

N^{os} 393082, 393524
Institut d'ostéopathie de
Bordeaux

Section
Séance du 17 juin 2016
Lecture du 1^{er} juillet 2016

CONCLUSIONS

M. Jean LESSI, rapporteur public

Le titre d'ostéopathe a été reconnu par l'article 75 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002. Son usage professionnel est réservé aux personnes titulaires d'un diplôme délivré par une école agréée par le ministre chargé de la santé. Les conditions d'agrément, d'abord prévues par un décret du 25 mars 2007¹, ont été revues et resserrées par un décret du 12 septembre 2014² et un arrêté du 29 septembre 2014, les établissements existants devant déposer une demande de renouvellement d'agrément au vu des nouveaux critères pour pouvoir continuer à fonctionner à partir de septembre 2015.

La transition entre les deux régimes, dans un laps de temps si bref, s'est faite dans la douleur pour certains établissements en activité, notamment pour l'Institut d'ostéopathie de Bordeaux, qui s'est vu opposer un refus le 8 juillet 2015. L'Institut, dont le référé-suspension a été rejeté par le juge des référés du Conseil d'Etat le 22 septembre 2015 (n° 393083, inédite), vous en demande l'annulation pour excès de pouvoir. Le tribunal administratif de Bordeaux, que l'Institut avait également saisi, vous a transmis un recours identique, estimant que le refus attaqué constituait un acte réglementaire d'un ministre, relevant au titre du 2° de l'article R. 311-1 du code de justice administrative de votre compétence directe. C'est précisément sur la question de la nature du refus litigieux que ces affaires ont été inscrites devant votre formation.

En première analyse, l'acte attaqué ne présente pas l'apparence générale et impersonnelle que l'on attend d'un acte réglementaire. **Mais, depuis votre décision *Commune de Clefcy* du 13 juin 1969 (Sect., au Recueil p. 308), vous regardez également comme réglementaires les décisions ayant pour objet « l'organisation même d'un service public », alors même qu'elles n'auraient pas de portée générale et impersonnelle. Pour reprendre une distinction du commissaire du gouvernement Jacques-Henri Stahl (concl. sur CE, Ass., 5 mars 2003, *A...*, n° 242860) il existe, en l'état de votre jurisprudence, des actes réglementaires « par nature » et des actes réglementaires « par destination ». La question qui vous est posée est de savoir si le courant jurisprudentiel issu de la décision *Commune de Clefcy* doit, avec un recul de presque un demi-siècle être maintenu, amendé ou abandonné.**

¹ Décret n° 2007-437 du 25 mars 2007 relatif à la formation des ostéopathes.

² Décret n° 2014-1043 du 12 septembre 2014 relatif à l'agrément des établissements de formation en ostéopathie.

I. Pour saisir la raison d'être, l'originalité, les mérites et les inconvénients de ce courant dérivé, un retour aux sources de l'acte réglementaire « par nature » s'impose, même si ces rappels sonneront pour vous comme des évidences.

1. Qu'est-ce qu'un règlement ? Le président Odent rappelait aux téméraires en quête d'une réponse que « tant que la jurisprudence ne s'est pas prononcée, il est souvent hasardeux d'affirmer qu'un acte a ou n'a pas une nature réglementaire. »³.

Fort heureusement, le même auteur illustre nous livrait ses quelques certitudes sur le sujet. L'acte réglementaire se caractérise selon lui par trois éléments : sa généralité, son caractère impersonnel, et « généralement mais pas toujours, sa permanence ». Autant dire que ce sont les deux premiers éléments qui le définissent de la manière la plus caractéristique⁴. La généralité renvoie à l'objet même de l'acte, qui doit être relativement général ou, plutôt, *abstrait*, tandis que le caractère impersonnel renvoie aux destinataires de l'acte, à tout le moins aux personnes concernées, qui ne sont pas nommément désignées (v. B. Sellier, *Droit administratif*, tome 2, 4^{ème} éd. 2011).

Cette définition donnée, toute la difficulté réside dans certaines zones frontières où il est délicat de différencier l'acte réglementaire de deux autres types d'actes normatifs : l'acte individuel, d'une part, et la catégorie qui s'est dessinée à partir des années 1960 des actes « ni réglementaires ni individuels », aussi nommées en doctrine les « décisions d'espèce ».

La frontière avec l'acte individuel est a priori la plus tranchée. Tout le sépare du règlement. Il a « pour destinataires une ou plusieurs personnes nominativement désignées » (R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome I, 15^{ème} éd., n° 698, p. 525) et vise une situation particulière. Pourtant, les choses ne sont pas si simples. Vous avez en effet qualifié de réglementaires certaines décisions ayant un destinataire identifié, nommément désigné, et se rapportant à un objet particulier, ainsi d'un arrêté interdisant la vente d'un journal aux mineurs (CE, 12 janv. 1972, *Société Editions du Square*, au Recueil p. 34), ou de la décision d'inscription d'un médicament sur la liste des spécialités remboursables (CE, 22 mars 1968, *Société des Laboratoires Beytout*, aux Tables p. 1114) – alors que, pour en rester aux médicaments, l'autorisation de mise sur le marché est individuelle⁵.

De cette première zone frontière, nous tirons un enseignement : le critère personnel n'est pas binaire. Il existe des actes personnels, des actes impersonnels, et des actes à double visage, désignant un tiers en particulier mais s'adressant derrière lui à des tiers définis abstraitement⁶. Il y a donc une mise balance à effectuer et, dans certains cas, vous estimez que les effets sur les tiers l'emportent, et colorent de généralité et d'impersonnalité un acte *prima*

³ Il ajoutait : « Et même lorsque la jurisprudence est fournie, elle n'est pas toujours stable » Cours de contentieux administratif.

⁴ Et ce sont sur ces deux traits que s'appuient vos décisions, les rares fois où elles sont explicites, (v. CE, 4 déc. 2013, *M. B...*, n° 367726 ; CE, 10 juin 2013, *M. C...*, n° 337320).

⁵ La même solution a été dégagée pour des décisions n'ayant pas à proprement parler un destinataire, mais portant elles aussi sur un objet particulier, concret et non abstrait, telle la création d'un traitement de données (CE, 20 oct. 1999, *D...*, n° 196702, au Recueil), le refus d'un conseil ordinal de reconnaître un diplôme d'université (CE, 23 mars 2011, *M. E...*, n° 342157, aux Tables). V., pour un acte ayant un destinataire nommément désigné, le refus d'immatriculer les véhicules d'une certaine marque au titre de la police sanitaire (CE, 5 mai 2014, *Société Mercedes-Benz France*, n° 370830, aux Tables)

⁶ Cette pesée est d'une autre nature que la distinction entre effet relatif entre parties et opposabilité aux tiers, installée en droit civil. L'acte administratif réglementaire a bien plus qu'un effet-réflexe : il va directement créer des droits et des obligations dans le chef des tiers.

facie particulier et personnel. Guy Braibant a parfaitement décrit cette pesée dans ses conclusions sur une décision CE, 8 nov. 1961, *SARL Olympia Press*, n° 48373, au Recueil), où il proposait de distinguer dans quelle mesure un acte produisait des effets directs ou des effets seulement indirects. Certes, il se livrait à cette analyse à propos d'un autre critère de votre compétence en premier ressort, celui tiré des effets géographiques d'un acte. Mais elle nous paraît transposable : votre pratique, dans cette zone grise, est de vous demander quel est le destinataire principal de l'acte ou, pour citer la thèse consacrée à l'acte réglementaire par Jean-Marie Rainaud en 1966⁷, « prépondérant »⁸.

Venons-en à la deuxième frontière de l'acte réglementaire, avec les décisions d'espèce, qui sont en particulier les décisions délimitant une zone, fixant une liste ou classant un objet : les actes déclaratifs d'utilité publique, fixant un périmètre de remembrement, classant une commune en zone de montagne, créant une Z.U.P. ou une zone d'aménagement différé⁹. Le point commun entre décisions d'espèce et réglementaires est leur caractère impersonnel, l'absence de destinataires nommément désignés. La différence n'est pas le caractère normatif ou non : tous deux sont normatifs, à leur façon. La différence est que la décision d'espèce se borne à faire application d'un régime préexistant à une situation particulière, à « placer une collectivité ou une collection de personnes ou de biens sous le régime d'une norme législative ou réglementaire préexistante » (J. Rigaud)¹⁰. Elle n'a pas de valeur ajoutée normative générale.

Pour paraphraser plusieurs de vos commissaires du gouvernement et rapporteurs publics, le règlement est le « point de départ » d'un enchaînement d'opérations, il est un acte « initial », « premier », qui « sert ou peut servir de base à des décisions (...) prises pour son application », c'est un acte dont les effets ne sont pas épuisés par la première application. En revanche, la décision d'espèce¹¹ est située en aval, dans une optique non pas de réglementation, mais d'application, de concrétisation d'une norme générale préexistante¹².

