

**L'ACTE CREATEUR DE DROITS, NOTION SYMPTOMATIQUE DE
L'EXISTENTIALISME JURIDIQUE. DU JUGE ADMINISTRATIF FRANÇAIS
(2003).**

**Par Alexandre COQUE
Docteur en droit,
chargé d'enseignement à l'Université d'Avignon.**

RESUME.

La notion d'acte créateur de droits, utilisée dans la théorie du retrait des actes administratifs, pose la question de sa définition indépendamment de cette théorie. L'acte créateur de droits se distingue des droits acquis, ces deux notions sont différentes et ne recouvrent pas les mêmes réalités. Cette précision n'enlève pas à l'acte créateur de droits sa difficulté d'appréhension puisque la doctrine se trouve dans l'impossibilité de lui conférer une définition efficace et incontestable. Cette situation n'est pas l'apanage de l'acte créateur de droits : beaucoup de notions en droit administratifs ne peuvent être appréhendées que par la technique du faisceau d'indices ou par l'analyse du régime juridique qui lui est applicable. Ce constat rend toute son actualité à la théorie de l'existentialisme développée par Bernard Chenot dans l'après-guerre qui, peu soucieuse des notions a priori, tend à régler les litiges au cas par cas.

La notion d'acte créateur de droits manifeste traditionnellement son existence en droit administratif dans le cadre de la théorie du retrait des actes administratifs. Les actes créateurs de droits illégaux ne pouvaient être retirés que dans le délai du recours contentieux selon la traditionnelle jurisprudence Dame Cachet¹. Désormais l'administration dispose d'un délai de quatre mois pour retirer ce type d'acte². L'arrêt Ternon qui pose cette règle consacre en outre le principe de la dissociation du délai de retrait et du délai de recours contentieux³. Il ne fait pas de doute que cette notion d'acte créateur de droit conserve tout son intérêt avec l'arrêt Ternon, car cette nouvelle théorie du retrait s'appuie toujours sur l'acte créateur de droits pour fixer le délai limitant la faculté de retrait.

Néanmoins, au delà de la théorie du retrait des actes administratifs la question se pose de la définition de l'acte créateur de droits. L'étude de la notion d'acte créateur de droits doit alors être menée de manière autonome en sortant des questions liées au retrait des actes administratifs unilatéraux, ce qui n'est pas sans difficulté tant sont imbriquées la théorie du retrait et la notion d'acte créateur de droits. A cela s'ajoute l'amalgame existant avec certaines notions voisines comme celle de droits acquis. L'analyse des tentatives de définition doctrinale de l'acte créateur de droits achève de convaincre l'observateur de la difficulté de définir cette notion. Seul le juge dans son attitude pragmatique semble s'accommoder de ce flou conceptuel.

La notion d'acte créateur de droits, malgré une certaine confusion, diffère de celle de droits acquis (I). L'incapacité de la doctrine à définir cette notion peut s'expliquer par l'attitude

¹ CE 22 novembre 1922 Dame Cachet in M. Long, P. Weil et G. Braibant Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 13^e édition Dalloz 2001, n° 40, p. 241. L'arrêt Ville de Bagnex du Conseil d'Etat du 6 mai 1966 (Rec. p. 303) a néanmoins précisé qu'en l'absence de publicité à l'égard des tiers, l'administration peut retirer un acte créateur de droit illégal non devenu définitif bien qu'il ait été notifié à son bénéficiaire.

² CE Ass. 26 octobre 2001 M. Ternon. AJDA 2001, p. 1054 Chronique par Matthias Guyomar et Pierre Colin. Conclusions F. Séners et note P. Delvolvé RFDA 2002, p. 77. Yves Gaudemet Faut-il retirer l'arrêt Ternon ? AJDA 2002, p. 738.

³ Voir les développements cités sur cette question.

existentialiste du juge qui ne cherche qu'à régler un litige indépendamment de l'approche doctrinale de l'acte créateur (II).

I Actes créateurs de droits et droits acquis.

Le doctrine et la jurisprudence témoignent à première vue d'un certain amalgame entre les actes créateurs de droits et les droits acquis (A). Une analyse plus approfondie permet de revenir sur cette ambiguïté (B).

A. Le traditionnel amalgame en droit administratif.

La notion de droits acquis reçoit diverses significations selon les disciplines juridiques abordées. Le droit international privé utilise la notion à propos de droits acquis ailleurs et le débat existe autour d'un principe qui poserait comme règle que « *tout droit acquis dans un pays doit être respecté dans les autres* »⁴.

