



L'absolution de l'évêque de Metz

Valentin Lamy

► To cite this version:

Valentin Lamy. L'absolution de l'évêque de Metz : Une extension dangereuse de la théorie des formalités impossibles. *Actualité juridique Droit administratif*, 2020, 22, pp.1237. hal-04156143

HAL Id: hal-04156143

<https://hal.science/hal-04156143>

Submitted on 7 Jul 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'absolution de l'évêque de Metz

Une extension dangereuse de la théorie des formalités impossibles

Valentin Lamy, Docteur en droit à l'université d'Aix-Marseille, qualifié aux fonctions de maître de conférences, centre de recherches administratives (EA 893)

« Ses décisions sont insondables, ses chemins sont impénétrables. » En rapprochant ce passage bien connu de son Epître aux Romains de la décision ici commentée, on pourrait croire que Saint-Paul y traite du Conseil d'Etat. Dans cette décision, le Conseil d'Etat considère que le non-respect des dispositions du décret du 17 janvier 1986 par l'évêque de Metz dans le cadre d'une procédure de licenciement d'un agent d'une mense épiscopale constitue une formalité impossible, les faits s'étant déroulés avant que le Conseil d'Etat ne précise que ce texte était applicable à ces établissements. Ce faisant, la haute juridiction écorne un peu plus le principe de rétroactivité de la jurisprudence, à un point qui paraît contestable. Au reste, par cette décision, les hypothèses de couverture des vices de légalité externe des actes administratifs se trouvent renforcées.

Pour bien comprendre la décision et toutes ses implications, la chronologie des faits de l'espèce est déterminante. M. A. avait été recruté par contrat du 7 juin 2010, pour une durée indéterminée, par la mense épiscopale de Metz pour y assurer les fonctions de responsable de la mission informatique et nouvelles technologies de l'évêché. A partir du 1^{er} novembre de la même année, il est affecté, pour la même mission, à un poste de secrétaire des cultes rémunéré par l'Etat conformément au régime concordataire toujours en vigueur dans le département de la Moselle. Près de cinq années passent jusqu'à ce que l'évêque de Metz le licencie pour faute le 12 juin 2015. L'intéressé forme un recours gracieux, puis un recours hiérarchique qui font l'objet de décisions implicites de rejet, avant de saisir le tribunal administratif de Strasbourg à l'encontre de l'ensemble de ces actes. Il y conteste notamment la régularité de sa procédure de licenciement, estimant que celle-ci était entachée d'un vice du fait de l'absence de commission consultative paritaire. Tout l'enjeu du contentieux est ici. Le décret du 17 janvier 1986 relatif aux agents non titulaires de l'Etat prévoit que dans toutes les administrations de l'Etat, y compris ses établissements publics, une commission consultative paritaire est constituée et que celle-ci est obligatoirement consultée sur toute décision individuelle de licenciement d'un agent. Cependant, son application aux agents des menses épiscopales n'allait pas de soi. Ce n'est que par une décision *Horst* du 22 juillet 2016 (CE, n° 383412, Lebon  T. 641), réaffirmée ici, que le Conseil d'Etat reconnaissait l'application du décret à ces agents. Or, le lecteur l'aura noté, cet arrêt est postérieur à la décision de licenciement de M. A. Plus encore, dans l'affaire *Horst*, dans laquelle était directement impliqué le même évêque de Metz, la cour administrative d'appel (CAA) de Nancy avait, dans un arrêt de 2014, écarté l'application du décret de 1986 (18 juin 2014, n° 13NC00691 .

Dans notre affaire, le tribunal administratif de Strasbourg fit droit aux demandes d'annulation du requérant par un jugement du 15 novembre 2017 en appliquant logiquement la jurisprudence *Horst* et donc les dispositions du décret de 1986 aux faits de l'espèce. Ce jugement a été confirmé par la CAA de Nancy le 27 décembre 2018. Ces décisions apparaissent parfaitement fondées et conformes aux principes qui gouvernent l'exercice par le juge de son pouvoir d'interprétation, en particulier sa rétroactivité. L'idée est bien connue : lorsque le juge déclare qu'un texte est applicable à telle situation juridique, il est réputé applicable depuis son entrée en vigueur à l'ensemble des situations analogues car

« c'est la règle de droit telle qu'elle existait au moment des faits, telle qu'elle aurait dû être appliquée, qui est finalement appliquée » (R. Noguellou, note sous CE 14 juin 2004, *SCI Saint-Lazare*, Dr. adm. 2004, n° 11, p. 4). Tout portait à croire que le Conseil d'Etat allait abonder dans ce sens et rejeter le pourvoi formé par l'évêque de Metz, y compris les conclusions que Gilles Pellissier (que nous remercions par ailleurs pour leur communication) avait prononcées à l'audience. Il n'en fut rien.

