



Charles Eisenmann et l'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux

Bertrand Seiller

DANS **REVUE DU DROIT PUBLIC 2016/2 Mars**, PAGES 413 À 426

ÉDITIONS **LEXTENSO**

ISSN 0035-2578

Date de mise en ligne : 26/09/2024

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-revue-du-droit-public-2016-2-page-413?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Lextenso.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Charles Eisenmann et l'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux

Par Bertrand SEILLER

Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II

L'avant-dernier cours publié de Charles Eisenmann, cours de doctorat 1959-1960, est consacré au « régime des actes administratif unilatéraux » (1). L'un des deux titres qui structurent ce cours est relatif à « l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales ». C'est à ces développements assez brefs (25 pages) que nous avons choisi de nous intéresser car ils portent sur une question complexe sur laquelle il nous semblait probable que la rigueur d'Eisenmann apporte un précieux éclairage. Ce n'est cependant pas vraiment le cas.

L'étude de l'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux est elle-même divisée en trois chapitres dont seuls les deux premiers traitent effectivement de la question. Le troisième, intitulé « l'élément incertain de la définition », s'intéresse à tout autre chose, en l'occurrence à ce qui vaut à un acte d'être administratif. Eisenmann y reprend les conclusions de cours antérieurs. Ce défaut, non inhabituel chez Eisenmann (2), pourrait être mis sur le compte d'une faible attention portée à la cohérence de la construction dans le cadre d'un cours destiné à des étudiants aguerris. Il n'en est pas moins troublant dès lors que l'analyse de l'administrativité d'un acte aurait pu et même dû trouver sa place dans les développements introductifs du même cours qui portent sur « la notion d'acte administratif unilatéral ».

Les deux autres chapitres qui composent le titre consacré à la question de l'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux s'y intéressent en distinguant « la théorie classique » (chapitre 1) de « l'esquisse d'une théorie différente » (chapitre 2).

(1) V. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ 1983, T. 2, p. 678 ss.

(2) Le *Cours* de doctorat de 1956-1957, consacré aux « actes juridiques du droit administratif », ne comporte ainsi qu'un titre dans sa deuxième partie ; v. *ibid.* p. 427.

Le moins que l'on puisse dire est que Charles Eisenmann ne s'y montre pas sous son meilleur jour. Il serait encore loisible d'imputer la relative faiblesse de ces développements à l'insuffisante préparation du cours de doctorat. Il semble cependant qu'il n'en soit rien.

En effet, Eisenmann reprit ultérieurement le sujet pour sa contribution aux mélanges en l'honneur de Michel Stassinopoulos. Or, dans cet article, il n'ajoute quasiment rien à sa démonstration et ne corrige pas son cours. Pour Eisenmann donc, rien ne pouvait être ajouté ou corrigé à ce qu'il avait dit, dès 1959, sur la question de l'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux.

Pourquoi alors avoir voulu étudier ce sujet dès lors qu'il était libre de choisir aussi bien le thème général de son cours de doctorat que les éléments qui ensuite devaient le composer ? Rien ne lui imposait de traiter du régime des actes administratifs unilatéraux et il n'était pas plus tenu, dans le champ très général de ce thème, d'aborder la question de l'entrée en vigueur de ces actes.

L'explication réside peut-être dans un autre choix qui, par contrecoup et dans un souci de cohérence, appelait l'étude de l'entrée en vigueur. Le titre second du cours de doctorat de 1959-1960 porte, en effet, sur « les problèmes de l'exécution des normes administratives unilatérales ». Charles Eisenmann y développe une analyse très fouillée de l'hypothèse dans laquelle un administré n'exécute pas spontanément une prescription de l'administration. Il est ainsi probable que c'est pour traiter cette question de l'exécution, qui l'inspirait manifestement et pour laquelle il se livra à de minutieuses recherches inhabituellement techniques, qu'Eisenmann retint le thème du « régime des actes administratifs unilatéraux » pour son cours de doctorat. L'étude de l'entrée en vigueur lui a sans doute paru s'imposer à titre préalable mais il ne l'aborda manifestement pas avec la même ardeur.

C'est peut-être d'ailleurs le sentiment éprouvé par l'auteur lui-même de l'inachèvement de sa réflexion sur la question, qui le conduisit à souhaiter la reprendre à l'occasion de sa contribution aux mélanges Stassinopoulos. Pourtant, comme cela a été relevé, il ne parvint pas à des conclusions plus convaincantes.

La lecture du cours de doctorat reste donc pertinente. Bien que peu stimulants, les développements consacrés à l'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux nous semblent intéressants dans la perspective de ce colloque organisé à l'occasion de la réédition des cours d'Eisenmann.

