

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 privées 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 rarefaction 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 décisives.....	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. La 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 procéduraires 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 nivellement 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 appliqué 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 doctrinales 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