Après avoir confirmé que le décret du 17 janvier 1986 était bien applicable aux agents des menses épiscopales, le Conseil d'Etat a estimé que l'absence de commission consultative paritaire devait être regardée, en l'espèce, comme une formalité impossible, l'évêque ne pouvant savoir, avant que n'intervienne la jurisprudence *Horst*, qu'il était soumis aux dispositions de ce décret. Ce faisant, le Conseil d'Etat étend dangereusement la théorie des formalités impossibles.

I - La réaffirmation de l'application du décret de 1986 aux agents des menses épiscopales

Confirmant la jurisprudence *Horst*, la décision ici commentée réaffirme l'application du décret du 17 janvier 1986 aux agents des établissements publics du culte. Cette application révèle une interprétation extensive de ce texte, laquelle n'est rendue possible que par la reconnaissance de la compétence de la juridiction administrative pour connaître des actes de gestion du service public du culte, comme c'est le cas en l'espèce, à l'exclusion des actes d'organisation du culte.

A. Au nom du Père : une compétence de la juridiction administrative limitée aux actes de gestion du culte

La question de la compétence de la juridiction administrative pour connaître des actes émis par les autorités ecclésiastiques ne concerne que les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle dans lesquels le régime concordataire continue à s'appliquer pour les raisons historiques que l'on connaît. Cependant, si cette question n'a qu'un intérêt territorialement limité, il demeure qu'elle suscite des interrogations sérieuses sur nos propres représentations de la décision administrative puisqu'en la matière, la compétence de la juridiction administrative est pour partie exclue selon des considérations qui sont étrangères aux concepts les plus classiques du droit administratif.

Le régime concordataire, formé de l'ensemble de la convention du 26 messidor de l'an IX entre la France et le Saint-Siège et des articles organiques de la loi du 18 germinal de l'an X institue un service public des cultes, aboli partout ailleurs en France par la loi du 9 décembre 1905. Concernant la religion catholique, l'administration de ce service public, notamment au plan patrimonial, est assurée par les menses épiscopales qui sont des établissements publics du culte (T. confl. 13 déc. 2010, n° 3748 , *Muller c/ La Mense épiscopale de Strasbourg*, Lebon  593) placés sous l'autorité d'un archevêque à Strasbourg et d'un évêque à Metz. Ces derniers, nommés par le Président de la République après avoir reçu l'investiture canonique du Souverain pontife et rémunérés directement par l'Etat, ne sont pourtant pas des agents publics (CE 27 août 1948, avis n° 245014). Cette circonstance témoigne de l'ambivalence du service public du culte et du caractère peu opérant des concepts de droit administratif pour soumettre leurs actes à la compétence du juge.

En effet, les actes pris par les autorités ecclésiastiques ne revêtent pas tous la qualité d'actes administratifs susceptibles de recours devant la juridiction administrative. La doctrine a d'ailleurs souvent noté « l'absence paradoxale de caractère administratif » (G. Eveillard, *La nature des décisions*

prises par les autorités ecclésiastiques en Alsace-Moselle, RFDA 2013. 39⁽¹⁾) de certains de leurs actes. A bien y regarder, les actes pris par les autorités ecclésiastiques émanent de personnes morales de droit public, les menses épiscopales, pour les besoins du service public du culte qui est un service public à caractère administratif. Dès lors, il serait logique de les considérer comme des actes administratifs. Toutefois, en la matière, la jurisprudence effectue une partition que l'on ne retrouve que dans ce domaine et qui ne semble trouver une explication que dans l'ancienne distinction du pouvoir temporel et du pouvoir spirituel.

