

Articles et commentaires, 2014 numéro 1

Cour européenne des droits de l'homme et communication du projet de décision au rapporteur public : chronique d'une sanction évitée

Nelly Sudres*

Citer cet article : Nelly SUDRES, « Cour européenne des droits de l'homme et communication du projet de décision au rapporteur public : Chronique d'une sanction évitée », Revue générale du droit (www.revuegeneraledudroit.eu), Articles et commentaires, 2014, numéro 1.

* Maître de conférences en droit public à l'Université Montpellier 1.

Le binôme rapporteur-rapporteur public constitue l'une des forces du processus de maturation intellectuelle de la décision devant les juridictions administratives françaises. Ainsi que le soulignent Anne Courrèges et Serge Daël, « *c'est la vision binoculaire qui procure la perception du relief et la stéréophonie qui assure la profondeur du son* »¹. En effet, le travail du rapporteur public apparaît complémentaire de celui du rapporteur. Ainsi, « *la note, le projet et la documentation [réalisés par le rapporteur] forment (...) avec le dossier un ensemble qui comme le témoin dans la course de relais va circuler de l'un à l'autre pour que chaque intervenant puisse apporter sa plus-value en bénéficiant du travail effectué en amont* »². Autoriser le rapporteur public à profiter de la lecture de la note explicative et du projet d'arrêt³ permet de concilier efficacité et qualité de la justice. Efficacité car il bénéficie du travail réalisé en amont par le rapporteur ; qualité car il peut ainsi confronter l'opinion de ce dernier à son appréciation du contentieux ainsi qu'à celle de la formation d'instruction, porter un second regard sur l'affaire et

¹ A. Courrèges et S. Daël, *Contentieux administratif*, Paris, PUF, 4^{ème} éd., 2013, p. 259.

² A. Courrèges et S. Daël, *op. cit.*, p. 270.

³ Il convient de signaler que la pratique visant à transmettre au seul commissaire du gouvernement le projet de décision fit l'objet de vives discussions devant le pouvoir normatif au milieu du XIX^{ème} siècle au moment où étaient instituées au Conseil d'Etat la séance publique ainsi que la fonction de commissaire du gouvernement. En effet, l'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1831 (*Rec. Duvergier*, p. 71) disposait qu'à l'audience, le rapporteur « *soumettra le projet d'ordonnance proposé par le comité* ». Cet épisode de publicité du projet de décision fût bref, l'ordonnance du 12 mars 1831 (*Rec. Duvergier*, p. 58) y mit fin. Le sujet resurgit lors de l'adoption de la loi du 19 juillet 1845 (*Rec. Duvergier*, p. 342) qui entérine l'absence de publicité du projet de décision : la question « *fut à nouveau débattue, avec l'argument supplémentaire de l'infériorité des parties par rapport au commissaire du gouvernement qui, lui connaît les opinions du comité, mais avec le risque qu'avait mis en avant Cormenin d'un débat, non plus entre les parties mais entre elles-mêmes et le juge* » (Pacteau B., *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, Paris, PUF, 2003, p. 110). Si l'on pourrait se croire en train de lire une requête déposée devant la Cour de Strasbourg, il faut souligner que le problème ne se posait pas dans les mêmes termes car en 1845, le commissaire du gouvernement est en train de s'émanciper de la mission de partie défendant les intérêts de l'Etat, impartie par le préambule de l'ordonnance précitée du 12 mars 1831.

proposer une argumentation complète et fouillée sur la résolution du litige et son positionnement dans la jurisprudence.

François Marc-Antoine⁴, conseiller des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, a souhaité remettre en cause cette « *chaîne contentieuse dont chacun des maillons constitue l'un des rouages indispensables à la bonne administration de la justice* »⁵ dans sa requête déposée devant la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, il invoquait la violation de l'article 6 § 1 de la Convention par le Conseil d'Etat lors d'un recours qu'il avait porté devant cette juridiction en annulation d'un décret de nomination au grade de premier conseiller des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Le non respect du droit au procès équitable tenait, selon ce requérant, à ce que le projet de décision du conseiller rapporteur ne lui avait pas été communiqué, contrairement au rapporteur public qui en avait eu connaissance.

Cette question peut être traitée, dans le champ du droit au procès équitable, sur le fondement tant du principe du contradictoire que de celui de l'égalité des armes.