Dans un autre domaine, le juge constitutionnel polonais a posé le principe de protection des droits acquis qui implique que les droits « *acquis équitablement* », c'est-à-dire « *en accord avec le principe de justice sociale* »⁵ ne peuvent être supprimés sauf si ces droits ont été obtenus sous le régime communiste d'une façon socialement injuste⁶.

La notion de droits acquis se définit en droit administratif comme « *le droit au maintien* » d'une décision individuelle. Une partie de la doctrine associe les droits acquis et l'acte créateur de droits. Cet amalgame pourrait trouver son fondement dans une formule jurisprudentielle selon laquelle « *nul n'a de droit acquis au maintien d'une disposition réglementaire* »⁷. Cette formule est parfois éclairée par une phrase précisant que le requérant « *ne sauraient donc invoquer les prétendus droits acquis qu'ils tiendraient de l'état antérieur de la réglementation* »⁸ ou qu'ils ne peuvent soutenir « *que leurs droits acquis auraient été violés* »⁹.

La phrase « *nul n'a de droit acquis au maintien d'une disposition réglementaire* » implique, selon René Chapus, qu'une disposition réglementaire ne peut octroyer de droits acquis car l'autorité compétente peut abroger ou modifier l'acte à tout moment. En revanche, sont susceptibles de créer de tels droits certaines décisions non réglementaires et notamment individuelles¹⁰.

L'amalgame apparaît à la lecture de la démonstration de l'auteur. Il cite le juge et établit qu'un acte réglementaire ne peut créer de droit acquis, puis il considère que « *sont au contraire créatrices de droits* »¹¹ toute une série de décisions non réglementaires. En outre,

⁴Voir Yvon Loussouarn et Pierre Bourel. Droit international privé, 7^e édition Dalloz 2001, p. 263. Ce principe « *du respect international des droits acquis* ». ne fait d'ailleurs pas l'unanimité puisque ces auteurs se montrent sceptiques sur son efficacité.

⁵ Leszek Garlicki, intervention à la Table Ronde d'Aix-en-Provence des 10 et 11 septembre 1999 « Constitution et sécurité juridique ». Annuaire international de justice constitutionnelle Volume XV 1999, p. 243.

⁶ Décision du Tribunal constitutionnel polonais du 22 août 1990 (K 7/90) « OTK » relative à l'abolition du régime privilégié des retraites des personnes ayant exercé des fonctions au sein de l'Etat ou du parti communiste polonais, citée par Leszek Garlicki dans sa chronique sur la jurisprudence du Tribunal constitutionnel polonais en 1990. Annuaire international de justice constitutionnelle Volume VI 1990, p. 830.

⁷ Formule présente dans de nombreux arrêts tels que CE Section 26 janvier 1973 société Leroi A.J.D.A. 1973, p. 252 ; CE 19 novembre 1986 Société Smanor AJDA 1986, p. 714 ; CE Ass. 1^{er} juillet 1988 Avesques Rec. p. 267 ; CE 10 mars 1995, Association des pilotes professionnels. Rec. p. 645.

⁸ CE 19 novembre 1986 Société Smanor.

⁹ CE Ass. 1^{er} juillet 1988 Avesques.

¹⁰ René Chapus Droit administratif général Tome I 2001, 15^e édition Montchrestien, p. 1162.

¹¹ Op.cit. p. 1162.

le paragraphe consacré à la question s'intitule « *la détermination des décisions créatrices de droits* », alors que la bibliographie de la section cite à côté de références relatives à la théorie du retrait des actes administratifs des études consacrées à la notion de droits acquis¹². Il semble donc qu'existe un amalgame ou tout au moins un flou entre les notions d'acte créateur de droits et de droits acquis dans l'esprit de l'éminent auteur. La confusion est encore plus flagrante lorsque l'auteur évoque les déclarations d'utilité publique qui sont des « *décision(s) non créatrices de droit(s). En d'autres termes, il n'en peut résulter de droits acquis* »¹³.

Le commissaire du gouvernement Bacquet dans ses conclusions sous l'arrêt Rigal du Conseil d'Etat du 1^o février 1980 confirme ce rapprochement en précisant à propos des droits acquis qu' « *une décision qui a créé des droits n'est pas nécessairement irrévocable* » et en considérant que « *le contenu minimal des droits acquis et qui est commun à toutes les décisions créatrices de droits, c'est l'impossibilité pour l'administration de retirer rétroactivement ces décisions, même si elles sont illégales après l'expiration du délai de recours* »¹⁴.