Ainsi, le juge administratif n'est pas compétent pour connaître des actes d'organisation du culte, comme l'a rappelé le Conseil d'Etat dans une décision *Singa* (CE 17 oct. 2012, n° 352742, *Singa*, Lebon⁽²⁾ 364 ; AJDA 2013. 867⁽³⁾, note P. Subra de Bieusses⁽⁴⁾ ; RFDA 2013. 39, note G. Eveillard⁽⁵⁾), à propos de l'acte de nomination d'un curé par l'évêque de Metz. Aux termes de cette décision, il ressort que ni les stipulations du concordat de messidor ni les dispositions de la loi de germinal ni aucun principe général du droit « ne sauraient avoir pour effet de conférer aux décisions prises par les archevêques et évêques pour l'organisation du culte catholique dans leurs diocèses le caractère de décisions administratives soumises au contrôle du juge administratif ». Certes, le Conseil d'Etat a déjà été compétent, conformément aux articles VI à VIII des articles organiques de la convention concordataire, pour statuer sur les « cas d'abus de la part des supérieurs et autres personnes ecclésiastiques » (v., par ex., CE 18 août 1856, *Régnier*, Lebon 539). Mais il s'agissait d'une procédure administrative et non contentieuse qui serait « irrémédiablement périmée » (P. Kessler, *Régime concordataire et droit public en Alsace-Lorraine*, th. Strasbourg, 1954, p. 171) depuis son abrogation par une loi allemande locale du 30 décembre 1871 et pour laquelle le Conseil d'Etat ne s'est jamais prononcé sur sa remise en vigueur par les lois du 1^{er} juin 1924. Il reste qu'aujourd'hui, le juge administratif est bien incompétent pour statuer sur les actes d'organisation du culte.

Néanmoins, la compétence de la juridiction administrative se retrouve dans les actes de gestion du service public du culte, c'est-à-dire les actes qui ne touchent pas le domaine spirituel. Il en est ainsi, non seulement concernant le culte catholique mais encore les cultes protestant (CE 19 déc. 2007, n° 295828⁽⁶⁾, *Conseil presbytéral de l'Eglise réformée de Sarrebourg*) et israélite (CE 13 mai 1964, *Ebelsstrarck*, Lebon 288), à l'exclusion des autres cultes, non concernés par le régime concordataire.

Finalement, c'est uniquement à raison de leur objet que les actes des autorités ecclésiastiques seront soumis au contrôle du juge administratif, selon la distinction entre organisation du culte et gestion du service public du culte. Assurément, dans l'espèce jugée ici par le Conseil d'Etat, la compétence de la juridiction administrative ne fait pas de doute. L'agent en cause étant responsable de l'informatique et des nouvelles technologies dans le diocèse, il est clair qu'il ne pouvait être assimilé à un ministre du culte. Restait alors la question du droit applicable à cet agent, à laquelle le Conseil d'Etat a répondu dans la droite ligne de la jurisprudence *Horst*.

B. Au nom de l'Etat : une application extensive du décret de 1986

Quel droit appliquer aux agents administratifs des menses épiscopales ? La question est particulièrement délicate pour deux raisons. Premièrement, il est constant que ces derniers ne font l'objet d'aucune disposition spécifique, ni dans la convention du 26 messidor de l'an IX ni dans la loi du 18 germinal de l'an X. Deuxièmement, si la question de leur rémunération est prévue par la loi d'Empire du 20 mai 1911 et l'ordonnance du 1^{er} septembre de la même année qui ont été maintenues

en vigueur après le rétablissement de la souveraineté française en Alsace-Moselle, il demeure qu'il n'existe aucun texte qui traite de leurs garanties.

Tout l'intérêt de la jurisprudence *Horst*, ici réitérée, réside dans la résolution de cette question. En l'absence de textes particuliers, trois possibilités s'offraient au Conseil d'Etat.

La première était de faire application de la loi du 31 mars 1873 relative au statut des fonctionnaires de l'Empire allemand. Ce texte, maintenu en vigueur par une loi du 22 juillet 1923 relative au statut des fonctionnaires des départements annexés, a déjà été appliqué par le juge administratif (CE, sect., 10 déc. 1937, *Ebelman*, Lebon 1016) et fait partie de ceux qui ont été publiés et traduits en français par le décret du 14 mai 2013. Cependant, ainsi que le précisait, dans ses conclusions sur l'arrêt *Horst*, Emmanuelle Cortot-Boucher (que nous remercions également pour leur aimable communication), deux raisons majeures s'opposaient à l'application de cette loi. La première tient à son caractère transitoire, étant entendu que son maintien en vigueur n'avait vocation à concerner que les agents ayant servi en Alsace-Moselle sous souveraineté allemande. La seconde est encore plus rédhibitoire. La loi de 1873 s'appliquait en effet aux fonctionnaires « nommés par l'Empereur ». Or, les agents des menses épiscopales, nommés par les autorités ecclésiastiques, ont toujours été exclus de la chaîne hiérarchique remontant jusqu'au *Kaiser*. Dès lors, ce texte ne leur a jamais été applicable.