Sur cette seconde frontière aussi, la ligne de crête n'est pas toujours des plus aisées à tenir et il peut y avoir matière à mettre en balance, comme en témoignent les fluctuations de votre jurisprudence pour certains types d'actes¹³. Les zones grises sont, en la matière,

⁷ J.-M. Rainaud, La distinction entre l'acte réglementaire et l'acte individuel, LGDJ Bilbl. De droit public, 1966.

⁸ Pour prendre un seul exemple, l'autorisation de mise sur le marché produit principalement ses effets sur le laboratoire, qui pourra commercialiser son médicament, et devra assumer des obligations de suivi. L'admission au remboursement produit avant tout des effets sur les assurés sociaux et les caisses de sécurité sociale, même si le titulaire de l'AMM en tirera *de facto* profit. Cette justification peut paraître contestable. Elle nous paraît toutefois rendre compte de nombreuses solutions jurisprudentielles.

⁹ v. respectivement pour chacune de ces solutions CE, Ass., 14 févr. 1975, *Époux F...*, n°s 93132, 93133, au Recueil ; CE, Sect., 19 nov. 1965, *G...*, n° 60647, au Recueil p. 623 ; CE, 9 mars 1984, *H...*, n°s 15784, 15786 Rec., aux Tables ; CE, 21 juin 1967, *I...*, n° 68172 au Recueil p. 671 ; CE, 26 oct. 2012, *Mme J...*, n° 346947, aux Tables.

¹⁰ Ce qui la rapproche de l'acte individuel, celui qui « mène le processus administratif à son terme ultime, en désignant individuellement les titulaires des droits et obligations institués par la législation et la réglementation ». D. Truchet, *Droit administratif*, Thémis droit, PUF, p. 230. Cette approche ressort également des conclusions de J. Rigaud sous l'affaire *G...*, susmentionnée : « est un acte réglementaire tout acte qui définit une norme impersonnelle (...) qui sert ou peut servir de base à des décisions individuelles prises pour son application et assujettissant à ladite norme des catégories de personnes limitativement dénommées ».

¹¹ qui n'est pas un synonyme parfait de l'acte-condition au sens de Duguit – même si elle a souvent pour rôle de déclencher l'application d'un régime dans le périmètre qu'elle définit –

¹² (v. aussi Fabrice Melleray, DA n° 11, nov. 2009, comm. 144)

¹³ En témoigne également le caractère réglementaire reconnu par certains de vos précédents à des actes de classement ou de délimitation ressemblant comme deux gouttes d'eau à ceux que nous venons de citer, même

inévitables. Pour nous résumer, l'acte réglementaire est celui qui a principalement vocation à s'appliquer à une ou plusieurs catégories de personnes ou situations déterminées de manière générale¹⁴.

2. La présentation du règlement par nature serait cependant excessivement conceptuelle, et déconnectée de votre pratique, si nous n'insistions pas sur la dimension fonctionnelle de cette notion : dans des cas-limites, il a en effet pu vous arriver de faire pencher le fléau de la balance d'un certain côté en ayant en ligne de mire le régime le plus opportun.

Nous ne vous décrivons pas en détail les différences entre ces trois régimes, de peur d'enfoncer des portes ouvertes. Le régime de l'acte réglementaire est calibré pour un acte destiné à une généralité de tiers abstraits, dominé par sa finalité d'intérêt général et sa vocation à recevoir application. Il doit être publié, pour être connu de tous ; peut être abrogé ou modifié à tout moment selon ce que l'intérêt général exige ; doit être abrogé pour une illégalité initiale ou apparue ultérieurement. Il est perpétuellement contestable par voie d'exception, car ceux qui auront intérêt à le contester demain n'y sont peut-être pas sensibles aujourd'hui, voire n'existent pas encore. Dans cette grandeur et dans cette servitude, nous voyons le signe que le règlement est, pour reprendre un terme de J-M. Rainaud, un acte plus « important » que les autres.

Le régime de l'acte individuel présente des caractéristiques inverses, et variables selon l'intensité des droits affectés ou créés au profit ou au détriment des personnes concernées. Quant à la décision d'espèce, son régime n'est pas à mi-chemin des deux autres, mais nettement du côté du règlement. La dimension impersonnelle l'emporte : la publication¹⁵, l'absence de formalisme, l'absence de droits créés¹⁶, qui permet sa modification à tout moment et pour tout motif¹⁷, etc. Ce qui la distingue du règlement, ce sont deux traits : sous réserve des opérations complexes, l'exception d'illégalité n'est recevable que si l'acte n'est pas devenu définitif à la date à laquelle elle est invoquée¹⁸ ; et, corollaire, l'obligation d'abrogation n'existe que si l'acte est devenu illégal ou sans objet et non s'il l'était dès

s'il nous semble, comme à Jacques Arrighi de Casanova dans ses conclusions sur l'avis contentieux du 1^{er} décembre 1993 *Commune de Saint-Denis* n° 151495, au Recueil, (RFDA 1994 p 244 et s.), que ces solutions divergentes se justifient par le fait que vous étiez à chaque fois en présence d'actes composites, portant classement ou délimitation mais ajoutant des règles au régime prédéfini par les textes. Par ailleurs, il faut admettre que loin de l'idée d'une cascade normative bien linéaire en amont de laquelle la dimension de réglementation l'emporte et en aval de laquelle la dimension de concrétisation prédomine, la pratique réserve des surprises et l'on peut tout à fait imaginer une réglementation nationale, une décision d'espèce fixant son périmètre d'application (par exemple la création d'une ZAC : CE, 2 déc. 1977, *Comité de défense de l'environnement de Mâcon-Nord*, n° 843, au Recueil), avant de retrouver un acte réglementaire fixant les règles du jeu à l'intérieur de ce périmètre, puis des actes individuels d'application. Il y a donc des ruptures de linéarité qui ne remettent pas en cause la description théorique faite, mais en complexifie l'application.

¹⁴ Il est courant d'ajouter que le règlement doit contenir une « norme » ou une « règle » présentant ces deux qualités, la généralité et l'impersonnalité. C'est exact, bien qu'il faille être prudent sur ce que l'on entend par « norme » (« il est hasardeux de délimiter la notion de norme » : concl. Gentot sur CE, Sect., 22 févr. 1974, *Association des propriétaires des communes de Saclas, Saint-Cyr, Boissy-la-Rivière et sieur K...*, n° 84895, au Recueil). Les actes individuels et d'espèce sont tout aussi normatifs – il s'agit de droit dur – que les actes réglementaires, mais pas sur le même mode.

¹⁵ V. l'art. L. 221-7 du CRPA : entrée en vigueur le lendemain du jour de l'accomplissement des formalités adéquates de publicité, tout comme les actes réglementaires (art. L. 221-2).

¹⁶ Pr. Odent, *Cours de contentieux administratif*, au Recueil p.1115. Pour une DUP, cf. CE, Ass., 29 avr. 1994, *Association Unimate 65 et autres*, n° 112910, au Recueil.

¹⁷ V. à l'avenir l'art. L. 243-1 du CRPA, commun aux décisions d'espèce et aux actes réglementaires.

¹⁸ v. par ex. CE 16 oct. 1981, *Commune de Château d'Olonne*, n° 17947, au Recueil.

l'origine (CE, Sect., 30 nov. 1990, *Association les Verts*¹⁹, n° 103889, p. 339 ; v. l'art. L. 243-2 du CRPA). Ce sont là deux singularités de taille de la décision d'espèce, liées à sa vocation d'acte d'application plus que d'acte à appliquer.

Nous n'entendons pas idéaliser l'adéquation de ces régimes à la diversité des actes auxquels ils s'appliquent. Très souvent d'ailleurs la cote s'avère mal taillée, si bien que les textes spécifiques à chaque acte doivent ajouter ou retrancher certaines exigences : dans l'exemple déjà utilisé, il est opportun que les textes prévoient la publication de l'autorisation de mise sur le marché d'un médicament, et la motivation des décisions de refus d'admission au remboursement. Mais il y a dans chaque acte une « dominante » appelant, à titre supplétif, un certain régime.

II. L'acte réglementaire « par nature » étant décrit à gros traits, il est temps d'en venir à la jurisprudence Commune de Clefcy, qui traduit le choix de s'éloigner de cette logique.