Cette confusion se retrouve sous la plume d'autres auteurs. Ainsi Patrick Auvret dans son article relatif à la notion de droit acquis en droit administratif français¹⁵ considère que « *l'affaire Dame Cachet devait marquer le point de départ* » de la présentation moderne de la théorie des droits acquis.

Le même auteur constate que « *la notion de droits acquis se réduit généralement à l'analyse de l'acte créateur ; on le distingue de l'acte non créateur de droits* »¹⁶. Enfin, Guy Braibant et Bernard Stirn manifestent également une certaine confusion en évoquant le cas d'un fonctionnaire nommé illégalement qui « *a acquis des droits* » qui sont protégés par la jurisprudence Dame Cachet « *qui est fondée sur une distinction entre les actes créateurs de droits et ceux qui ne le sont pas* »¹⁷.

Il apparaît cependant que cet amalgame ou lien entre les deux notions n'est pas satisfaisant et certains auteurs n'hésitent pas à avancer que les droits acquis et les actes créateurs de droits « *doivent être dissociés* » car ils « *ne sont pas unis par un lien logique d'implication* »¹⁸.

B. La distinction entre droits acquis et actes créateurs de droits.

Les droits acquis et les actes créateurs de droits sont deux notions différentes et leur lien est loin d'être automatique.

D'une part les droits acquis peuvent provenir d'autres actes que les actes administratifs unilatéraux créateurs de droits. Les contrats administratifs sont créateurs de droits acquis. C'est ce que reconnaît indirectement Jacques Moreau dans son article relatif aux rapports entre police administrative et contrats¹⁹. L'auteur précise, en effet, que « *tout contrat, par*

¹² Par exemple P. Auvret La notion de droits acquis en droit administratif français. RDP 1985, p. 53. et des études plus récentes qui contestent d'ailleurs cet amalgame C. Santulli Les droits acquis RFDA 2001, p. 87 et C. Yannapoulos la notion de droit acquis en droit administratif français, bibliothèque de droit public LGDJ 1997.

¹³ René Chapus Droit administratif général Tome II 2001, 15^e édition Montchrestien, p. 725.

¹⁴ A. Bacquet, conclusions sous l'arrêt Rigal du Conseil d'Etat du 1^o février 1980, AJDA 1985, p. 45. Cette dernière phrase peut aussi laisser penser que la catégorie des actes créateurs de droits englobe celle des droits acquis.

¹⁵ P. Auvret Op. cit. p. 58.

¹⁶ Op. cit. p. 57. Si il faut reconnaître à P. Auvret le mérite d'avoir tenté de redéfinir et de donner une typologie des actes créateurs (voir II), il n'est pas véritablement sorti de cette confusion entre les droits acquis et les actes créateurs de droits.

¹⁷ Guy Braibant, Bernard Stirn. Le droit administratif français 4^o édition 1996 Presses de Science Po et Dalloz, p. 255.

¹⁸ Carlo Santulli op. cit. p.87.

ses effets fondamentaux, va à l'encontre d'une règle considérée comme essentielle à l'exercice des pouvoirs de police, à savoir le principe de l'absence de droits acquis en matière de police administrative »²⁰. Les droits acquis peuvent même découler d'un simple fait juridique. Ainsi, la naissance permet d'acquérir la nationalité indépendamment de tout acte administratif même si la nationalité peut aussi résulter de l'acte créateur de droit que constitue la naturalisation la naturalisation²¹. Les droits acquis peuvent donc provenir d'autres actes ou de simple faits indépendamment de l'existence d'actes créateurs de droit. D'autre part, les droits acquis tiennent autant à des composantes extérieures à l'acte créateur qu'à l'acte lui-même. Constantin Yannakopoulos dans sa thèse sur les droits acquis constate qu'« *on pourrait relever des considérations extérieures à l'acte créateur qui déterminent le caractère irrévocable et obligatoire des effets de celui-ci* »²². Il regroupe ces considérations en trois thématiques qui sont le bénéficiaire des droits créés, la considération de l'intérêt général et l'écoulement du temps.

Le bénéficiaire des droits créés est à première vue le destinataire de l'acte mais un acte défavorable peut créer des droits au profit d'une personne tiers à l'acte. C'est notamment le cas en matière de droit de la fonction publique quand une mesure de sanction a pour effet de confier l'emploi de la personne sanctionnée à un autre fonctionnaire²³. En outre, dans certaines situations, le comportement de la personne détermine la possibilité de création de droits à son profit. Les décisions conditionnelles qui peuvent prendre la forme d'agrèments ou de subventions ne sont accordées que dans la mesure où le bénéficiaire se trouve en conformité avec les prescriptions imposées par l'autorité administrative ou par la loi²⁴.