Eisenmann ne s'intéresse pas à l'entrée en vigueur pour défendre un point de vue mais simplement pour concevoir un cours cohérent et préparer l'étude plus ambitieuse d'un autre aspect du régime des actes administratifs unilatéraux, leur exécution. Perçues comme un passage obligé sur le chemin de ce dernier point, ces quelques pages nous révèlent l'étiage de la pensée de ce juriste hors du commun.

L'étiage, en hydrologie, c'est le niveau annuel moyen des basses eaux d'un cours d'eau, à partir duquel on mesure les crues. Le terme rend assez exacte-

ment compte du sentiment éprouvé à la lecture de la présentation de la question de l'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux par Charles Eisenmann : la pensée y coule modestement, dévoilant le lit mineur d'un esprit très particulier mais laissant aussi percevoir les beaux champs d'expansion de son lit majeur.

Selon sa méthode habituelle chez lui, Eisenmann commence par présenter, pour la critiquer, la « théorie classique ». Après avoir démontré, en une douzaine de pages, que « la thèse classique est mal fondée », il se propose de passer « à un essai d'analyse directe et positive », auquel il procède en 3 modestes pages. Aucune de ces deux étapes de ce qui se veut une démonstration n'est probante.

Chacun connaît la phrase fameuse de Georges Vedel : « Waline, Laubadère, Rivero, quelques autres et moi nous efforçons d'enseigner aux étudiants le droit administratif positif ; arrivés en doctorat, ils apprennent de vous le droit administratif négatif » (3).

La critique, par Eisenmann, de la présentation de l'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux par la doctrine administrativiste des années 1950 s'avère artificielle. Quant à l'« esquisse d'une théorie différente », elle s'avère particulièrement décevante. Il s'agit certes d'une esquisse, tant l'analyse reste superficielle. Son caractère théorique apparaît quelque peu usurpé. Et elle n'apparaît pas fondamentalement différente de la présentation classique.

Comme à son habitude, Eisenmann détruit ; ici certes bien moins qu'ailleurs. Comme à son habitude aussi, Eisenmann entrevoit les problèmes et suggère des pistes pour les surmonter ; mais il ne les suit pas lui-même.

Son analyse reste sommaire (I) pour avoir insuffisamment approfondi ses fécondes réflexions (II).

I. — UNE ANALYSE SOMMAIRE

La question de l'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux présente quelques difficultés. Certains aspects en sont complexes, notamment à raison du fait qu'il faut tenir compte de la diversité des actes en cause dont les effets et, par conséquent, le régime, varient. La matière n'est sans doute évoquée qu'assez rapidement dans les manuels de droit administratif, aussi bien à l'époque du cours d'Eisenmann qu'aujourd'hui. Cela justifiait le désir de notre auteur d'aborder la question dans le cadre d'un cours de doctorat, qui permet d'approfondir l'analyse sans masquer les apories ou les contradictions du droit positif ou des présentations doctrinales classiques.

Encore convient-il de formuler les objections pertinentes et de dégager ensuite des conclusions propres à les surmonter. Force est de constater que,

(3) G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », in *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica-PUAM, 1986, p. 134.

sur ces points, le cours de Charles Eisenmann déçoit. Il s’y livre, en effet, à une critique abusive des travaux de ses contemporains sans parvenir lui-même à une présentation plus satisfaisante de l’entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux.

A. — *Une critique abusive*

Chacun le sait, Charles Eisenmann prenait un malin plaisir à disséquer chaque ligne des ouvrages de ses collègues pour y relever les moindres impropriétés, approximations ou lacunes. Il est vrai qu’un théoricien du droit ne peut manquer de s’offusquer de certains raccourcis pédagogiques ou silences prudents relevés dans des manuels destinés à présenter aussi clairement que possible une discipline. Leurs auteurs seraient d’ailleurs les premiers à profiter d’un cours de troisième cycle pour affiner leur analyse et en révéler le caractère parfois simplificateur. Autant dire que la critique est aisée. Eisenmann en fit parfois un art ; en l’occurrence, il céda plutôt à la facilité.

Toujours attentif au choix des termes pour l’exposé des phénomènes juridiques, il émet diverses réserves terminologiques. Il reproche d’abord à Waline de recourir au terme « date » pour déterminer les effets des actes administratifs « parce que ce (...) mot fait penser d’emblée à un jour “situé” » (4). Il estime préférable d’utiliser le terme « moment » qui lui « paraît la formulation moyenne, la plus équilibrée – qui oriente l’attention à la fois vers l’idée de conditions et vers l’idée de date » (5). Il reconnaît cependant de bonne foi que ce terme ne déjoue pas complètement la critique encourue par le terme « date ». On peut aussi relever que le terme qu’il suggère, volontairement plus évasif, n’est, pour cette même raison, pas parfaitement adapté à la détermination du début des effets d’un acte juridique.