1. Tout a commencé en 1969 avec la question de la nature de l'acte créant une commission syndicale assurant l'administration des biens indivis entre plusieurs communes. La jurisprudence antérieure sur la création de commissions recherchait au cas par cas si l'acte se bornait à instituer l'organisme conformément au régime entièrement préfini par les textes, ou s'il posait en outre des règles nouvelles²⁰. Toute l'originalité de la décision *Commune de Clefcy* est de sortir de cette casuistique sur la portée de l'acte, pour s'attacher au seul constat qu'est en cause « l'organisation même du service public ». L'acte est alors, du seul fait qu'il a un tel objet, un tel contenu, de nature réglementaire.

Un courant de jurisprudence était né, qui a ensuite pris un essor considérable, en partie par agrégation de solutions anciennes. Nous vous proposons de distinguer quatre cercles de solutions expressément motivées par ce critère, ou sous-tendues par lui.

Le premier cercle, dont fait partie la décision en cause en 1969, englobe tous les actes créant ou supprimant les structures constituant l'ossature ou le cadre du service public. Il peut s'agir de structures purement internes à une administration, sans personnalité morale, notamment de commissions administratives, telle qu'une commission administrative paritaire²¹ ou la commission en cause en 1969. Il peut s'agir du cadre même de la délivrance du service public, en contact direct avec l'utilisateur : création²² d'une juridiction, d'un office notarial²³, etc. Il peut s'agir de structures dotées de la personnalité morale : création ou dissolution²⁴ d'un établissement public, approbation de la convention constitutive d'un groupement d'intérêt public²⁵, fusion d'organismes de sécurité sociale²⁶, etc. Et l'on peut y

¹⁹ Il appartient à tout intéressé de demander à l'autorité compétente de procéder à l'abrogation d'une décision illégale non réglementaire qui n'a pas créé de droits, si cette décision est devenue illégale à la suite de changements dans les circonstances de droit ou de fait postérieurs à son édicton.

²⁰ Dans le sens du caractère non réglementaire de l'arrêté instituant une commission de remembrement : CE, Sect. 19 nov. 1965, G..., au Recueil p.623 ; en sens inverse, s'agissant d'une commission administrative paritaire : CE, Ass., 1er juin 1962, L..., n°s 43988 et autres, au Recueil p. 368.

²¹ CE, Ass., 1er juin 1962, L..., au Recueil p. 368 ou Sect. 13 juillet 1967, M..., n°s 65165, 65166, 65167, au Recueil p. 312.

²² CE, 8 décembre 1978, *Commune de Saint-Etienne-de-Cuines*, n° 02881, aux Tables : fusion de deux perceptions.

²³ CE, 3 décembre 1976, N... et autres, n° 95769, au rec. , au sujet des offices de notaires

²⁴ CE, 5 juillet 1989 *Mme O... et autres*, n° 87188, au rec.

²⁵ CE, 18 juin 1997, *Fédération syndicale des P.T.T. - Fédération S.U.D. des P.T.T.*, n° 143220, aux Tables : arrêté approuvant la convention constitutive d'un GIP.

rattacher toutes les décisions qui déterminent les éléments constitutifs de ces structures, les règles de fonctionnement mais aussi leur siège²⁷ ou leur ressort territorial²⁸. Le trait commun à cette première catégorie de décisions est leur incidence sur la cartographie du service public.

Un deuxième compartiment rattachable à la décision *Commune de Clefcy* regroupe les décisions ayant pour objet de modifier ponctuellement la répartition et la circulation des compétences au sein de et entre ces structures, dont la figure de proue sont les délégations de signature. Ces décisions ont toujours été regardées comme réglementaires²⁹, bien que le fondement de cette qualification soit resté obscur jusqu'à ce que vous les rattachiez à la notion d'organisation du service public (CE, 27 juil. 2001, *Association de droit allemand Stiftung Jean Arp und Sophie Taeuber*, n° 224032, au rec.), donnant ainsi une justification rétrospective à une solution ancienne. Revêt de même un caractère réglementaire la délibération par laquelle une collectivité territoriale décide de s'affilier à un centre départemental de gestion (CE, 16 mai 2011, *Mme P...*, n° 319542, aux Tables), cette affiliation emportant transfert de l'exercice de certaines compétences de gestion du personnel. Dans ce deuxième cercle, la carte du service public est stable mais le pouvoir de décision ou d'action s'y déplace.

Un troisième cercle dans lequel s'est engouffré le courant *Commune de Clefcy* recouvre toute une série de décisions affectant la consistance du service offert aux usagers et aux modalités de délivrance. Nous pensons aux actes ouvrant ou fermant un service, une classe³⁰, une ligne³¹ de transport. Nous pensons aussi aux décisions de tarification du service³² et plus largement, aux règles de fonctionnement du service, telles que ses horaires ou, pour une ligne de transport, la desserte³³. Nous rattacherions aussi à cette catégorie une décision telle que l'habilitation d'une université à délivrer un diplôme national³⁴, qui élargit la palette des services proposés³⁵.

Enfin, le quatrième cercle, identifié à la fin des années 1980 et dont pourrait relever en l'état de la jurisprudence la décision en litige aujourd'hui, rassemble les actes aux dénominations diverses qui « font participer » ou « investissent » un organisme privé d'une mission de service public – nous parlerions plus volontiers d'organisme tiers, sa nature

²⁶ CE, 14 mai 2014, *Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux*, n° 354634, aux T. ; 14 mai 2014, *Commune de Vienne*, n° 355988, aux T.

²⁷ CE, Ass., 3 mars 1993, *Comité d'entreprise de la SEITA*, n° 132993, p. 41 : décision de transférer le siège et les services centraux de la Société d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes à Angoulême

²⁸ CE, 19 février 2010, *Q... et autres*, n° 322407, au rec. : modification du siège et du ressort de juridictions.

²⁹ Encore faut-il que cette délégation soit permanente : n'a pas de caractère réglementaire le pouvoir donné par le maire à un adjoint afin que celui-ci le représente lors d'une séance donnée de la commission départementale d'équipement commercial : 4 décembre 2013, n°349277, *Société Bricoman et société Immochan France*, aux Tables.

³⁰ CE, 6 décembre 1993, *Commune de la Chapelle-Saint-Sauveur*, n° 92978, aux T.

³¹ CE, Section, 18 mars 1977, *Chambre de commerce de La Rochelle et autres*, 97939 et a., au rec. : décision par laquelle le secrétaire d'Etat aux transports a autorisé la compagnie Air-Inter à cesser l'exploitation de trois lignes aériennes

³² CE, 27 juillet 2001, n°199262, *M. et Mme R...*, aux Tables : acte d'homologation des tarifs pratiqués par une société concessionnaire d'autoroutes

³³ CE, 5 mars 2014, *Communauté d'agglomération Maubeuge-Val de Sambre*, n° 365500, inédite.

³⁴ CE, 12 févr. 1982, *Université Paris VII*, n° 27098, 27099, 27100, au rec., v. les concl. de J-M Pauti.

³⁵ V. aussi CE, 28 avril 1971, *Centre universitaire de Vincennes, Dame S...*, n° 80581, p. 302, pour une décision ayant pour objet l'organisation des études d'un centre universitaire et lui donnant notamment compétence pour délivrer des diplômes concerne l'organisation du service public de l'enseignement supérieur

publique ou privée étant à nos yeux sans incidence³⁶. Un agrément ordinaire, qui permet à une personne privée d'exercer une activité d'intérêt général sous le contrôle de l'autorité de police, est un acte individuel. Mais lorsqu'il s'agit de service public, l'acte prend une coloration réglementaire. Il en va ainsi de l'agrément d'une fédération sportive (CE, 20 janv. 1989, *Fédération française de karaté-taekwondo*, n° 73962, aux Tables p. 434)³⁷, l'agrément d'une SAFER³⁸, du gestionnaire d'un fichier national des animaux domestiques³⁹, d'un organisme collecteur paritaire agréé des fonds de la formation professionnelle continue⁴⁰. Cette solution n'est pas cantonnée aux seuls actes d'agrément, et l'on peut y rattacher vos décisions jugeant réglementaire l'acte de « reconnaissance »⁴¹ d'une organisation interprofessionnelle agricole⁴² ou d'une organisation de producteurs⁴³.

Le lien de cette quatrième rubrique avec l'organisation du service apparaît moins évident, la nature et l'intensité de la « participation » ou de « l'investissement » dans le service public que ces actes permettent étant variables. Dans certaines hypothèses, par exemple pour les fédérations sportives délégataires, il s'agit d'ériger le tiers, souvent seul, en responsable du service public, au sens de votre décision d'assemblée *Fédération FO Energie et mines* (12 avr. 2013, n° 329570, au Recueil). L'acte de désignation du délégataire n'organise rien par lui-même mais confie un pouvoir d'organisation : il a un objet organisationnel par ricochet. De même pour les organismes paritaires collecteurs agréés, auxquels un certain pouvoir réglementaire est confié. Dans d'autres hypothèses, il s'agit de faire participer un tiers à un service public préexistant, sans monopole ni pouvoir d'organisation bien que parfois avec des prérogatives de puissance publique, en étendant ce faisant la voilure du service proposé aux usagers, par exemple lorsqu'est en cause l'agrément d'une fédération sportive non délégataire. Parfois enfin, il ne s'agit ni d'organiser par ricochet ni d'étendre la voilure du service, mais simplement de désigner le gestionnaire d'un service donné, par exemple pour la gestion du fichier national des animaux domestiques. La dimension organisationnelle est alors encore moins évidente.