L'intérêt général joue aussi un rôle important dans l'évaluation par le juge des droits reconnus à une personne et des possibles atteintes portées à ces droits. Ainsi l'intérêt de la santé publique peut justifier la remise en cause de droits reconnus antérieurement à certains individus : c'est le cas d'une décision du ministre de la santé mettant fin aux autorisations d'utiliser des radio-éléments inférieurs à une certaine puissance dans le cadre d'applications thérapeutiques.²⁵

Enfin, l'écoulement du temps est un facteur non négligeable de la création d'un droit. La jurisprudence Dame Cachet rendait irrévocable un acte illégal après le délai de recours. L'arrêt Ternon rend irrévocable ce même acte quatre mois suivant la décision illégale.

Ces trois éléments extérieurs à l'acte contribuent de manière importante à créer le droit et à lui donner un caractère irrévocable. Ils mettent encore en exergue l'absence de lien entre les actes créateurs de droits et les droits acquis.

La distinction entre l'acte créateur de droits et les droits acquis étant faite, il reste à se repérer dans les différentes tentatives de définition des actes créateurs qui, faute d'efficacité laissent la place à l'empirisme du juge.

¹⁹ Jacques Moreau. De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrats. AJDA 1965, p. 3.

²⁰ Op. cit p. 15.

²¹ Ainsi l'article 22 du code civil précise que « *la personne qui a acquis la nationalité française jouit de tous les droits et est tenue à toutes les obligations attachés à la qualité de français, à dater du jour de cette acquisition* ». Les décisions de naturalisations ont d'ailleurs été soumises à la jurisprudence Dame Cachet avant que leur régime ne fasse l'objet de dispositions spéciales dans les années trente. Elles ont depuis été remaniées en 1973 et 1993. Voir Paul Lagarde la nationalité française, 3^e édition Dalloz 1997, p. 141.

²² C. Yannakopoulos op. cit. p. 93.

²³ CE 4 mai 1919 Maunier Rec. 196. Le retrait de cette sanction aurait donc pour effet d'exclure le second fonctionnaire de cet emploi.

²⁴ CE 29 mai 1996 Secrétaire d'Etat à la mer, Rec. p. 805 et CE 10 mars 1967 Ministre de l'économie et des finances contre Société Samat AJDA p. 281 conclusions Galmot. Dans cette deuxième espèce le non respect des conditions de l'agrément ont entraîné le retrait de celui-ci.

²⁵ Voir sur ce point les conclusions du commissaire du gouvernement Bacquet sur l'arrêt Rigal précité p.46.

II. L'échec des tentatives théoriques et l'approche existentialiste du juge.

Les tentatives déployées par la doctrine pour définir la notion d'acte créateur de droit se sont soldées par des échecs (A). Ces échecs peuvent trouver une explication dans le pragmatisme du juge qui n'est animé que par le souci de régler le litige au cas par cas (B).

A. Les tentatives avortées.

La doctrine a tenté avec beaucoup de difficultés de définir les actes créateurs de droits. Certains auteurs défendent l'idée d'une distinction entre les actes réglementaires et non-réglementaires selon laquelle les actes non réglementaires ou individuels sont créateurs de droits. René Chapus peut être considéré comme figurant parmi les tenants de cette proposition car il considère que les actes créateurs de droits « *ne sauraient être des décisions réglementaires* », même s'il admet que « *toutes les décisions non réglementaires et notamment individuelles ne sont pas créatrices de droits* »²⁶.

Cette distinction peut paraître séduisante car elle part de la règle bien établie par le juge que les actes réglementaires ne garantissent le maintien d'aucun droit au profit des administrés puisque l'autorité compétente peut abroger ou modifier l'acte à tout moment²⁷. Elle est cependant difficilement applicable d'abord parce que, comme le reconnaît René Chapus, les décisions non réglementaires ne sont pas toutes créatrices de droits. Ainsi, une décision reconnaîtive²⁸ ou une décision créant une zone d'aménagement concertée n'est pas créatrice de droits²⁹. Ensuite, l'émergence d'actes comme les actes mixtes, les décisions conditionnelles, les actes complexes ou les décisions d'espèce rend difficilement applicable la distinction³⁰. Les déclarations d'utilité publique n'ont pas de caractère réglementaire car elles n'édicte pas une réglementation nouvelle. Elles sont des décisions d'espèces qui assurent « *l'application à une espèce déterminée d'une réglementation qui demeure inchangée* »³¹. L'incertitude concernant ces actes est d'ailleurs accentuée par la loi du 27 février 2002 qui impose désormais la motivation des déclarations d'utilité publique³², ce qui les rapproche des décisions individuelles.