Eisenmann critique aussi les expressions variables qu’utilisent les auteurs pour exposer la question de l’entrée en vigueur. Cette expression elle-même lui paraît inadaptée mais, s’il laisse entendre à quelques reprises qu’il s’en expliquera plus loin, tel n’est finalement pas le cas et il en use lui-même pour synthétiser sa pensée dans les dernières lignes de sa démonstration. Eisenmann reproche plus concrètement aux auteurs d’envisager le problème par le biais des « effets » des actes ou normes. Ce terme « convient mal aux normes, au droit ». Plus encore, l’expression « effets dans le temps » lui paraît condamnable. Selon lui, il « s’agit du “temps d’effet” ou de la “durée d’effet” ». La remarque n’est pas dépourvue de toute pertinence mais il n’est pas certain que les expressions qu’il propose de substituer visent les mêmes aspects que celle qu’il rejette.

(4) Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif, Le régime des actes administratif unilatéraux (année 1959-1960)*, LGDJ, 1983, T. II, p. 706.

(5) *Ibid.*

Eisenmann fait enfin valoir qu'il est réducteur d'exposer la question de l'opposabilité des actes administratifs unilatéraux aux seuls « administrés ». Cela conduit, en effet, à exclure du sujet l'opposabilité de ces mêmes actes aux agents publics alors que le problème de l'entrée en vigueur se pose dans les mêmes termes à leur égard. Il suggère en conséquence de retenir l'expression plus large d'« opposabilité aux tiers ».

Au total, le scrupule de précision terminologique d'Eisenmann paraît justifié et ses propositions d'ajustement sont pertinentes. Le lecteur ne peut néanmoins s'empêcher de penser qu'il fait preuve d'une rigueur excessive. Ce d'autant, nous le verrons, que sa propre terminologie s'avère incroyablement plus fluctuante et imprécise que ceux dont il passe au crible les écrits.

Eisenmann ne borne pas sa critique au seul choix des termes par les auteurs ; il s'en prend également à certains éléments théoriques de leurs démonstrations. Mais, sur ce point, il s'avère relativement prudent et conciliant. Schématiquement, il distingue trois positions théoriques possibles au sujet du moment de l'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux. Pour la plupart des auteurs, elle est acquise dès que l'acte est émis, c'est-à-dire signé. Pour d'autres, elle ne l'est qu'à compter de la mesure de publicité donnée à l'acte. Pour d'autres enfin, l'entrée en vigueur ne se produit qu'à compter du moment où l'acte est réellement source d'obligations et de droits actuels. Il s'attache à démontrer que le courant majoritaire, celui des « signaturistes » comme il les qualifiera en 1974, commet une erreur. Il relève pourtant que les auteurs en cause distinguent et admettent que « tous les effets normaux de l'acte ne se produisent pas avant la publicité : certains y sont liés, donc subordonnés » (6). En d'autres termes, leur propos est plus nuancé qu'il ne le prétend. Tel est le cas de Waline qui, dans la 7^e édition de son manuel de droit administratif alors disponible, affirme : « L'acte produit ses effets dès le jour où il a été accompli, par conséquent, dès avant sa notification ou publication ; mais jusqu'à cette notification ou publication, il n'est pas opposable aux tiers, et, de ce fait, il ne peut réduire leurs droits ni leur créer d'obligations ; de sorte que, dans la grande majorité des cas, il sera inexécutable avant la notification ou publication » (7). A. de Laubadère n'écrit pas autre chose au même moment : « L'acte administratif entre en vigueur du fait et à partir de son *émission* par l'autorité administrative. Mais il ne devient opposable aux administrés que du jour où il a été porté à leur connaissance par un *procédé de publicité* » (8).

Charles Eisenmann semble ainsi grossir le trait pour mieux pouvoir le critiquer. Les auteurs « classiques » sont infiniment plus nuancés qu'il ne le pré-

(6) *Ibid.*, p. 709.

(7) M. Waline, *Droit administratif*, 7^e éd., Sirey 1957, n° 863.

(8) A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, 2^e éd., LGDJ 1957, n° 319.

tend et ménagent une place identique à la signature et à la publicité dans la prise d'effet des actes administratifs unilatéraux.

L'autre critique de fond formulée par Charles Eisenmann à l'endroit de ses collègues porte sur un aspect dont il a raison de regretter qu'il soit habituellement ignoré. Encore convient-il de constater d'emblée qu'il s'agit d'une question aux enjeux relativement modestes. Il fait en effet valoir que la conception doctrinale qui lie l'entrée en vigueur d'un acte administratif unilatéral à la mesure de publicité qui lui est donnée néglige à tort l'existence d'un décalage, plus ou moins long, entre celle-ci et le moment où l'acte est réellement opposable. Ce décalage est d'abord systématique pour les actes donnant lieu à une publication au journal officiel puisque les actes qui y sont publiés n'entrent pas en vigueur le jour même de cette publication mais, désormais, le lendemain. Ce décalage peut également être bien plus important lorsque l'acte prévoit lui-même une entrée en vigueur différée.