Si vous avez donc eu une approche extensive de ce quatrième compartiment de la jurisprudence Commune de Clefcy, vous en avez aussi marqué les limites. Lorsqu'il n'y a pas de service public⁴⁴, ou lorsque l'acte en cause, par lui-même, ne modifie pas les conditions de délivrance du service aux usagers, vous refusez la qualification d'acte réglementaire (v. CE,

³⁶ Par exemple, nous ne pensons pas qu'il existe une différence fondamentale entre les décisions de ce compartiment, ou celles du deuxième, et les décisions relatives à l'accréditation des établissements publics d'enseignement supérieur (cf. code de l'éducation, art. L. 612-7 pour l'accréditation à organiser des formations doctorales et à délivrer le doctorat ; art. L613-1 pour l'accréditation à délivrer des diplômes nationaux).

³⁷ Ou, implicitement, 8 février 1999, *Fédération de snowboard*, n°169090 ; 29 juillet 1998, *Fédération Française de Tai Chi Chuan*, n° 158429, aux Tables sur un autre point.

³⁸ CE, 19 septembre 2012, *SA De Mivoisin*, n°352902, inédite, et les conclusions d'Alexandre Lallet sur ce point

³⁹ CE, 3 mai 2004, *Fondation Assistance aux animaux*, n° 249832, aux Tables.

⁴⁰ CE, 14 mai 2014, *Fédération UNSA spectacle et communication*, n° 355924, aux Tables.

⁴¹ V. aussi, pour un organisme de gestion d'un produit sous appellation d'origine, CE, 17 nov. 2010, *Syndicat de défense du pommeau de Bretagne en AOC, comité cidricole de développement et de recherches founesnantais*, n° 328763, 328764, aux T.

⁴² CE, 10 août 2005, *Syndicat régional des pisciculteurs du Massif central*, n°s 253171 253196, aux Tables pp. 734-1062.

⁴³ CE, 7 août 2008, *Comité économique agricole fruits et légumes du bassin Rhône Méditerranée*, n° 291158, aux T.

⁴⁴ CE, 14 nov. 2012, *Fédération française des professionnels de la conservation-restauration*, n° 346912, aux Tables, s'agissant de la décision du ministre chargé de la formation professionnelle enregistrant un diplôme, un titre ou un certificat de qualification dans le répertoire national des certifications professionnelles (v. les concl. de X. de Lesquen).

21 juin 2006, *Société mutualiste Vittavi*, n° 279801 inédite, éclairée par les concl. de J-H Stahl, s'agissant de l'habilitation d'une société mutualiste à assurer le service de certaines prestations sociales au profit des étudiants : cet acte ouvre à l'opérateur une simple faculté de proposer ses services).

Cette typologie en quatre cercles est sans doute contestable, tant les catégories sont poreuses⁴⁵. Mais elle met en lumière à la fois la forte attractivité du critère et la grande hétérogénéité des marchandises sur lesquelles l'étiquette de l'organisation du service public a été apposée.

Le tableau ne serait pas complet si nous n'évoquions pas les failles du courant Commune de Clefcy. Vous avez parfois refusé d'admettre le caractère réglementaire de décisions présentant pourtant une ressemblance frappante avec certains des actes que nous venons de mentionner. Nous pensons à la décision d'assemblée *T... et autres* (n° 97328) déniait un caractère réglementaire au décret portant transfert du chef-lieu d'un département, création de nouveaux arrondissements et sous-préfectures⁴⁶. Nous pensons surtout à la qualification donnée à certaines décisions d'organisation de la vie publique locale : fusion de communes⁴⁷, arrêtés autorisant l'adhésion d'une commune à un établissement public de coopération intercommunale⁴⁸ ou créant celui-ci⁴⁹. Notre collègue Vincent Daumas reviendra tout à l'heure sur ces solutions rebelles à la jurisprudence *Commune de Clefcy* mais, à ce stade, nous soulignerons que ces cailloux dans la chaussure du critère de l'organisation du service public sont peu nombreuses, et ne remettent pas en cause sa cohérence.

2. Dans quelle mesure ces solutions s'éloignent-elles réellement de la grille d'analyse du règlement par nature, que nous vous avons rappelée précédemment ?

Sur le plan du vocabulaire comme des concepts, la notion d'organisation du service public se coule assez spontanément dans le moule des critères classiques, selon nous dans trois hypothèses : lorsque l'autorité administrative arrête un *parti abstrait* d'organisation institutionnelle ; lorsqu'elle fixe les *règles permanentes de fonctionnement* d'une institution ; lorsqu'elle détermine les *modalités de délivrance* du service aux usagers. Si l'on donne au critère *Commune de Clefcy* ce sens-là, il était et reste parfaitement exact d'écrire, comme les commentateurs autorisés de la décision de 1969 que « *tout acte administratif qui a pour objet l'organisation d'un service public est, par nature, un acte réglementaire* ». Force est cependant de constater que certaines des décisions que nous venons de mentionner traduisent essentiellement une démarche de concrétisation d'un parti abstrait d'organisation ou d'un régime prédéfini à une situation, un objet et/ou une personne précise et qu'elles s'éloignent ainsi de ce que vous regardez habituellement comme des règlements par nature.

⁴⁵ Toute décision de structure emporte des effets de déplacement des compétences, et certaines décisions de structure ont par elle-même un impact sur la consistance du service rendu

⁴⁶ CE, 26 novembre 1976, au Recueil p. 508. La solution retenue pour la modification des limites des cantons, qui n'ont désormais plus qu'une vocation électorale, ne miroite en revanche pas, ou plus, avec la ligne générale de la jurisprudence (CE section, 30 novembre 1990, *Association les Verts*, n° 103889, au rec., confirmé en section en 2014)

⁴⁷ CE, 13 mai 1977, *U...*, n° 00597-00598, au Recueil.

⁴⁸ CE, 10 mars 2006, *Ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire*, n° 285439, aux Tables.

⁴⁹ CE, 23 juillet 1974, *Commune de Cayeux-sur-Mer*, n° 86612, p. 435.

Avec la prudence qu'appelle tout exercice de jurisprudence-fiction – qu'auriez-vous jugé, que jugeriez-vous sans la jurisprudence Commune de Clefcy ? – procédons à un balayage rapide pour mesurer l'écart entre ces qualifications et la nature des choses.

Dans le premier cercle déjà décrit – les décisions relatives à l'architecture des services - plusieurs actes, bien qu'ayant un caractère impersonnel, ne posent *a priori* pas de norme générale et se rapprochent de décisions d'espèce : toutes les décisions se bornant à créer une structure donnée, à ouvrir ou à fermer un guichet, une classe, ou à tracer ou modifier un périmètre.

Dans le deuxième cercle – l'architecture des compétences – nous distinguerions, dans le même état d'esprit, les décisions ayant pour objet de poser une règle de compétence et celles qui ont pour effet de déclencher l'application de règles de compétence prévues par ailleurs. Il est logique qu'une délégation de signature soit réglementaire : son objet même est, au-delà de son bénéficiaire, de poser une nouvelle règle de compétence opposable. En revanche, lorsqu'il s'agit de définir les compétences d'un EPCI, ou lorsqu'une commune adhère à un centre départemental de gestion⁵⁰, il est possible de soutenir qu'il ne s'agit que d'appliquer à une situation donnée les règles de compétences prédéfinies par la loi. La circonstance qu'il existe une marge de choix, par exemple lorsqu'une commune choisit les compétences qu'elle transfère au centre de gestion, nous paraît inopérante : il ne s'agit que d'aller piocher dans un catalogue, sans le modifier.

