre II**Le régime de droit économique
du pouvoir administratif des personnes privées**

Chapitre 1. L'introduction d'une logique concurrentielle dans l'exercice du pouvoir administratif des personnes privées	507
Section 1. Une applicabilité large du droit de la concurrence au pouvoir administratif des personnes privées.....	509
§ 1. L'approche fonctionnelle du droit de la concurrence appliquée au pouvoir administratif des personnes privées.....	511
A. La notion englobante d'entreprise ayant une activité économique.....	512
1. Une extension de la qualification positive d'entreprise ayant une activité économique.....	513
2. Une restriction des activités soustraites à l'applicabilité du droit de la concurrence.....	515
B. La notion englobante d'autonomie d'action.....	519
1. Le critère de l'autonomie dans la qualification du comportement d'entreprise.....	519
2. L'incertitude pesant sur l'exemption tirée de l'application d'une disposition publique.....	523
§ 2. Les résistances à l'existence d'une concurrence dans les secteurs concernés.....	526
A. Les doutes quant à l'applicabilité du droit de la concurrence aux activités normatives.....	526
1. L'absence de qualification autonome des activités normatives des personnes privées en droit de la concurrence.....	527
2. La réglementation publique soumise au contrôle de légalité concurrentielle.....	532
B. Les doutes quant à l'applicabilité du droit de la concurrence aux secteurs techniques.....	535
1. La concentration dans les secteurs techniques régulés par des personnes privées.....	535
2. Les critiques doctrinaires à la remise en cause des monopoles.....	537
Section 2. Une application insuffisante du droit de la concurrence au pouvoir administratif des personnes privées.....	540
§ 1. Les pratiques anticoncurrentielles liées à la détention d'un pouvoir administratif par des personnes privées	541
A. Sur le volet des ententes : le risque des associations d'entreprises	541
1. L'inévitable centralisation des informations par la personne privée	542
2. Le risque d'entente dans l'articulation à une position d'exclusivité de l'opérateur partie à l'entente	547
B. Sur le volet de l'abus de position dominante : le développement des abus d'exploitation	550
1. Le développement des abus d'exploitation parmi les pratiques tarifaires	550
2. La sensibilité des abus non tarifaires	553
§ 2. Les autres abus économiques inhérents à l'exercice du pouvoir administratif par des personnes privées	556
A. Les aides d'État faiblement encouragées par la détention d'un pouvoir administratif	556
1. Le risque de qualification de mesures sélectives accordant un avantage	557
2. La difficile qualification des aides locales de la part de personnes privées	558
B. L'abus de puissance économique fortement encouragé par l'exercice d'un pouvoir administratif	560
1. Le contenu de l'abus de puissance économique	561
2. L'appréciation de l'abus de puissance économique	564
Conclusion du Chapitre 1	565

Chapitre 2. L'adaptation du droit économique à l'exercice du pouvoir administratif des personnes privées.....	567
Section 1. Les solutions <i>ex ante</i>	568
§ 1. La séparation des activités des personnes privées à pouvoir administratif.....	569
A. La séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation.....	570
1. L'obligation de séparation stricte en cas de liaison du pouvoir de réglementation et d'exploitation.....	570
2. La possibilité d'une séparation souple en cas de présence des concurrents directs au sein de la fonction de réglementation.....	572
B. La séparation des fonctions de réglementation et de sanction.....	575
1. L'incertitude quant aux modalités de séparation des activités de régulation et de sanction.....	576
2. Une évolution favorable au fonctionnement juridictionnel des personnes privées à pouvoir administratif.....	579
§ 2. Les limitations à la diversification des activités des personnes privées à pouvoir administratif.....	582
A. La délimitation du champ du pouvoir administratif des personnes privées.....	582
1. Le contrôle matériel de l'extension de la position dominante.....	582
2. Le contrôle organique de la dominance <i>ex ante</i>	585
B. Les obligations contractuelles remédiant aux restrictions d'accès.....	586
1. L'analogie du fonctionnement des personnes privées à pouvoir administratif à l'infrastructure essentielle.....	587
2. L'utilisation sélective de la théorie de l'infrastructure essentielle.....	590
Section 2. Les solutions <i>ex post</i>	592
§ 1. L'exonération des activités de pouvoir administratif des personnes privées de <i>lege lata</i>	594
A. Une mise en œuvre limitée des exonérations.....	595
1. L'enrichissement de l'ordre concurrentiel par l'intérêt général.....	595
2. La prise en compte ponctuelle du bien-être collectif.....	598
B. Les obstacles à la mise en place d'un régime exonératoire cohérent.....	600
1. Le caractère strict du raisonnement exonératoire.....	600
2. La confusion entre les formes d'exonération.....	602
§ 2. L'exonération des activités de pouvoir administratif des personnes privées de <i>lege ferenda</i>	603
A. L'approfondissement des hypothèses d'exonération.....	604
1. Le développement possible des circonstances exonératoires.....	604
2. L'atténuation du raisonnement concurrentiel par le pouvoir administratif.....	607
B. Les conditions de mise en œuvre des exonérations.....	610
1. Le contrôle du principe de non-discrimination.....	610
2. Le contrôle de proportionnalité.....	612
Conclusion du Chapitre 2.....	615
Conclusion du Titre II.....	617
Conclusion de la Partie II.....	619
Conclusion générale.....	623
Table des décisions.....	627
Index des noms.....	661
Annexes.....	665
Bibliographie.....	671