Eisenmann a raison de considérer que la date de la publication n'est donc pas toujours celle de l'entrée en vigueur d'un acte administratif. Mais le cas qu'il identifie et qui le conduit à rejeter globalement la doctrine classique sur l'entrée en vigueur n'est qu'un cas particulier. Il ne concerne, en effet, que les actes soumis à publication et non les actes notifiés, c'est-à-dire les actes individuels, de loin les plus nombreux. Ensuite, même parmi les actes publiés, tous ne connaissent pas une entrée en vigueur décalée. Cela ne concerne que les actes réglementaires publiés au Journal officiel, puisque les actes réglementaires locaux sont exécutoires à compter de leur insertion dans le recueil des actes de la collectivité concernée. Tout au plus, est-il possible qu'exceptionnellement l'autorité locale signataire décide d'en reporter l'entrée en vigueur.

Au final, tant sur les questions terminologiques que sur les questions de fond, la critique de Charles Eisenmann paraît quelque peu abusive. C'est d'autant plus troublant que sa propre démonstration s'avère elle-même aussi contestable sur ces deux points.

B. — *Un résultat décevant*

N. Chiffot décrit le jeune Eisenmann comme un esprit qui « abhorrait l'imprécision, l'inexactitude, pour tout dire l'inévitable indétermination des constructions de l'esprit » (9). Il est exact que la lecture de ses cours révèle une particulière intransigeance à ce sujet à l'égard des autres auteurs. Il n'est cependant pas certain qu'il l'ait éprouvé à son propre endroit. La preuve en est fournie par le passage ici étudié, relatif à l'entrée en vigueur.

Charles Eisenmann relève la moindre fluctuation ou la moindre impropriété terminologique chez les autres quand, sur les mêmes questions, son manque

(9) N. Chiffot, *Avant-propos aux Écrits de Droit administratif*, Dalloz 2013, p. XI-XII.

de rigueur est patent. Il utilise près d'une quinzaine de termes ou expressions différentes pour désigner l'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux. Tour à tour, cela vise le fait, pour un tel acte ou la norme qu'il contient, d'« avoir vigueur », d'« être en vigueur », d'être source de droits et d'obligations ; d'avoir force obligatoire, de produire ses effets, d'être efficace, d'avoir force de loi, d'être applicable, d'être opposable, d'avoir une application effective (ou réelle), de faire apparaître réellement des obligations sanctionnables et des droits revendicables, de créer des obligations ou des droits actuels, de valoir comme norme applicable ou réalisable ou enfin, expression qui semble l'emporter vers la fin des développements, de « valoir comme norme actuelle »... Encore faudrait-il ajouter quelques expressions relatives à la dimension temporelle de l'effet de la norme (« temps d'effet », « durée d'effet », « début des effets » ou « début de vigueur »).

Un tel manque de rigueur terminologique est fort peu compatible avec un exposé de théorie du droit, *a fortiori* sur une question exigeant autant de précision que l'entrée en vigueur des normes juridiques. Par ailleurs, même s'il est vrai qu'Eisenmann affirme nécessaire de « formuler les données juridiques au plus proche du concret, sans recourir à des termes techniques de caractère théorique » (10), force est de constater le caractère extrêmement pour ne pas dire excessivement évasif des expressions utilisées. Que signifie « valoir comme norme actuelle » ? Dépourvue de tout sens précis d'un point de vue juridique, cette expression n'en a guère dans le langage commun. Il n'est pas certain qu'elle en ait un en théorie du droit.

Ces flottements terminologiques auraient probablement été évités si l'auteur avait fait l'effort de, sinon définir, du moins caractériser précisément le sujet de son étude. Les termes « opposabilité » et « applicabilité », auxquels Eisenmann recourt fort peu alors qu'ils sont particulièrement pertinents en matière d'entrée en vigueur, ne sont jamais définis, pas plus d'ailleurs que toutes les expressions qui émaillent son propos pour désigner le phénomène. Pourtant ces termes auraient sans doute pu servir à éclairer l'angle mort qu'Eisenmann relève quant aux effets de la publication des actes administratifs unilatéraux.