Dans le troisième cercle – la consistance du service rendu – la majorité des actes sont réglementaires par nature, même si l'on peut hésiter pour des décisions relatives à un objet donné – l'ouverture ou la fermeture d'une ligne de transport, ou la reconnaissance d'un diplôme⁵¹, qui ne traduisent pas de parti d'organisation nouveau

Le quatrième cercle – l'association de personnes privées - a une densité personnelle bien plus forte. Les agréments concernent une situation particulière, pour laquelle ils vont déclencher l'application d'un régime donné, créant ainsi des droits et obligations pour la personne associée ainsi que pour les usagers, mais sans ajouter quoi que ce soit à la définition de ce régime. Et s'ils modifient la voilure concrète du service pour les usagers – en ajoutant une fédération, une école, etc. – ils ne modifient pas le parti abstrait d'organisation, qu'ils ne font que décliner. A cet égard, nous ne faisons pas une analyse différente de ceux de ces agréments qui ont pour effet de confier à l'organisme désigné un véritable pouvoir d'organisation, par exemple au profit d'une fédération sportive délégataire. Le choix de confier de tels pouvoirs à un tiers est en lui-même réglementaire, au sens où il traduit un parti d'organisation. Mais ce choix est situé en amont de l'acte de désignation : il découle des dispositions générales – de nature législative – du code du sport. Certains actes pris, en aval, par ce tiers, seront sans doute eux aussi réglementaires. Mais nous ne voyons pas en quoi le maillon intermédiaire, l'acte de désignation d'une personne physique ou morale pour assumer cette responsabilité et exercer les pouvoirs d'organisation prévus par le code du sport, serait réglementaire par nature⁵². Tout ou partie des actes de ce quatrième cercle ressemblent donc à

⁵⁰ Se reporter à l'article 23, I, II, III et IV, de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

⁵¹ A distinguer de l'habilitation d'un établissement d'enseignement nommément désigné à délivrer un tel diplôme.

⁵² Par analogie, la décision de principe sur le mode de gestion d'un service public est sans doute réglementaire (CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*, n° 306911, aux Tables sur un autre point), mais certainement pas le choix du délégataire.

des décisions individuelles – la circonstance qu'ils aient des destinataires nommément désignés rendant délicate la qualification de décision d'espèce.

Pour nous résumer : la jurisprudence, chemin faisant, a pris ses distances avec la pureté des principes. Comment expliquer l'apparition et l'accroissement de ce décalage ?

La première et principale raison, vous vous en doutez, est d'ordre finaliste. Ainsi que cela ressort des conclusions contraires du commissaire du gouvernement Jacques Rigaud sur la décision de 1969, l'objectif était d'appliquer le régime des actes réglementaire à la décision en litige. En effet, deux traits de ce régime sont particulièrement adaptés à l'objet « service public » : d'une part, la mutabilité de l'acte réglementaire, qui fait écho à la « loi de Rolland » du même nom ; d'autre part, son orientation vers la généralité des tiers⁵³, ici les usagers.

De ce point de vue, le courant *Commune de Clefcy* partage avec la théorie générale de l'acte réglementaire certains traits. D'abord, la dimension fonctionnelle prononcée : si l'acte d'organisation du service public est à certains égards l'enfant terrible de l'acte réglementaire, il fait incontestablement partie de la famille. Ensuite, on y trouve en filigrane l'esprit de mise en balance sous-jacent dans votre jurisprudence, qui consiste notamment à rechercher les destinataires principaux de l'acte derrière le destinataire nommément désigné : d'une certaine manière, l'objet de l'acte – l'organisation du service public – a fait pencher la balance dans le sens des tiers.

La naissance, ainsi que le dynamisme du courant Commune de Clefcy, nous semblent s'expliquer par un deuxième facteur : avec la notion d'organisation du service public, vous avez recouru en 1969 à un critère familial. Depuis l'arrêt époux V... intervenu l'année précédente (TC, 15 janv. 1968, *Compagnie Air France c/ époux V...*, n° 01908, au Recueil p. 789, GA, 20^e éd., n° 79), il faisait partie de la panoplie du Tribunal des conflits. De même, votre jurisprudence *Jamart* (CE, Sect., 7 févr. 1936, au Recueil p. 172, GA n° 45) s'appuie sur la notion voisine d' « organisation du service » pour admettre l'existence d'un pouvoir réglementaire autonome. Enfin, vous avez recours au même critère pour identifier les clauses réglementaires des contrats⁵⁴.

Il s'agit bien sûr de logiciels jurisprudentiels distincts. Mais ils témoignent d'une vie propre du critère qui a pu vous conduire, une fois votre jurisprudence mise sur ces rails si familiers, à vous éloigner de l'optique finaliste initiale et à donner à ce courant une ampleur qu'il ne méritait peut-être pas toujours au regard des besoins. Et l'incontestable dimension attrape-tout de la notion de service public, n'a certainement pas contribué à freiner la machine *Commune de Clefcy*, dont on voit qu'elle renvoie tantôt au service public dans sa dimension matérielle⁵⁵ – la consistance du service fourni –, tantôt dans sa dimension organique – l'organisation proprement dite et le fonctionnement des opérateurs de service public – et, dans la dimension organique, tantôt à l'intérieur de la boîte noire administrative - le *back office* si

⁵³ Pour reprendre les termes du commissaire du gouvernement Massot s'agissant d'un acte autorisant une compagnie à cesser d'exploiter une ligne aérienne : « une autorisation intéresse par nature un bénéficiaire unique, une mesure d'organisation du service (...) [intéresse] tous les usagers ». Nous ajouterons : les usagers d'aujourd'hui et ceux de demain, qui pourront avoir ultérieurement vocation à le contester.

⁵⁴ V. parlant d' « organisation et fonctionnement » du service public : CE, 31 mars 2014, *Union syndicale du Charvet et autre*, n° 360904, aux Tables

⁵⁵ cf. *L'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites*, Jean-Louis de Corail, AJDA 1997. 20

vous nous permettez cet anglicisme - tantôt aux guichets en contact avec les usagers –le *front office*.

Une troisième raison expliquant le succès de ce critère est sa relative commodité, son aptitude à donner une qualification unique et homogène à des actes tangents. Nous pensons d'abord à certains actes mixtes, qui tout à la fois déclenchent l'application d'un régime à une situation particulière et y définissent certaines règles complémentaires : par exemple, un acte créant une structure dans une catégorie existante (établissement public, groupement d'intérêt public) et précisant ses règles de fonctionnement. Le critère de l'organisation du service public dispense de sous-peser au cas par cas le degré d'innovation de l'acte, et de lui donner dans tous les cas la même qualification. Il dispense aussi de tronçonner l'acte. Nous pensons aussi à la commodité induite en présence de certaines chaînes d'actes successifs : en tant que telle, l'ouverture d'un service public donné (par exemple une ligne de transport) ressemble à une décision d'espèce mais dans le cadre ainsi posé seront définies des règles de fonctionnement qui, par elles-mêmes, sont réglementaires. La jurisprudence *Commune de Clefcy* permet de globaliser l'analyse, et de donner au tout un caractère réglementaire.

III. La question portée devant vous aujourd'hui est de savoir s'il convient de confirmer, de recadrer voire d'abandonner le critère de l'organisation du service public comme critère autonome de qualification d'un acte réglementaire.

Le courant *Commune de Clefcy* n'est pas condamné du seul fait qu'il s'éloigne de la pureté des principes, pureté d'ailleurs limitée. Ce qui doit vous guider, c'est de savoir si ce critère conduit à appliquer le régime le plus adapté à ces actes – sachant que, dans ce régime, la question de l'incidence sur votre compétence en premier et dernier ressort, qui est le prisme par lequel vous êtes saisis de la question est finalement assez accessoire.

1. Or force est de constater que cette lecture extensive du critère de l'organisation du service public apparaît moins nécessaire qu'en 1969. Car depuis cette date, votre théorie des actes s'est enrichie, affinée, et a réduit l'avantage comparatif du régime de l'acte réglementaire pour les actes concernés.

Le premier changement majeur est la cristallisation progressive de la catégorie des décisions d'espèce : la bipartition originelle a clairement cédé la place à une tripartition, consacrée dans le récent code des relations entre le public et l'administration à l'article L. 200-1, entre décisions réglementaires, décisions individuelles et décisions qui ne sont « ni réglementaires ni individuelles »⁵⁶. Nous ne sommes pas loin de penser que l'absence de perception claire et stabilisée de cette catégorie, alors encore nimbée du brouillard des origines, dans la boîte à outils du droit administratif, a joué un rôle dans la solution retenue en 1969⁵⁷.