La deuxième possibilité était de considérer que les agents des menses épiscopales étaient soumis à la loi du 11 janvier 1984 sur le statut de la fonction publique de l'Etat. Encore une fois, cela paraissait impossible, ces derniers n'étant pas titulaires et n'appartenant pas à un quelconque corps d'une administration de l'Etat. L'arrêt rendu par la CAA de Nancy dans le cadre de l'affaire *Horst* avait, à raison, déjà exclu cette application.

La troisième, finalement retenue, a été de les soumettre aux dispositions du décret du 17 janvier 1986 relatif aux agents contractuels de l'Etat. Ce n'est cependant qu'au prix d'une interprétation particulièrement extensive du texte que cela a pu être justifié. Le décret prévoit, en effet, en son article premier, qu'il ne trouve à s'appliquer qu'aux agents contractuels des administrations mentionnées par l'article 2 de la loi du 11 janvier 1984, à savoir les administrations d'Etat, les autorités administratives indépendantes et les établissements publics de l'Etat. Il a donc fallu propulser les menses épiscopales au rang d'« établissements publics de l'Etat à caractère administratif », ce qu'a fait l'arrêt *Horst*, dont les motifs sont expressément repris par la décision commentée. Bien entendu, ce n'est que par une habile gymnastique de l'esprit que l'on peut parvenir à pareille qualification. Gymnastique qui semble avant tout guidée par des considérations d'opportunité : la volonté de ne pas priver les agents des menses épiscopales des garanties propres aux agents publics et celle de poursuivre la normalisation de l'application du droit de la fonction publique au personnel du service public du culte. A bien y regarder, cette solution était, sinon la meilleure, du moins la moins pire de toutes.

Finalement, cette décision *Evêque de Metz* vient confirmer et enrichir la jurisprudence récente relative à l'application du droit de la fonction publique aux agents administratifs des menses épiscopales. Cependant, en cassant l'arrêt de la CAA de Nancy au motif que celui-ci avait appliqué le décret du 17 janvier 1986 à une situation juridique antérieure à la jurisprudence *Horst*, le Conseil d'Etat a également étendu la théorie des formalités impossibles et porté un coup sévère au principe de rétroactivité de la jurisprudence.

II - L'invention contestable d'une formalité « impensable »

En ne censurant pas la décision de l'évêque de Metz de procéder au licenciement de M. A. alors même que celle-ci avait été prise en contradiction avec les dispositions du décret du 17 janvier 1986 dont le doute sur l'applicabilité aux menses épiscopales n'avait été levé que postérieurement à cette décision, le Conseil d'Etat étend la théorie des formalités impossibles à ce que nous sommes tentés d'appeler la formalité « impensable ». Bien que compréhensible au plan strictement pragmatique, cette décision ne manque pas de susciter des interrogations quant à l'étendue du pouvoir normatif du juge administratif, en particulier au regard de la rétroactivité de la jurisprudence.

A. Une extension de la théorie des formalités impossibles

La théorie des formalités impossibles est antérieure au mouvement de neutralisation des vices de légalité externe au nom du principe de sécurité juridique entamé par la jurisprudence *Danthony* (CE, ass., 23 déc. 2011, n° 335033, Lebon  649 ; AJDA 2012. 7  ; 195 , chron. X. Domino et A. Bretonneau  ; 1484, étude C. Mialot  ; et 1609, tribune B. Seiller  ; RFDA 2012. 284, concl. G. Dumortier  ; et 296, note P. Cassia ) et encore récemment poursuivi par la décision *CFDT Finances* (CE, ass., 18 mai 2018, n° 414583 , *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, Lebon 187 avec les concl.  ; AJDA 2018. 1206 , chron. S. Roussel et C. Nicolas  ; D. 2019. 2241, édito. T. Perroud  ; AJFP 2018. 278  ; AJCT 2018. 528, obs. G. Le Chatelier  ; RFDA 2018. 649, concl. A. Bretonneau ) qu'elle vient nourrir. Traduisant juridiquement la maxime de bonne logique selon laquelle « à l'impossible nul n'est tenu », elle permet de ne pas frapper de nullité un acte n'ayant pas été édicté selon la procédure adéquate à raison de l'impossibilité pour l'autorité administrative de respecter cette procédure.