Certes, Eisenmann décrit assez exactement le phénomène de l'entrée en vigueur dès les premières lignes du titre consacré au sujet : « Il semble bien que l'on puisse et doive dire des normes qu'elles ont vigueur, qu'elles sont en vigueur, lorsque ce qu'elles prescrivent doit s'accomplir, et ce qu'elles accordent peut être invoqué, en un mot : quand elles sont sources d'obligations et de droits. Elles le sont dès ce moment, comme à ce moment seulement : avant, elles ne le sont pas encore ; à partir de là, elles le sont pleinement, – et, sur ce chapitre, tout est dit ». D'emblée, tout est dit assez clairement et concrètement. Il manque cependant l'essentiel : l'indication, si ce n'est du moment

(10) Ch. Eisenmann, *op. cit.*, p. 723.

du moins des éléments qui déterminent le moment de l'entrée en vigueur. Or c'est à cela que se consacre en réalité Charles Eisenmann.

En d'autres termes, s'il s'était appliqué à lui-même le niveau de précision terminologique qu'il exige de ses collègues, il n'aurait pas intitulé ce passage de son cours « l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », puisqu'il indique dès la première page en quoi elle consiste et que « sur ce chapitre, tout est dit ». Il aurait intitulé ses développements « la détermination du moment de l'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux ». C'est à cela exactement qu'il s'efforce tout au long des 25 pages suivantes.

Faut-il alors s'étonner de ce que sur des bases terminologiques aussi fragiles, les conclusions auxquelles il parvient sur ce sujet soient aussi modestes ? Sans doute pas.

Eisenmann fait bien un effort remarquable, compte tenu de sa tendance plus naturelle à détruire qu'à construire. Il apporte ici sa pierre au droit administratif positif non sans avoir au préalable, sinon détruit du moins corrigé, la présentation des manuels de l'époque, certainement trop imprécis sur le sujet.

Mais le lecteur reste confondu par la modestie de son apport. En est-il seulement un, compte tenu de l'approximation du propos ? Voulant tenir compte du fait, ignoré par les autres auteurs, que l'entrée en vigueur ne se réalise pas toujours à l'instant de la publication, Eisenmann est conduit à de subtiles distinctions entre des hypothèses pourtant fort vaguement identifiées...

« L'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales se produit :

- en règle générale :
- soit au moment où elles sont (selon le cas) notifiées ou publiées ; cette solution ne concernera au fond que les normes individuelles ;
- soit à l'expiration d'un très bref délai à compter de la publicité ;
- exceptionnellement : à l'expiration d'un délai long, qui est soit indiqué par une règle générale (...) soit fixé spécialement par et dans un acte » (11).

Il justifie sa proposition par son refus de « s'hypnotiser » comme les autres auteurs sur la publication et sur la situation comparée de la norme non publiée et de la norme publiée. Néanmoins, bien qu'effectivement il ne s'intéresse pas à la norme non publiée, il se focalise lui aussi sur l'effet de la publication. Simplement, à la différence de ses contemporains, il comprend que cet effet n'est pas toujours immédiat et qu'il faut distinguer selon les actes administratifs unilatéraux.

L'apport d'Eisenmann réside essentiellement dans la mise en lumière de la diversité des effets de la publicité donnée à ces actes. Mais il n'approfondit guère sa réflexion et ne tente pas une présentation synthétique et précise de cette diversité. Dans cette mesure, à l'approximation qu'il dénonce justement de la présentation traditionnelle qui fait masse de l'effet de toute mesure de publicité, il substitue une nouvelle approximation, puisqu'il suggère la néces-

(11) *Ibid.*, p. 726.

sité d'une distinction au sein de cet effet sans pour autant en donner un exposé positif précis.

Il est d'autant plus regrettable qu'Eisenmann n'ait fait lui-même que quelques pas de plus sur le gué, qu'il avait les moyens de faire progresser la compréhension du phénomène de l'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux.

II. — DES RÉFLEXIONS INABOUTIES

Introduceur du normativisme en France, Charles Eisenmann ne manque pas, mais trop fugitivement, de recourir aux concepts de ce courant théorique pour analyser la question de la publication des actes et de ses effets. Comme il le souligne lui-même à plusieurs reprises mais sans s'y arrêter, la distinction normativiste entre l'acte et la norme est particulièrement féconde. Elle ne suffit cependant pas à rendre compte correctement des questions liées à l'entrée en vigueur nuancée des actes rendus publics. Il est, à ce sujet, étonnant que la sagacité d'Eisenmann ne l'ait pas conduit à distinguer plus nettement, sur un plan théorique, la publicité de l'entrée en vigueur.

A. — *La distinction normativiste entre l'acte et la norme*

La théorie normativiste est évidemment très féconde lorsqu'il s'agit de disséquer les opérations qui se succèdent dans l'opération de création d'une norme juridique. Elle permet de comprendre qu'il ne suffit pas qu'un acte administratif existe pour qu'il déploie immédiatement l'intégralité de ses effets. « On admet que l'acte peut exister, être fait et parfait, alors que ses normes ne sont pas, pas encore “en vigueur” » (12). Cela découle du fait qu'après l'apparition de l'acte, « se pose un autre problème, différent, distinct, indépendant : celui du “début des effets” ou “début de vigueur” de l'acte, – traduisez : de ses normes » (13).