Enfin, le fait que la catégorie des actes non réglementaires regroupe une pluralité de régimes juridiques sans grands rapport entre eux achève de priver d'efficacité cette distinction.

Une tentative plus audacieuse, développée par Patrick Auvret, se propose de revenir à la distinction entre acte individuel et règlement. Pour l'auteur, seuls les actes individuels sont créateurs de droits et il insère dans cette catégorie les actes collectifs qu'il définit comme « *les décisions qui concernent plusieurs personnes individuellement désignées et dont les situations sont solidaires* »³³.

²⁶ R. Chapus Droit administratif général Tome I 2001, 15^e édition Montchrestien, p. 1162 et 1163.

²⁷ Ce principe est posé dans des arrêts tels que CE Section 26 janvier 1973 société Leroi; CE 19 novembre 1986 Société Smanor ou CE Ass. 1^o juillet 1988 Avesques déjà évoqués.

²⁸ Voir à propos de ces décisions CE 15 octobre 1976 Buisnière, chronique de M. Nauwelaers et L. Fabius AJDA 1976, p. 557 (on verra plus loin que les décisions à objet pécuniaires ne font désormais plus partie de ces décisions reconnaîtives) et CE 6 novembre 1991 Ministre de l'éducation contre Vandepanque. RFDA 1991 p. 155.

²⁹ CE 22 juin 1984 SCI Palaiseau-Villebon R.D.P. 1986 p. 259. .

³⁰ Voir Maurice-Christian Bergeres. Les actes non réglementaires AJDA 1980, p. 3.

³¹ René Chapus Droit administratif général Tome II 2001, 15^e édition Montchrestien, p. 724.

³² Article 145 de la loi 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité insérant l'article 11-1-1 dans le code de l'expropriation. JO du 28 février 2002, p. 3808.

³³ P. Auvret. La notion de droit acquis en droit administratif français, article précité p. 69.

L'originalité se manifeste encore par le fait que l'auteur exclut les tiers du bénéfice des actes créateurs de droits car ils « *ne peuvent se prévaloir d'une décision particulière qui ne les concerne pas* »³⁴. Il prend l'exemple de fonctionnaires bénéficiant indirectement pour leur propre avancement d'une sanction disciplinaire infligée à un collègue. Ces personnes ne bénéficient en fait que d'un acte collectif ou de la succession d'actes individuels qui leur sont directement destinés.

Une distinction est aussi faite au sein des actes individuels entre les actes individuels créateurs de droits intangibles correspondant aux actes créateurs de droits, les actes individuels créateurs de droits précaires parmi lesquels figurent les décisions conditionnelles, les autorisations administratives et les agréments et les actes individuels non créateurs de droits positifs qui comptent les décisions « *recognitives, confirmatives et réellement négatives* »³⁵.

Cette proposition est contestable car elle ne prend pas en considération la jurisprudence du Conseil d'Etat qui n'hésite pas à reconnaître expressément l'existence de droits pour les tiers à un acte administratif individuel³⁶. Le commissaire du gouvernement Mayras dans ses conclusions sur l'arrêt syndicat chrétien du ministère de l'industrie CFTC précise en ce sens que « *le principe demeure que toute décision instituant ou modifiant une situation juridique individuelle est, en elle même, créatrice de droits, soit au profit de la personne qui en est l'objet, soit au profit des tiers intéressés à son maintien* »³⁷.

De plus, cette qualification des actes individuels en sous catégorie confirme la pluralité de leur régime et de leurs effets juridiques. L'auteur reconnaît lui-même que seule la catégorie des actes qu'il qualifie d'actes individuels créateurs de droits intangibles correspond aux actes créateurs de droits ; les autres catégories n'apportent pas les mêmes garanties juridiques. Dès lors l'intérêt d'une distinction entre actes réglementaires et actes individuels est fortement relativisé.

Une distinction a également été proposée entre actes favorables et défavorables, selon laquelle ne sont créateurs de droits que les actes favorables. A cette proposition René Chapus répond qu'« *il ne faut pas croire, ni qu'une décision crée des droits dès lors qu'elle est une décision favorable (accordant un avantage, satisfaisant une demande), ni qu'une décision défavorable est insusceptible d'en créer* »³⁸. Ce point de vue de l'auteur est notamment confirmé par le fait, déjà évoqué, qu'une décision défavorable peut créer des droits au profit des tiers³⁹.