Classiquement, on distingue deux catégories de formalités impossibles (R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, 15^e éd., t. I, 2001, p. 1035). Constitue d'abord une formalité impossible l'absence de consultation d'un organisme existant appelé à donner son avis sur l'édition d'une décision administrative, pour des raisons inhérentes au fonctionnement de cet organisme. Tel est le cas lorsque les membres d'une commission refusent de siéger (CE, sect., 12 oct. 1956, *Baillet*, Lebon 356), de se prononcer après mise en demeure (CE 29 juill. 1994, n° 135097 , *Commune de Grand-Bourg de Marie-Galante*), ou ajournent à l'excès leur réunion (CE 13 déc. 2017, n° 411788, *Président du Sénat*, Lebon  ; AJDA 2018. 491 , chron. S. Roussel et C. Nicolas  ; et 521, concl. X. Domino  ; Constitutions 2017. 541, chron. J. Benetti ). Ensuite, « avec plus de nuances » (D. Chabanol, *La pratique du contentieux administratif*, LexisNexis, 12^e éd., 2018, p. 416), est une formalité impossible la consultation d'un organisme non encore constitué, renouvelé ou installé à la date à laquelle la décision est prise. Il faut alors démontrer soit que la constitution ou le renouvellement de l'organe consultatif était impossible (CE 12 juin 1987, n° 60047, *Ferretti*, Lebon  658), soit que l'acte a été pris dans un délai raisonnable entre la création de l'organisme et sa mise en place effective (CE 30 déc. 1998, n° 177854 , *Syndicat national CGT-FO de l'Agence nationale pour l'emploi*, Lebon ).

C'est de cette seconde catégorie que relève la formalité impossible de l'espèce, puisque la commission consultative paritaire n'existait pas au moment du licenciement du requérant. A ce stade, il est nécessaire de préciser que, pour cette catégorie particulière, l'autorité compétente pour édicter l'acte doit avoir fait toutes diligences de nature à permettre la constitution, le renouvellement ou l'installation de l'organe consultatif (CE 10 janv. 2001, n° 212940, *Chambre nationale des prestataires animaliers*

Prestanimalia, Lebon¹), ceci y compris lorsque la constitution de l'organisme ne relève pas de son autorité (CE, sect., 1^{er} juill. 1967, n° 61750, *Société d'exploitation de la clinique Rech*, Lebon²). Dans ce cas, l'autorité administrative doit démontrer qu'elle a tout mis en oeuvre pour provoquer la constitution et l'installation de l'organisme, ce qui est par exemple le cas concernant l'arrêté municipal réglementant les sonneries des cloches des églises catholiques, en l'absence de constitution d'association culturelle par l'Eglise dont l'avis est censé être recueilli conformément à un décret du 16 mars 1906 (CAA Bordeaux, 5 févr. 2013, n° 11BX01160, *Denoits*, JCP Adm. 2013. 2146, concl. de G. La Taille).

Notre décision du Conseil d'Etat innove en ce sens qu'elle consacre un cas de formalité impossible du fait de la méprise de l'autorité administrative sur la portée du texte instituant la règle de procédure à mettre en oeuvre. En effet, la décision de licenciement de M. A. était intervenue une année avant que le Conseil d'Etat ne rende sa décision *Horst* et précise que le décret du 17 janvier 1986 était applicable aux agents contractuels des menses épiscopales. Plus encore, le licenciement avait été décidé un après que la CAA de Nancy ne rende un arrêt par lequel elle excluait cette application. Dès lors, du point de vue de l'évêque de Metz, partie au procès jugé à Nancy, si la mise en place d'une commission consultative paritaire n'était pas matériellement impossible, elle était néanmoins subjectivement impensable au regard de l'état de la jurisprudence administrative. Cette inclinaison subjective de la théorie des formalités impossibles constitue l'un des apports principaux de la décision.