C'est, en effet, la distinction issue des travaux d'Hans Kelsen entre l'acte et la norme qu'il renferme qui permet de comprendre qu'un acte administratif, bien que signé par l'autorité compétente, ne soit pas pour autant en vigueur dès cet instant. Eisenmann prend cependant soin de signaler que cette présentation ne vaut qu'à propos des actes écrits.

« La réflexion se clarifie et se précise beaucoup si l'on parle a) d'*acte* pour désigner l'opération, l'action ; b) de *normes*, pour en désigner le produit, qui est une manière d'objet » (14).

Dans ce cadre conceptuel, l'acte signé, « a (...) une existence matérielle, et les normes qu'il s'agit de poser sont fixées définitivement, *ne varietur* ; la

(12) *Ibid.*, p. 707.

(13) *Ibid.*

(14) *Ibid.*

question de publicité apparaît comme une nouvelle question, elle concerne les actes déjà faits et parfaits » (15). Effectivement, la décision individuelle aussi bien que l'acte réglementaire sont juridiquement parfaits dès l'instant qu'ils ont été signés par l'autorité habilitée à le faire. Mais si l'opération créatrice de l'acte est alors achevée, il ne faut pas en déduire que l'opération normatrice l'est elle-même. Car « l'opération normatrice comprend au minimum tous les actes humains (...) que la réglementation juridique prévoit et exige pour aboutir à l'édiction de normes. Il est impossible d'en exclure la publication » (16). Celle-ci, postérieure à l'achèvement de l'acte, est indispensable à l'achèvement de la norme. Il est évident que la distinction entre l'acte-instrumentum et l'acte-negotium (termes utilisés par Eisenmann) éclaire judicieusement le problème de l'entrée en vigueur.

Pour autant, la distinction entre l'achèvement de l'acte et l'achèvement de la norme n'est pas aussi absolue qu'il y paraît. Sa pertinence semble prise en défaut, comme Eisenmann ne manque pas de le remarquer, à l'égard des actes créateurs de droits pour les tiers. En effet, par l'arrêt *Demoiselle Mattei* rendu quelques années auparavant, « le Conseil d'État a prononcé qu'un acte administratif non publié ne pouvait être rapporté discrétionnairement par son auteur, mais ne pouvait l'être que dans les limites de la théorie générale du "retrait-annulation" ». En d'autres termes, les actes créateurs de droits pour les tiers, sont opposables à l'administration par ceux-ci, par l'effet même de ce qui les fait exister, c'est-à-dire leur signature. À leur égard, l'achèvement de l'acte vaut également achèvement de l'opération normatrice. Il y a donc alors confusion des deux phénomènes présentés comme distincts par Eisenmann, création de l'acte et entrée en vigueur de la norme qu'il pose.

Il est cependant étrange qu'il ait préféré occulter ce cas particulier apparemment contraire à sa démonstration. Il était, en effet, aisément possible d'en rendre compte sans affaiblir celle-ci. Puisque, selon les termes mêmes d'Eisenmann, « l'opération normatrice comprend au minimum tous les actes humains (...) que la réglementation juridique prévoit et exige pour aboutir à l'édiction de normes », il suffit de relever que, pour les actes créateurs de droits, la réglementation juridique – ici issue de la jurisprudence – ne rend pas obligatoire leur publicité pour que la norme qu'ils portent déploie ses effets. Tout au plus aurait-il été plus prudent de la part d'Eisenmann d'affirmer non pas qu'il est « impossible d'exclure la publication de l'opération normatrice », mais, plus subtilement, que « la publication fait le plus souvent partie de l'opération normatrice ». Il peut en aller autrement, comme le montrent les actes créateurs de droits.

Ce constat incite indirectement à s'interroger sur la pertinence de la restriction, opérée d'emblée par Eisenmann, du champ de sa réflexion aux seuls

(15) *Ibid.*, p. 710.

(16) *Ibid.*, p. 720.

actes écrits, c'est-à-dire, selon sa délimitation, aux actes « à procédure écrite ». Doivent être exclus de l'analyse, selon lui, non pas les opérations matérielles, mais les « actes juridiques non écrits, "oraux" ou "verbaux" » (17). Pour Eisenmann, l'affirmation selon laquelle l'acte écrit existe dès qu'il a été signé et indépendamment de la question de sa publicité, « ne peut visiblement pas s'appliquer aux actes juridiques non écrits » (18).