Or, le régime de la décision d'espèce est susceptible de répondre, aussi bien que le régime de l'acte réglementaire, aux deux grandes caractéristiques de l'acte d'organisation du

⁵⁶ « Pour l'application du présent livre [III], on entend par actes les actes administratifs unilatéraux décisionnels et non décisionnels. /Les actes administratifs unilatéraux décisionnels comprennent les actes réglementaires, les actes individuels et les autres actes décisionnels non réglementaires. Ils peuvent être également désignés sous le terme de décisions, ou selon le cas, sous les expressions de décisions réglementaires, de décisions individuelles et de décisions ni réglementaires ni individuelles. »

⁵⁷ A titre d'exemple, les conclusions du commissaire du gouvernement mettent en balance l'alternative entre acte individuel et acte réglementaire, sans évoquer cette tierce possibilité.

service public, qui ne sont que la traduction de deux propriétés du service public lui-même : la loi d'adaptation continue et l'incidence sur la généralité des tiers usagers. A cela s'ajoute que la « décision d'espèce » n'est plus la catégorie par défaut qu'elle était et que son appellation trahit toujours. Sans en déduire que le moment est venu de la nourrir plus volontiers de nouveaux cas de figure, nous relevons que la reconnaissance d'une tierce catégorie d'actes décisifs particuliers rejoint la démarche empruntée par d'autres systèmes juridiques, par exemple par le droit administratif allemand et par le droit administratif italien.

Le deuxième changement de taille, ce sont les clarifications apportées sur les conditions d'abrogation des actes individuels. Votre jurisprudence, relayée désormais par le nouveau code des relations entre le public et l'administration, distingue trois situations : l'acte individuel non créateur de droits peut être abrogé pour tout motif sans condition de délai ; à l'autre extrême l'acte créateur de droits acquis ne peut l'être que pour illégalité dans les quatre mois ; entre les deux, l'acte créateur de droits non acquis, en particulier une décision dont le maintien est subordonné à certaines conditions, peut être abrogé à tout moment si l'une de ces conditions fait défaut⁵⁸.

Autrement dit, l'acte individuel créateur de droits est moins rigide, plus « mutable », qu'il paraissait l'être lorsque s'est développé le quatrième compartiment de la jurisprudence *Commune de Clefcy*. Dans la plupart des cas, le maintien d'un tel agrément sera subordonné à la condition que son bénéficiaire continue à remplir les conditions posées par les textes⁵⁹. Certes, la mutabilité n'est pas entière, et l'on pourrait souhaiter pouvoir abroger certains agréments, alors même que les conditions légales sont toujours remplies, pour un autre motif d'intérêt général - comme en matière contractuelle un contrat est résiliable pour ce motif. Mais la rigidité de l'acte individuel créateur de droits s'est incontestablement atténuée.

Ces deux changements atténuent l'intérêt de la jurisprudence *Commune de Clefcy*, puisque les qualifications concurrentes font moins figure de repoussoir. Ils font aussi davantage ressortir les inconvénients de la qualification d'acte réglementaire retenue pour certains de ces actes.

Le premier inconvénient est la plus grande contestabilité de ces actes, liée à l'obligation de les abroger pour une illégalité *ab initio* et à la possibilité d'exciper perpétuellement de leur illégalité. Cette contestabilité, et la fragilité qui s'ensuit, n'est évidemment pas en soi un inconvénient. Mais elle traduit, dans la dialectique entre principe de sécurité juridique et principe de légalité, un positionnement du curseur que le service public, par lui-même, n'exige pas. Ce qui exige ce degré de contestabilité, c'est la nature de l'acte réglementaire. Il y a donc une instabilité potentielle de décisions relatives à l'existence ou à l'architecture des services, ou d'agréments, causée par le critère de l'organisation du service public sans que le service public n'en demande autant.

On peut objecter, sur le plan des principes, qu'il n'est pas illégitime de critiquer sans condition de délai la décision qui donne un titre de compétence à une structure administrative. On peut aussi objecter qu'il existe d'autres outils pour réduire cette instabilité. Notamment, nous ne sommes pas certain que les critères d'opérance de l'exception d'illégalité précisés par

⁵⁸ Sur ces différents points, v. CE, Section, 14 mars 2008, Portalis, n° 283943, au Recueil ; CE, Section, 6 mars 2009, W..., n° 306084, au Recueil ; CRPA, articles L. 242-1 et L. 243-1.

⁵⁹ Pour les écoles d'ostéopathie, c'est ce que prévoit d'ailleurs l'article 8 du décret du 12 septembre 2014.

votre décision *Sodemel*⁶⁰ – l’acte A constituant la « base légale » ou « en application » duquel l’acte B est intervenu – imposent mécaniquement de toujours remonter aux origines, c’est-à-dire à la décision créant une structure ou définissant son périmètre à l’occasion de la contestation de tout acte pris par elle. Il nous semble qu’il existe, dans le maniement du verrou de l’opérance de l’exception d’illégalité, une marge de manœuvre. Aussi aurez-vous compris que ce premier inconvénient, réel, ne nous paraît pas par lui-même dirimant.

Le deuxième inconvénient, plus gênant, est l’absence de formalisme obligatoire pour certaines décisions à forte teneur individuelle, en particulier celles investissant une personne privée d’une mission de service public, ou la faisant participer à celle-ci. Lorsque la décision s’avère défavorable – refus d’agrément, retrait - quels que soient l’intérêt et l’importance d’une telle décision pour les tiers usagers, il est difficilement acceptable que son destinataire premier, à défaut d’être le destinataire principal en l’état de votre jurisprudence, ne soit pas obligatoirement mis à même de présenter ses observations, ou qu’il n’ait pas droit à une décision motivée.

Au regard de ces inconvénients, les avantages propres de la jurisprudence *Commune de Clefcy*, réels, ne sont pas nécessairement déterminants. Son abandon aurait pour effet de multiplier les hypothèses d’actes mixtes comportant une dimension réglementaire et une dimension non réglementaire. Mais la situation ne serait pas ingérable : en présence de parties divisibles de l’acte, il conviendrait d’appliquer à chacune le régime idoine, en globalisant le cas échéant l’analyse lorsqu’il s’agit déterminer la juridiction compétente au sein de l’ordre administratif⁶¹.

2. Quelles conclusions tirer de ce bilan coûts-avantages de la jurisprudence *Commune de Clefcy* ? Que s’il est possible de continuer à vivre avec, son abandon pourrait se justifier. Nous avons pourtant hésité à vous proposer cette solution.

Notre hésitation ne tient pas à la crainte d’effets de bord sur les autres contextes jurisprudentiels dans lesquels vous utilisez, facialement, le même critère ou un critère voisin. Si les mots sont les mêmes, ils n’ont pas le même sens ni la même portée. La clause réglementaire d’un contrat administratif est essentiellement la clause non synallagmatique, celle qui aurait pu figurer dans un acte unilatéral⁶². De même, le Tribunal des conflits utilise essentiellement la notion d’organisation du service public pour qualifier l’acte d’administratif, et non, en soi, de réglementaire. Nous relevons d’ailleurs que, dans ses décisions les plus récentes, il n’a pas qualifié l’acte en cause de « réglementaire », mais d’ « administratif » tout court (TC, 11 janv. 2016, *Comité d’établissement de l’unité clients et fournisseurs Ile-de-France des sociétés ERDF et GRDF*, n° 4038, au Recueil), s’agissant précisément de la fermeture de point de contacts avec les usagers du service. Quant à la jurisprudence *Jamart*, il n’y est question d’acte « réglementaire » que parce que la problématique était l’existence d’un pouvoir réglementaire autonome du chef de service.

⁶⁰ CE, Sect., 11 juillet 2011, *Société d’équipement du département de Maine-et-Loire Sodemel et ministre de l’intérieur, de l’outre-mer, des collectivités territoriales et de l’immigration*, n°s 320735 320854, p. 346.

⁶¹ Telle est la jurisprudence en présence d’une déclaration d’utilité publique mettant en conformité des documents locaux d’urbanisme (CE, avis contentieux, 28 avr. 1993, *Commune de Royan*, n° 143490, au Recueil).

⁶² Il pourrait s’agir, passez-nous l’expression d’une « clause d’espèce » - et au demeurant, la plupart de ces clauses sont véritablement réglementaires, car elles portent sur la consistance du service délivré

Notre principale hésitation tient aux coûts de transition d'un éventuel abandon. Il est sage, en règle générale, de ne toucher à des jurisprudences aussi structurantes, sur lesquelles tant de solutions ont été bâties, que d'une main tremblante et pour de bonnes raisons. Mais il ne s'agit pas ici que de sagesse. En droit, tout ajustement des frontières entre actes réglementaires, individuels et d'espèce, entraînerait des effets rétroactifs, potentiellement problématiques : certains actes qui étaient jusqu'ici qualifiés de réglementaires au bénéfice du critère issu de votre décision *Commune de Clefcy* basculeraient dans la catégorie des décisions individuelles ou dans celle des décisions ni réglementaires ni individuelles.