Dans le souci de refléter l'évolution de la jurisprudence, la doctrine a évoqué l'existence d'une distinction entre actes attributifs et recognitifs. Logiquement, les actes recognitifs ne se bornent qu'à constater une situation déterminée ou l'existence de droits préexistants et ne sont donc pas créateurs de droits⁴⁰. Néanmoins, la difficulté est née lorsque se sont trouvés

³⁴ Op.cit. p. 71.

³⁵ P. Auvret p. 76.

³⁶ Ainsi, l'éviction d'un magistrat confère des droits à ses collègues qui ont été nommés à sa place : CE 26 mai 1950 Dirat Rec. p. 322. De même, le refus de titularisation d'agents contractuels créent des droits au profit des membres du corps concerné : Conseil d'Etat 12 juin 1959 Syndicat chrétien du ministère de l'industrie et du commerce (CFTC) AJDA 1960 II, p. 62. Enfin, le retrait d'un permis de construire confère des droits à des riverains du terrain d'assiette : CE 4 mai 1984 Epoux Poissonnier. AJDA 1984, conclusions D. Labetoulle

³⁷ Conclusions de M. Mayras sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 12 juin 1959 Syndicat chrétien du ministère de l'industrie et du commerce précité AJDA 1960 II, p. 63.

³⁸ R. Chapus. Droit administratif général Tome I, p. 1163.

³⁹ Voir les arrêts du Conseil d'Etat Dirat du 26 mai 1950, Syndicat chrétien du ministère de l'industrie et du commerce du 12 juin 1959 et Poissonnier du 4 mai 1984 précités.

⁴⁰ CE 6 novembre 1991 Ministre de l'éducation contre Vandepanque précité à propos de la délivrance d'un diplôme d'instituteur et CE 11 mai 1987 Demoiselle Ollier à propos d'un relevé de notes de baccalauréat.

intégrés par le juge dans la catégorie des actes reconnaissables des actes qui ne sont pas purement déclaratifs⁴¹. La catégorie des actes reconnaissables a longtemps englobé l'ensemble des décisions à objet pécuniaire. Or, parmi ces décisions, certaines portaient sur la liquidation d'une créance dont l'origine est antérieure⁴² mais d'autres conféraient un indice de traitement à un fonctionnaire⁴³ ou attribuaient une prime à la construction⁴⁴. Ces dernières décisions faisaient « *naître une créance* »⁴⁵ ce qui rendait plus discutable leur qualification par le juge de décisions reconnaissables. La situation a évolué en 2002 avec l'arrêt Madame Soulier du 6 novembre qui considère qu'une mesure conférant à un agent public le bénéfice d'une nouvelle bonification indiciaire « *constitue une décision créatrice de droits* » et « *n'est pas une simple mesure de liquidation d'une créance résultant d'une décision antérieure* »⁴⁶. Malgré la disparition récente de cette incongruité jurisprudentielle, cette distinction qui succède à l'ancienne distinction jurisprudentielle entre droits créés et constatés⁴⁷ a été marginalisée, à son tour, par un nouveau critère jurisprudentiel basé sur la distinction entre compétence liée et pouvoir discrétionnaire qui « *dépasse la considération de l'acte et se réfère, en réalité, à la nature de la fonction normative de l'autorité administrative* »⁴⁸. Cette dernière distinction qui pose comme postulat que les décisions prises sur la base d'une compétence liée ne créent pas de droits et que les actes édictés sur la base d'un pouvoir discrétionnaire reçoivent cette qualité souffre également de certaines carences. En effet, certaines mesures sont réputées créatrices de droits alors qu'elles sont prises sur la base d'une compétence liée : c'est le cas de certains permis de construire⁴⁹. Au contraire, d'autres actes ne créent pas de droits bien qu'ils aient été pris dans un cadre qui laisse un certain pouvoir d'appréciation à l'autorité compétente : c'est le cas des déclarations d'utilité publique⁵⁰.

L'impossibilité de définir l'acte créateur de droit est constatée par le commissaire du gouvernement Labetoulle dans ses conclusions sur l'arrêt Poissonnier. Selon lui, « *on ne peut (...) s'appuyer sur une définition générale de la notion d'acte créateur de droits car les définitions auxquelles on peut songer, si elles permettent tant bien que mal de rendre compte a posteriori de la jurisprudence, ne correspondent pas à un critère opérationnel* »⁵¹. Dès lors, en l'absence de critère positif d'identification les auteurs font appel à une notion fonctionnelle de l'acte créateur de droits qui tient davantage compte du pragmatisme du juge.