Dans leur cas, il est vrai, aucune publication n'est exigée et le seul énoncé oral de la décision emporte obligation pour les personnes visées de s'y conformer. Il nous semble toutefois que le raisonnement est biaisé par l'assimilation malencontreuse de la publicité à la publication par Eisenmann. Or la première est le genre dont la seconde n'est qu'une espèce. La publicité consiste en une exigence générale, celle de rendre publique une décision pour qu'elle puisse déployer ses effets. Le procédé par lequel la décision est divulguée importe peu. Le recours à un procédé écrit est peut-être le plus fréquent, en raison de ses évidentes qualités (clarté, permanence, facilité de preuve), mais il n'est pas exclusif. La publicité peut également être assurée oralement, y compris d'ailleurs à l'égard d'une décision écrite. En conséquence, une décision verbale existe dès que son auteur l'énonce mais cela peut ne pas suffire à son entrée en vigueur si les auditeurs de cet énoncé initial ne sont pas les destinataires de la décision en cause. Une décision verbale peut ainsi fort bien être soumise à une mesure de publicité, exactement comme un acte écrit. Cette publicité peut être opérée sous une forme écrite mais le sera vraisemblablement le plus souvent par oral. À titre d'exemple, lorsqu'un responsable du maintien de l'ordre public prend la décision verbale d'ordonner la dispersion de manifestants, cette décision est ensuite communiquée aux intéressés par les agents de la force publique.

Il aurait été étonnant que la théorie normativiste, particulièrement englobante puisqu'elle permet de dégager bien des points communs à la Constitution, aux traités, aux lois, aux actes administratifs unilatéraux, aux contrats qu'ils soient administratifs ou de droit privé et même aux décisions de justice, ne permette pas de rendre compte de l'entrée en vigueur des décisions administratives verbales de manière similaire à celle des décisions administratives écrites. Comme les actes écrits, les actes verbaux existent avant d'être rendus publics et de déployer alors l'intégralité de leurs effets. Comme pour les actes écrits également, il est nécessaire de distinguer, en leur sein, selon qu'ils créent des droits pour leurs destinataires ou qu'ils leur imposent des obligations. Les premiers sont immédiatement opposables à leur auteur à l'instar des actes écrits créateurs de droit ; les seconds ne sont opposables aux tiers qu'après avoir fait l'objet d'une mesure de publicité, le plus souvent d'une annonce.

(17) *Ibid.*, p. 710.

(18) *Ibid.*

La théorie normativiste offrait donc des perspectives plus larges que celles identifiées assez modestement par Eisenmann. En feignant d'ignorer qu'un acte verbal aussi doit être rendu public et que sa publicité peut s'opérer aussi bien verbalement que par écrit, il a sous-estimé tout ce que permet de comprendre la distinction de l'acte et de la norme.

Peut-être était-ce pour ne pas rendre l'exposé de l'état du droit encore plus subtil que celui auquel il était parvenu. Il estimait éventuellement avoir suffisamment ajouté en complexité en examinant un cas ignoré par ses contemporains, celui des actes publiés mais dont l'entrée en vigueur est différée.

Pourtant, sur cet aspect également, il n'est pas allé au bout de sa démonstration.

B. — *La distinction nécessaire de la publicité et de l'entrée en vigueur*

Eisenmann tire toute sa critique de la présentation classique de l'entrée en vigueur d'un cas particulier, celui des actes publiés mais dont l'entrée en vigueur est différée, soit par son report à une date ultérieure, soit par le jeu mécanique des modalités de la publication. Il en déduit qu'il ne faut pas plus identifier l'entrée en vigueur d'un acte à sa signature qu'à sa publication. À l'instant où il est publié, un acte écrit n'est pas pour autant doté d'« une valeur actuelle », selon l'expression d'Eisenmann.

Selon lui, les normes publiées mais à l'effet différé « existent d'une existence intellectuelle : elles ne sont, bien évidemment, pas assimilables aux normes qui n'ont pas encore obtenu tous les consentements ou même subi tous les contrôles prévus » (19). Il conclut à leur sujet : « En somme, sur un plan très théorique (sic), on peut dire ceci : a) matériellement, ces normes sont présentes dans l'ordre juridique écrit, elles y sont “inscrites” ; b) mais, pour un moment, elles n'y sont présentes qu'avec une valeur latente, suspendue ; c) toutefois, enfin, avec au moins la quasi-certitude, parfois même la certitude, anticipées d'une très prochaine ou assez prochaine valeur actuelle » (20).