Nous ne reviendrons pas en détail sur la manière dont votre jurisprudence appréhende cette problématique depuis votre décision *Société Tropic Travaux signalisation* (CE, Ass., 16 juil. 2007, n° 291545, au Recueil) et rappellerons juste que, au niveau de la décision de principe opérant un revirement de jurisprudence, ou dans le silence de celle-ci au stade de l'application de la règle « nouvelle »⁶³, vous tenez notamment compte, pour limiter ou non l'effet rétroactif de celle-ci, de l'atteinte éventuelle de la règle nouvelle ou du passage à cette règle nouvelle à la substance même du droit au recours ainsi qu'aux implications du principe de sécurité juridique.

La particularité de la question du jour, c'est qu'en modifiant la qualification des actes, vous modifieriez non pas une règle mais un faisceau de règles. Les nouvelles règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre administratif s'appliqueraient immédiatement et sans difficulté (CE, 26 janv. 2015, *M. X...*, n° 373715, aux Tables). D'autres changements affecteraient les règles de fond, dont le formalisme attendu des décisions que vous regarderiez désormais comme individuelles défavorables, ainsi que les règles conditionnant la légalité des décisions de refus d'abrogation. En l'absence d'atteinte à des droits acquis, qui au contraire ne pourraient qu'y trouver leur compte, l'effet de perturbation serait au final assez modeste.

Un peu plus problématique, dans le basculement vers des décisions non réglementaires, serait l'irrecevabilité des exceptions d'illégalité soulevées en dehors du délai de recours. Or une telle solution, pour des exceptions soulevées contre des décisions définitives avant votre décision à l'appui d'un recours contentieux, affecterait le droit au recours – le requérant pouvant à l'époque légitimement penser qu'il n'était contraint par aucun délai pour ce faire.

Encore plus problématique serait l'application des dispositions sur le sens des décisions implicites nées du silence gardé par l'administration sur une demande. La loi prévoit désormais que le silence vaut, en principe, acceptation en matière de décisions individuelles, sauf dérogation prévue par décret en Conseil d'Etat, en Conseil des ministres dans certains cas ; le silence vaut en revanche rejet en matière de décisions non individuelles⁶⁴. Les effets dans le temps de la conversion en acte individuel d'un acte aujourd'hui réglementaire seraient redoutables. Le sens de décisions déjà nées pourrait se trouver inversé. En outre, certains décrets simples ou en Conseil d'Etat en vigueur prévoient expressément que le silence gardé sur une demande vaut rejet. Aujourd'hui, de telles dispositions sont pédagogiques, ou superfétatoires. Demain, certaines deviendraient illégales faute d'avoir été prises en Conseil des ministres. Enfin, le travail de peignage entrepris par

⁶³ V., pour ces deux cas de figure, CE, 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris*, n° 283141, au Recueil et CE, 17 déc. 2014, *M. Y...*, n° 369037, au Recueil.

⁶⁴ Dispositions de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, issu de la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013, désormais codifiées aux articles L. 231-1 et L. 231-4 du CRPA.

l'administration il y a deux ans à la lumière de votre jurisprudence *Commune de Clefcy* serait à reprendre. Si vous estimiez que les décisions du quatrième compartiment basculeraient dans la catégorie des actes individuels, et non dans celle des décisions d'espèce, vous ne pourriez fermer les yeux sur cette perturbation.

A la réflexion finalement, ces complications ne nous paraissent pas insurmontables.

D'abord, parce qu'il serait excessif de regarder un abandon du critère issu de votre décision *Commune de Clefcy* comme un coup de tonnerre dans un ciel serein. Ce critère est lui-même délicat à manier, et générateur d'incertitudes depuis cinquante ans, non pas en raison du mot « organisation » mais des termes « service public », dont l'identification à l'aide des critères et indices précisés par la décision de Section APREI (22 févr. 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, n° 264541, au Recueil) n'est pas toujours des plus aisées. Nous ne sommes donc pas certains que la sécurité juridique essuierait de lourdes pertes au passage.

Ensuite, parce que vous pouvez – voire devez - moduler les effets dans le temps du revirement que vous décideriez, le cas échéant en ciblant certains effets seulement d'un changement de qualification. S'agissant des effets sur les exceptions d'illégalité, vous avez déjà été confronté à la question, lors de l'entrée en vigueur de la loi n° 94-112 du 9 février 1994 limitant à six mois la possibilité de se prévaloir de l'illégalité externe d'un document local d'urbanisme. Vous aviez jugé que la fenêtre de six mois s'était ouverte le jour de la publication de la loi (CE, Sect. 5 mai 1995, *Société "Coopérative Maritime Bidassoa"*, n° 140579, au Recueil). Par analogie, votre décision marquerait l'ouverture de la fenêtre d'invocabilité des exceptions d'illégalité des décisions auparavant réglementaires et désormais d'espèce ou individuelles, dont la fermeture serait variable selon les conditions de notification ou de publicité donnée à chaque décision en litige. Mais le système serait passablement complexe à écrire. L'alternative serait que votre décision n'en dise rien et que tout juge le cas échéant saisi de la problématique apprécie, au cas par cas, si le droit au recours justifie de repêcher une exception d'illégalité.

S'il est un point sur lequel il nous paraît en revanche difficile que vous restiez silencieux, y compris si vous entendez non pas abandonner le critère mais le recadrer vigoureusement, c'est sur les règles de silence vaut acceptation. Un différé dans le temps des nouvelles règles de qualification de ces actes, pour l'application des dispositions des articles L. 231-1 et L. 231-4 du CRPA, s'agissant des demandes déposées avant la décision à intervenir et dans les six mois qui la suivent, nous semblerait indispensable. Et votre décision devrait faire l'objet d'une publication au Journal officiel. Aussi, sans minimiser la charge temporaire de travail induite pour des administrations qui ont d'autres priorités, nous aurions tendance à relativiser les coûts de transition, les actes concernés n'étant pas nécessairement très nombreux. Et dans l'intervalle, le plus sûr sera de prendre des décisions expresses.

Au bout du compte, l'abandon de la jurisprudence *Commune de Clefcy* paraît possible. Encore faut-il s'entendre sur le sens du mot « abandon », puisque ce qu'il s'agirait d'abandonner, c'est essentiellement l'application extensive du critère de l'organisation du service public, qui est la marque de fabrique de cette jurisprudence. En toute rigueur, c'est donc davantage à un recadrage du critère que nous vous invitons, afin qu'il se superpose aux critères classiques de qualification du règlement.

Nous avons envisagé de vous proposer un scénario intermédiaire, consistant en un resserrement ciblé qui conserverait l'essentiel des effets du critère en resserrant son application s'agissant des décisions faisant participer un tiers à un service public.

Pourquoi cibler seulement ce quatrième cercle de la jurisprudence *Commune de Clefcy* ? Parce qu'il nous semble que s'agissant des autres cercles – l'architecture des services, des compétences, et la consistance du service rendu – le critère de l'organisation du service est plus aisément soluble dans les critères classiques, ses inconvénients sont moins nets, et il y présente la plus grande commodité pour qualifier des actes mixtes ou des chaînes d'actes, même si vous pourriez au cas par cas ajouter telle ou telle solution, par exemple pour la décision de reconnaissance d'un diplôme. Pour ces décisions d'association, dans le balancier déjà décrit, les considérations tenant à la situation du tiers associé pèsent plus lourdement, nous semble-t-il, que les considérations tenant aux autres tiers – le grand public, les usagers.

En quoi aurait consisté ce resserrement ? Il s'agirait de refuser la qualification d'acte d'organisation du service public aux décisions par lesquelles l'administration se borne à faire participer une personne privée au service public sans lui confier la responsabilité d'organiser elle-même ce service par la fixation de certaines de ses règles. Autrement dit, il faudrait peser au cas par cas la « charge organisationnelle » de l'acte en cause. La jurisprudence *Commune de Clefcy* ne jouerait plus lorsqu'il s'agit de désigner le simple « gestionnaire » d'un service dont les paramètres échappent à l'organisme privé concerné, y compris lorsque l'agrément étend la voilure physique du service public : le label d'acte réglementaire serait recentré sur les décisions traduisant un parti d'organisation nouveau – qui sont réglementaires par nature – mais aussi sur celles qui, compte tenu de la responsabilité donnée au tiers, portent en germe une modification de ce parti (agrément des fédérations sportives délégataires).

Conceptuellement, et pratiquement, ce resserrement ne serait pas dénué de sens. Il y aurait un intérêt à ce que les tiers d'aujourd'hui et de demain puissent contester un acte de cette portée sans condition de délai par voie d'exception ou en demander l'abrogation pour un vice initial. De même, dans l'esprit de mise en balance déjà décrit, la dimension d'intérêt général l'emporte plus nettement sur l'intérêt de l'organisme directement désigné comme destinataire.

Mais nous ne vous proposerons finalement pas de vous engager dans cette voie.