Cette solution ne souffre d'aucune critique quant à son pragmatisme : on ne peut pas demander à une autorité administrative de suivre une règle alors qu'une décision de justice l'invite à ne pas le faire. Cependant, en suivant cette seule logique, le Conseil d'Etat semble considérer que le décret de 1986 n'a été rendu applicable aux menses épiscopales que parce qu'il en a décidé ainsi. Ce faisant, en plus d'étendre encore les hypothèses de couverture des vices de légalité externe, il ne fait plus preuve du moindre complexe quant à l'affirmation de son pouvoir normatif.

B. Une étape supplémentaire dans l'affirmation du pouvoir normatif de la jurisprudence

Bien qu'il soit constant que « le juge administratif a toujours créé du droit » (C. Pros-Phalippon, *Le juge administratif et les revirements de jurisprudence*, LGDJ, Bibl. de droit public, 2018, p. 294), il demeure que « juge administratif et juge judiciaire n'ont pas été officiellement investis d'une compétence normative » (O. Dupeyroux, *La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit*, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université de Toulouse, 1978, p. 474), ce qui explique la rétroactivité de la jurisprudence. Etant entendu que le juge ne fait que dire le droit et l'appliquer à une espèce, la norme qu'il génère est réputée préexister à sa décision. Ainsi, un revirement de jurisprudence est censé s'appliquer aux situations juridiques qui lui sont antérieures, ceci, particulièrement, afin de ne pas contrevenir à l'article 5 du code civil qui proscrit les arrêts de règlement.

Toutefois, le juge administratif s'est arrogé la possibilité de moduler dans le temps les effets de ses revirements de jurisprudence dans sa décision *Tropic travaux* de 2007 (CE, ass., 16 juill. 2007, n° 291545³, *Société Tropic travaux signalisation*, Lebon 360 avec les concl.⁴ ; AJDA 2007. 1577⁵, chron. F. Lenica et J. Boucher⁶ ; et 1777, tribune J.-M. Woehrling⁷ ; D. 2007. 2500⁸, note D. Capitant⁹ ; RFDA 2007. 696, concl. D. Casas¹⁰ ; 917, étude F. Moderne¹¹ ; et 935, étude M. Canedo-Paris¹² ; RTD civ. 2007. 531, obs. P. Deumier¹³ ; RTD eur. 2008. 835, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar¹⁴), en jugeant que le recours direct des concurrents évincés en contestation de la validité d'un contrat administratif, n'était ouvert qu'à l'encontre des contrats pour lesquels la procédure de passation

avait été engagée postérieurement à la lecture de sa décision, à l'exception des instances en cours. Cette dernière précision était d'importance. En effet, si le fait de moduler dans le temps les effets d'une nouvelle jurisprudence apparentait déjà le juge « au législateur ou à l'autorité réglementaire » (F. Moderne, Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence : à propos de l'arrêt d'assemblée du 16 juillet 2007, *Société Tropic-Travaux-Signalisation-Guadeloupe*, RFDA 2007. 917¹), l'application de la nouvelle règle aux instances en cours maintenait l'association entre la règle jurisprudentielle ainsi créée et son application au litige. Au plan théorique, cette association est fondamentale car elle permet de ne pas s'abandonner totalement à l'arrêt de règlement. Jean Rivero prévenait déjà, en 1968, « qu'on ne saurait concevoir, en effet, une dissociation entre création et application : le juge ne peut, dans un seul et même arrêt, formuler une règle nouvelle et appliquer, à la solution de l'espèce, la règle antérieure, car la seule justification de son pouvoir normatif réside précisément dans la nécessité où il se trouve de donner, à la décision qu'il va prendre, le fondement d'une règle générale » (J. Rivero, Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle, AJDA 1968. 15).