Rien de tout ceci n'est assurément erroné mais relève plus d'une observation pragmatique que d'une réflexion propre à la théorie du droit. À rester ainsi à la surface des choses, Eisenmann aurait dû conclure, par référence à la distinction normativiste entre l'acte et la norme, que, sur un plan théorique, la norme publiée mais dont le déploiement des effets est différé est assimilable à une norme contenue dans un acte signé mais non publié. Dans l'un et l'autre cas, rien n'assure que la norme en cause entrera effectivement en vigueur un jour. De la même manière que, selon les mots d'Eisenmann, l'auteur d'un

(19) *Ibid.*, p. 725.

(20) *Ibid.*

acte non publié peut « le déchirer » (21), l'auteur d'un acte publié mais dont la norme qu'il contient n'est pas encore en vigueur peut fort bien décider de l'abroger avant son entrée en vigueur (22).

Mais ces conclusions ne sont pas pleinement pertinentes. Une analyse plus fine du cas particulier duquel Eisenmann tire toute sa critique de la doctrine classique aurait dû le conduire à nuancer son propos.

Il n'est pas possible, en effet, de raisonner globalement à l'égard des actes publiés mais non encore en vigueur. Comme Eisenmann l'indique lui-même, cette hypothèse se produit dans deux cas. « C'est le cas lorsqu'une règle générale dispose pour une catégorie de normes qu'elles ne deviendront applicables, ou "obligatoires" que *n* jours après leur publication, – tel est le cas, selon le principe, pour les lois et décrets » (23). « Le second cas est celui où l'acte qui pose certaines normes dispose lui-même, librement, qu'elles ne seront applicables qu'à une date plus éloignée que cela aurait résulté de la règle générale ».

Il est étonnant qu'Eisenmann, après avoir ainsi correctement aperçu l'hétérogénéité des actes qu'il examine, n'ait pas compris qu'elle emporte une différence de régime sensible. Le décret publié au Journal officiel et qui ne déploie – aujourd'hui – ses effets que le lendemain de sa publication (24) n'est en vigueur en aucune de ses dispositions dans l'intervalle. La norme qui décale son entrée en vigueur d'une journée après sa publication lui est en effet extérieure. En revanche, le décret également publié au Journal officiel qui prévoit qu'il entrera en vigueur, par exemple, le 1^{er} jour du sixième mois qui suit sa publication, ne se singularise pas seulement, contrairement à ce que pense Eisenmann par le fait qu'il allonge la durée séparant la publication de l'entrée en vigueur. Cet aspect, purement quantitatif, n'est d'aucun intérêt d'un point de vue théorique. Ce qui aurait dû retenir son attention est que l'effet différé de l'entrée en vigueur (25) est ici le fait d'une des dispositions du décret en cause. Cet effet différé est ainsi décidé par l'une des normes du décret, norme de droit transitoire.

Or, cette norme, contrairement aux autres dont elle décide de reporter la prise d'effet, entre elle-même en vigueur dans les conditions prévues par la règle générale. Elle déploie ainsi ses effets, par exemple, dès le lendemain de la publication du décret au Journal officiel.

(21) *Ibid.*, p. 723. Il ne vise cependant ici que les actes réglementaires, conscient de ce qu'un acte individuel créateur de droits ne peut être retiré par son auteur que selon les règles encadrant le retrait de tels actes.

(22) La réserve des actes créateurs de droits n'ayant pas cours ici puisque, par hypothèse, de tels actes déploient leurs effets à compter de leur signature. Dans leur cas, la mesure de publicité s'opère postérieurement à leur opposabilité.

(23) *Ibid.*, p. 721.

(24) Article 1^{er} du Code civil.

(25) Au-delà du lendemain de la publication.

En d'autres termes, dans la seconde hypothèse identifiée par Charles Eisenmann, l'acte – au sens normativiste du terme – contient deux types de normes. Les unes, les normes de fond – celles qui font la substance de l'acte – voient leurs effets reportés à une date ultérieure. Dans l'intervalle qui sépare la publication de l'acte de la date prévue pour leur entrée en vigueur, elles sont comme si elles n'étaient pas. L'autre, la norme de droit transitoire, entre en vigueur dans les conditions ordinaires et donc antérieurement aux premières. Cette prise d'effet « immédiate » est précisément la condition pour que l'entrée en vigueur des dispositions de fond soit différée comme le souhaite l'autorité compétente.

Au total, obnubilé par l'identification d'une hypothèse qui lui permettait de prendre en défaut la doctrine classique, Eisenmann tombe à son tour dans l'approximation. S'il est impossible, comme il le montre, de considérer que la norme entre en vigueur dès la signature de l'acte qui la porte, s'il est exact que la publicité donnée à l'acte n'emporte pas toujours non plus l'entrée en vigueur immédiate de la norme qu'il contient, il ne faut pas non plus sous-estimer la portée de la publicité. En réalité, la question de l'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux est infiniment subtile. Elle méritait qu'Eisenmann approfondisse ses fécondes intuitions.

Bertrand SEILLER

Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II