B L'approche jurisprudentielle et le succès de la conception empirique.

Devant l'impossibilité de définir les actes créateurs de droits, la doctrine utilise une approche fonctionnelle de ces actes influencée par l'empirisme du juge. L'intérêt de des notions dites

⁴¹ Certains auteurs ont défendu cette idée de restreindre la catégorie des actes reconnaissables aux simples actes déclaratifs. Voir L. Tallineau. Les actes particuliers non créateurs de droits thèse Poitiers 1972, p. 168 et suivantes.

⁴² CE 11 mars 1927 Dame Lehoux. Rec. p. 322.

⁴³ CE 26 octobre 1962 Guillon Rec. p. 567.

⁴⁴ CE 14 avril 1961 Cazes Rec. p. 233

⁴⁵ M. Nauwelaers et L. Fabius chronique précitée à propos de l'arrêt Buissière AJDA 76, p. 557

⁴⁶ CE 6 novembre 2002 Madame Soulier req n° 223041

⁴⁷ Pierre Le Mire. La stabilité des situations juridiques. AJDA 1980, p. 203 et plus particulièrement p. 210.

⁴⁸ C. Yannakopoulos op. cit. p. 80. Cette distinction est développée par l'auteur pp. 135-143.

⁴⁹ Voir par exemple CE section 18 juin 1965 Bellet Rec. p. 370.

⁵⁰ Sur cette liberté d'appréciation voir CE 13 octobre 1976 Ministre de l'intérieur contre Boucher RDP 1977, p. 1060, note Jean-Marie Auby.

⁵¹ D. Labetoulle conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat Epoux Poissonnier, AJDA 1984, p. 512.

fonctionnelles « *consiste dans la reconnaissance d'une latitude laissée au juge de compléter le contenu de leur définition dans chaque cas d'espèce* »⁵².

D'autres auteurs vont plus loin et considèrent qu'« *il y a situation ayant créé des droits quand le juge administratif le déclare* »⁵³. Il est vrai que le juge admet qu'une variété de plus en plus importante d'actes soit qualifiée d'acte créateur de droits⁵⁴. Ainsi des actes gracieux⁵⁵ ou des autorisations de police⁵⁶ ont été considérés comme tel.

La particularité de cette notion fonctionnelle est qu'elle définit les actes créateurs de droits par le régime de retrait qui leur est applicable. L'émergence de l'arrêt Ternon ne change d'ailleurs pas fondamentalement les choses sur ce point. L'arrêt ne fait qu'établir un nouveau régime de retrait des actes administratif mais cette nouvelle théorie est toujours basée sur la notion d'acte créateur de droits. Le régime devient un élément d'identification de l'acte alors qu'il devrait en être la conséquence.

Cette situation est analogue à celle de beaucoup de notions du droit administratif qui faute de définitions se trouvent définies pas le régime qui leur est applicable.

Ainsi la distinction entre service public administratif et service public industriel et commercial se base théoriquement sur un faisceau d'indices posé par l'arrêt Union syndicale des industries aéronautiques⁵⁷. Mais une partie de la doctrine considère que la distinction repose en fait sur le régime juridique appliqué aux activités concernées.

Pierre Sandevour souligne « *le rôle prédominant des modalités de gestion du service indépendamment de la nature propre de l'activité* »⁵⁸. Alain-Serge Mescheriakoff va également dans ce sens. Pour lui, « *l'analyse de la jurisprudence montre qu'il n'existe pas de services publics industriels et commerciaux par nature mais qu'une activité de service public peut être soit administrative soit industrielle et commerciale en fonction de sa gestion, la nature de l'activité ne jouant qu'un rôle secondaire* »⁵⁹.

L'explication de ce phénomène réside dans une évolution trop rapide des faits sociaux et dans les « *tâtonnantes fantaisies du législateur* »⁶⁰. Le juge devant cette situation est guidé par le souci « *d'éviter les règles générales et les notions a priori* »⁶¹ afin de régler les litiges au cas par cas. Ce postulat existentialiste posé par Bernard Chenot dans l'après guerre est plus que jamais d'actualité aujourd'hui. Aucune notion ne résiste à l'évolution des mentalités ni à l'inflation législative⁶². L'approche du juge se veut pragmatique car il constate que les notions sont floues et les principes trop évolutifs. Il ne cherche qu'à donner une solution au litige qui lui est soumis.