Tout d'abord, les coûts de transition seraient également au rendez-vous - même si, en estimant qu'il s'agirait moins de changer la règle du jeu jurisprudentiel que de faire preuve d'une plus grande discipline dans l'application de la règle antérieure, vous pourriez vous estimer dispensés de vous interroger sur la nécessité d'en moduler les effets dans le temps.

Ensuite, ces nouvelles modalités d'application du critère *Commune de Clefcy* aux actes d'association des personnes privées nous semblent peu maniables. Elles supposeraient de peigner au cas par cas les textes applicables pour déterminer si, oui ou non, l'acte d'agrément a pour effet de conférer au tiers agréé un pouvoir d'organisation, aussi ténu soit-il. Le contenu des prérogatives confiées peut d'ailleurs varier dans le temps. Et ce critère pourrait conduire à des effets paradoxaux. Un organisme ayant un pouvoir réglementaire limité, tel qu'un organisme collecteur habilité à moduler [à la marge] le taux de certaines [contributions], serait traité à l'égal d'une fédération sportive délégataire, investie du pouvoir de fixer l'intégralité des règles de son activité, alors qu'à l'inverse la nature d'acte réglementaire serait déniée à

l'acte de reconnaissance d'organismes interprofessionnels ayant un réel pouvoir de structuration du secteur ne se traduisant pas toujours par l'édiction de règles de droit dur.

Enfin, ce critère resserré, qui induirait une nouvelle casuistique délicate, ne nous paraît pas gagner en cohérence avec les critères classiques de l'acte réglementaire, ni finalement avec la notion même d'organisation du service public. La désignation de la personne, physique ou morale investie d'un service public ou admise à y participer nous paraît désespérément non réglementaire par nature faute de traduire par elle-même un nouveau parti d'organisation.

C'est pourquoi, si vous ne nous suiviez pas pour abandonner le critère de l'organisation du service public, ou ce qui revient au même pour le « recadrer » au sens premier du terme, le superposer au cadre classique d'analyse, il nous semble au bout du compte que la meilleure solution serait le *statu quo*. Car ces deux cadres désormais familiers⁶⁵ - le cadre classique d'identification de l'acte réglementaire par nature, le cadre issu de la décision Commune de Clefcy pour ces actes réglementaires par destination - nous semblent préférables à une nouvelle dialectique hasardeuse.

Si vous nous suivez, vous jugerez que, à l'aune de la définition du règlement par nature proposée précédemment, le refus de renouvellement d'agrément attaqué est dépourvu de caractère réglementaire – et présente selon nous un caractère individuel, plutôt que d'espèce – dont le tribunal administratif de Bordeaux est compétent pour connaître en premier ressort. Vous lui renverrez le dossier.

La même conclusion s'imposerait à l'aune du critère resserré si vous deviez adopter le scénario intermédiaire esquissé à l'instant. Certes, l'agrément a pour effet de confier à l'école le pouvoir de délivrer le diplôme auquel est conditionné l'usage professionnel du titre d'ostéopathe, pouvoir que votre jurisprudence n'a jamais eu l'occasion de qualifier mais que nous aurions tendance à regarder comme une prérogative de puissance publique – ce qu'est le monopole d'attribution d'un diplôme (CE, 17 déc. 1997, *Mmes Z...*, n° 163309, aux Tables), que n'est pas la simple préparation à un diplôme national (TC, 5 juil. 1982, *Mlle AA...*, n° 02235, aux Tables), et que pourrait être, dans l'entre-deux, un titre ayant la portée que nous avons décrite. Mais s'il s'agit d'une prérogative de puissance publique, il ne s'agit pas d'une puissance organisatrice suffisante.

IV. Si vous ne nous suiviez pas et vous en teniez à la jurisprudence Commune de Clefcy telle que vous l'avez mise en œuvre jusqu'ici vous ne pourriez que considérer, en

⁶⁵ Une autre solution intermédiaire aurait consisté en un recentrage du critère de l'organisation du service public sur les décisions ayant une incidence directe sur les modalités de délivrance du service à l'utilisateur, à l'exclusion de celles qui se contentent de toucher au « mécano institutionnel » ou à la répartition des compétences à l'intérieur de la sphère administrative. Mais cette devrait être écartée. La distinction entre « front office » et « back office » est faussement évidente et pourrait conduire à des résultats paradoxaux – par exemple, en matière de sécurité sociale, la fermeture d'un unique guichet serait réglementaire alors que la fusion de deux caisses, bien plus lourde d'enjeux pour les usagers mais par elle-même sans incidence sur les guichets ouverts ou le service rendu, ne le serait pas. De même, pour les agréments de personne privée, vous devriez regarder comme réglementaires l'agrément des écoles d'ostéopathe, qui ouvre très concrètement un nouveau guichet pour les étudiants, mais pas la désignation des fédérations sportives délégataires, qui par elle-même ne change rien pour le tissu sportif. Ces paradoxes traduisent une déformation de la hiérarchie des actes, en tout cas de leur importance, qui sous-tend la distinction entre actes réglementaires et ceux qui ne le sont pas. Par ailleurs, nous pensons qu'il ne faut pas avoir seulement à l'esprit le point de vue des usagers mais aussi celui des agents, auxquels peuvent s'adresser, exclusivement, bon nombre d'actes réglementaires.

transposant la solution retenue pour les fédérations sportives agréées⁶⁶, que la décision de refus attaquée revêt un caractère réglementaire, retenir votre compétence, et juger.

Les moyens critiquant la légalité externe du refus litigieux ne sauraient prospérer. Nous comprenons que l'Institut soit peu satisfait de la manière dont les choses se sont déroulées⁶⁷. Mais, en droit, les conditions de notification d'une décision administrative sont sans incidence sur sa légalité, et aucun texte ni principe n'imposait que cette décision prise sur demande, qui n'a pas le caractère d'une sanction, soit précédée de la communication à l'Institut de l'avis de la Commission consultative nationale d'agrément ni que l'Institut fut mis en mesure de présenter ses observations à la suite de cet avis.

S'agissant du bien-fondé du refus d'agrément, la décision repose sur trois motifs, tous contestés par le requérant, tenant à la non-conformité du projet aux exigences du décret du 12 septembre 2014. Le premier motif, tiré de l'inadéquation de la maquette de formation, était doublement erroné. L'administration a estimé que le taux d'encadrement était trop faible, mais en se fondant sur l'objectif de nombre d'étudiants à terme, au lieu de tenir compte de l'effectif actuel, et il lui appartenait en tout état de cause de fixer elle-même le cas échéant le plafond d'étudiants que l'établissement était en droit d'accueillir, en application de l'article 6 du décret. Par ailleurs, on ne saurait reprocher à l'Institut d'avoir prévu des formations supplémentaires par rapport au socle de référence, dès lors qu'elles ne compromettaient pas l'apprentissage du socle.

Le deuxième motif de refus paraît en revanche fondé. Les six coordinateurs pédagogiques à temps partiel prévus ne sauraient permettre à l'Institut de remplir l'exigence de disposer « d'au moins un coordinateur à temps plein » par promotion, expression qui n'est pas synonyme d'équivalent temps plein.

De même, le troisième motif de refus doit être confirmé. Le décret de 2014 exige que la formation pratique clinique se déroule pour au moins deux tiers de sa durée « au sein de la clinique interne de l'établissement de formation ». L'Institut a fait état d'une clinique interne « adossée » à une clinique d'ostéopathie fondée par son directeur, sans lien juridique autre qu'un contrat de sous-location. Un tel montage ne peut être assimilé à une clinique « interne », faute d'éléments de nature à accréditer l'existence d'un pouvoir de direction de l'Institut et à fonder sa responsabilité juridique sur ce qui s'y déroule. Par ailleurs, l'administration a pu estimer à bon droit que le volume d'activité de la clinique n'était pas suffisant pour assurer le nombre de consultations nécessaires à la formation des étudiants.

Un seul des trois motifs de refus devrait donc être censuré, et il résulte nettement de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision en se fondant seulement sur les deux autres motifs, qui suffisent à la justifier légalement – ce qui vous conduirait en tout état de cause à écarter l'ultime moyen, tiré du caractère disproportionné du refus litigieux.

Mais par les motifs qui précèdent, nous concluons au renvoi de l'affaire devant le tribunal administratif de Bordeaux.

⁶⁶ Ces fédérations sont elles aussi investies de prérogatives de puissance publique (TC, 21 juin 2010, AB... c/ fédération française de judo, jujitsu, kendo et disciplines associées, n° 3759, au Recueil).

⁶⁷ L'Institut, comme ses étudiants apprenant à l'été 2015 que l'agrément n'était pas renouvelé à la rentrée de septembre, et alors qu'une partie des difficultés de fond auraient sans doute pu se résoudre par un minimum de dialogue au cours de l'instruction du dossier