Pourtant, le pas a bien été franchi et il arrive aujourd'hui de lire une décision dans laquelle le juge administratif formule une nouvelle règle jurisprudentielle mais précise qu'elle n'a vocation à s'appliquer qu'aux situations juridiques postérieures, sans exception. Pour rester dans le champ des contrats administratifs, on pourra mentionner la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* dans laquelle le juge ouvre le recours direct en contestation de validité d'un contrat administratif au bénéfice des tiers, mais, statuant au fond, continue d'appliquer la jurisprudence *Martin* (CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994², Lebon 70 avec les concl.³ ; AJDA 2014. 1035⁴, chron. A. Bretonneau et J. Lessi⁵ ; et 945, tribune S. Braconnier⁶ ; D. 2014. 1179, obs. M.-C. de Montecler⁷, note M. Gaudemet et Angélique Dizier⁸ ; RDI 2014. 344, obs. S. Braconnier⁹ ; AJCT 2014. 375¹⁰, obs. S. Dyens¹¹ ; et 380, interview S. Hul¹² ; et 434, Pratique O. Didriche¹³ ; et 2015. 32, Pratique S. Hul¹⁴ ; AJCA 2014. 80, obs. J.-D. Dreyfus¹⁵ ; RFDA 2014. 425, concl. B. Dacosta¹⁶ ; et 438, note P. Delvolvé¹⁷ ; RTD com. 2014. 335, obs. G. Orsoni¹⁸ ; Rev. UE 2015. 370, étude G. Eckert¹⁹), ou encore la jurisprudence *Rispol* (T. confl. 9 mars 2015, Lebon 500).

Les « contre-indications théoriques » (B. Seiller, *La modulation des effets dans le temps de la règle prétorienne. Tentative iconoclaste de systématisation*, in *Mélanges Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 977) à la reconnaissance du pouvoir de modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence levées, demeurent tout de même un garde-fou à l'assimilation totale de la jurisprudence à la règle de droit édictée par le législateur ou le pouvoir réglementaire : le fait que la décision modifiant l'état de la jurisprudence devait prévoir elle-même la modulation dans le temps de ses propres effets. Cela semblait d'ailleurs être la seule hypothèse envisageable pour Yves Struillou qui disait à juste titre dans ses conclusions sur l'arrêt *Société Leroy Merlin* que « le mode d'élaboration de la jurisprudence ne permet de limiter l'effet rétroactif d'une jurisprudence nouvelle que dans l'hypothèse où la décision fixant la nouvelle règle l'aurait prévu » (Y. Struillou, Les limites de l'obligation, concl. sur CE, sect., 10 mars 2006, *Société Leroy Merlin*, RFDA 2006. 550²⁰).

Alors que parallèlement, la CAA de Nancy faisait application du décret de 1986 à des situations juridiques antérieures à la jurisprudence *Horst* dans d'autres contentieux (CAA Nancy, 23 oct. 2018, n° 17NC02946²¹, *Séminaire des jeunes de Walbourg*), le Conseil d'Etat a franchi le Rubicon. Il a privé d'effet rétroactif une jurisprudence qui ne prévoyait pas sa propre modulation dans le temps. Mais la logique portée par cet arrêt *Evêque de Metz* va même plus loin. Car il faut bien préciser que l'arrêt *Horst* ne consacrait pas une nouvelle règle jurisprudentielle, il se contentait d'indiquer la portée d'un texte

réglementaire dont le juge administratif n'était, naturellement, pas l'auteur. En consacrant, indirectement par le biais de la théorie des formalités impossibles, la non-rétroactivité d'une jurisprudence qui ne prévoyait pas sa propre modulation dans le temps, le Conseil d'Etat a fait entrer en vigueur le décret du 17 janvier 1986, concernant les menses épiscopales, à une date qu'il a lui-même décidée.

Il faut alors poser la question : un tel raisonnement est-il susceptible de se généraliser ? Au regard de la trajectoire suivie par la question de la rétroactivité de la jurisprudence depuis une quinzaine d'années, cela ne serait guère étonnant, malgré le double risque, soulevé par Gilles Pellissier dans ses conclusions, de donner « inéluctablement lieu à des discussions contentieuses infinies » et d'affaiblir « la portée obligatoire de la norme ». Il ne reste qu'à formuler le souhait que cette solution restera circonscrite à un simple nouveau cas d'application de la théorie des formalités impossibles, sauf au juge de s'abstraire « de sa mission première » (J.-P. Camby, Sécurité juridique et insécurité jurisprudentielle, RD publ. 2006. 1505).

La sécurité juridique n'aura alors valu qu'une messe.

Mots clés :

ACTE UNILATERAL * Avis * Procédure consultative * Formalité impossible

CONTENTIEUX * Procédure administrative contentieuse * Pouvoirs et devoirs du juge *
Modulation dans le temps