⁵² C.Yannopoulos op. cit. p. 80.

⁵³ Francine Bataiff. Les « beati possidentes » du droit administratif (Les actes unilatéraux créateurs de privilèges) RDP 1965, p. 1072.

⁵⁴ Ce constat se retrouve dans les travaux de Pierre Le Mire précités p. 207.

⁵⁵ Voir CE Ass. 3 mars 1967 Ministre de la construction contre Société Berh Manning et Société des abrasifs Norton JCP 1967, II n°15082 à propos d'un agrément administratif autorisant une société à construire une usine dans la région parisienne.

⁵⁶ Voir par exemple CE 21 mai 1982 Ministre de la santé contre Conseil régional d'Ile de France de l'Ordre national des pharmaciens. Rec. Tables p. 498, à propos d'une autorisation d'exercer la propharmacie.

⁵⁷ CE 16 novembre 1956 Union syndicale des industries aéronautiques Dalloz 1956 II, p. 759. Le recours à ce faisceau d'indices implique déjà l'impossibilité de définir les deux notions autrement que par une série de critères.

⁵⁸ P.Sandevour. Les vicissitudes de la notion de service public industriel et commercial en droit français. *Mélanges Stassinopoulos*. L.G.D.J. 1974, p. 317.

⁵⁹ A.S. MESCHERIAKOFF. *Droit des services publics*. P.U.F. 1991, p. 57.

⁶⁰ Bernard Chenot. L'existentialisme et le droit. *Revue française de science politique* 1953 n°1, p. 57 et plus particulièrement p. 59.

⁶¹ B.Chenot p. 62.

⁶² Cette conception avait cependant été vivement critiquée à l'époque par des auteurs attachés à la notion de système. Voir Jean Rivero. *Apologie pour les faiseurs de systèmes*. Dalloz 1951 Chronique p. 99.

Dans ce contexte, il arrive qu'une notion du droit administratif ne trouve même pas de clef explicative dans un régime et évolue au gré de l'intervention du juge. La notion d'ordre public en droit administratif constitue un exemple particulièrement intéressant de ce phénomène. A propos de cette notion certains auteurs constatent que les textes sont fragmentaires et que « *la jurisprudence administrative procède par précisions successives* ». Il peut advenir que « *des arrêts relèvent une composante de l'ordre public qui avait été négligée par les analyses théoriques et que la doctrine qualifie alors de nouvelle* »⁶³. Le respect de la dignité de la personne humaine a ainsi rejoint les traditionnels bon ordre, sûreté, sécurité et salubrité publique de l'article 2212-2 du Code général des collectivités territoriales avec les célèbres arrêts relatifs au lancer de nains de 1995⁶⁴.

L'utilisation de l'aménagement spécial comme critère déterminant de la notion de domanialité publique est également le reflet de cette situation. Cette notion est assez floue et son utilisation par le juge apparaît « fluctuante »⁶⁵. Comment analyser l'interprétation du juge qui voit dans l'entretien d'une plage ou dans l'existence d'une simple chaîne supportée par deux bornes un aménagement spécial ?⁶⁶

Il apparaît donc que cette absence de définition claire de la notion d'acte créateur comme d'autres notions du droit administratif est secondaire dans cette démarche pragmatique du juge qui est simplement motivée par le souci d'éviter le déni de justice.

CONCLUSION.

Le juge, animé par le devoir de répondre à la question qui lui est posée modifie, modèle et complète certaines notions du droit administratif, sans se soucier de la définition que lui a donné la doctrine. C'est dans ce réalisme que se manifeste son existentialisme.

Dans cette logique pour les actes créateurs de droit comme pour toute autre notion, le juge détermine concrètement et selon le problème juridique qui lui est présenté si un acte est créateur de droits. Dès lors, il semble définitivement impossible de conférer une définition stable de ce qui constitue une acte créateur de droits.

⁶³ Jean-Louis AUTIN, Catherine RIBOT. Droit administratif général. Litec 1999, p. 138.

⁶⁴ Voir les fameux arrêts du Conseil d'Etat du 25 octobre 1995 Commune de Morsang sur Orges et Villes d'Aix relatives au lancer de nains (grands arrêts précités n°108).

⁶⁵ F. Hervouet. L'utilité de la notion d'aménagement spécial dans la théorie du domaine public RDP 1983 p. 135 et plus particulièrement p. 138.

⁶⁶ Voir les arrêts du Conseil d'Etat Gozzoli du 30 juin 1975 (AJDA 1975, p. 348) et Dauphin du 11 mai 1959 (Rec. p.274).