Dans le cadre de l'application du premier principe, la solution donnée par la décision *Marc-Antoine c. France*⁶ du 4 juin 2013 ne pose pas de difficulté. En effet, si le principe du contradictoire impose « *la faculté pour les parties aux procès, pénal ou civil, de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision et de la discuter* »⁷, il ne s'applique pas au projet de décision, document de travail interne à la juridiction, établi par le rapporteur dans le cadre du processus d'élaboration de la décision et par conséquent,

⁴ Qui pourrait être qualifié de requérant d'habitude : CE, 25 janv. 2006, *Marc-Antoine*, req. n° 275070, *Leb.* p. 29 ; CE, 6 oct. 2006, *Marc-Antoine*, req. n° 293315 ; CE, 8 avril 2009, *Marc-Antoine*, req. n° 297851 ; CE, 26 mai 2010, *Marc-Antoine*, req. n° 309503, *Leb.* T. p. 836 et Cour EDH, 20 avril 2010, *Marc-Antoine c. France*, req. 37377/06.

⁵ M. Guyomar et B. Seiller, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2012, n° 798.

⁶ Cour EDH, décision, 4 juin 2013, *Marc-Antoine c. France*, req. n° 54984/09.

⁷ Cour EDH, 25 juin 1997, *Van Orshoven c. Belgique*, *Rec.* 1997-III, §41.

couvert par le secret du délibéré⁸. La Cour ne s'écarte pas, en l'espèce, de la solution posée dans l'arrêt *Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France*⁹, à propos de la procédure suivie devant la Cour de cassation. Effectivement, elle y juge que l'analyse juridique, l'avis motivé et le projet d'arrêt sont « *légitimement couverts par le secret du délibéré* » et restent « *en tout état de cause confidentiels* » à l'égard des parties (§105). De plus, cette réponse rejoint celle du Conseil d'Etat qui la réitère depuis un siècle, sous des formulations différentes, de l'arrêt *Sieur Flament* du 9 mai 1913¹⁰, en passant par l'arrêt *Eyraud* du 10 février 1982¹¹ jusqu' à l'arrêt *Communauté d'agglomération de Martigues* du 21 juin 2013¹² qui reprend les termes de l'*obiter dictum* de l'arrêt *Esclatine* du 29 juillet 1998¹³.

Concernant le principe de l'égalité des armes, les juges de la Robertsau ont développé une jurisprudence rigoureuse. Il convient de revenir sur l'état de la jurisprudence avant la décision du 4 juin 2013 pour prendre conscience du virage jurisprudentiel opéré par la solution adoptée.

Le principe de l'égalité des armes requiert que « *chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* »¹⁴. Dans la

⁸ Cour EDH, décision, 4 juin 2013, *Marc-Antoine c. France*, § 31.

⁹ Cour EDH, Grande chambre (GC), 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France*, Rec. 1998-II.

¹⁰ CE, 9 mai 1913, *Sieur Flament*, Leb. p. 546 : « *ce rapport n'est pas au nombre des pièces, dont la communication aux requérants est autorisée par les lois et règlements, qui ont réglé la procédure devant le conseil d'Etat* ».

¹¹ CE, 10 fév. 1982, *Eyraud*, req. n° 27949 : « *ni les dispositions des articles R. 115 et R. 116 du Code des tribunaux administratifs, relatives à la désignation d'un rapporteur et à la présentation du rapport, ni celles de l'article R. 166 du même code, qui prévoient qu'un rapport est fait en séance publique par un membre du tribunal administratif, ni d'ailleurs aucun principe, n'obligent le tribunal à communiquer le rapport aux parties* » (selon le résumé réalisé par le Jurisclasseur, www.lexisnexis.com).

¹² CE, Sect., 21 juin 2013, *Communauté d'agglomération de Martigues*, req. n° 352427.

¹³ CE, 29 juil. 1998, *Esclatine*, Leb. p. 320 : « *il suit de là que, pas plus que la note du rapporteur ou le projet de décision, les conclusions du commissaire du gouvernement - qui peuvent d'ailleurs ne pas être écrites - n'ont à faire l'objet d'une communication préalable aux parties, lesquelles n'ont pas davantage à être invitées à y répondre* ».

¹⁴ Cour EDH, 18 fév. 1997, *Nideröst-Huber c. Suisse*, Rec. 1997-I, §23.

mesure où, selon la méthode des notions autonomes, la Cour européenne des droits de l'homme interprète largement le terme « adversaire » auquel peut être assimilé le rapporteur public, ce dernier constitue une porte d'entrée aux revendications des requérants quant à la communication dissymétrique de l'ensemble du rapport. A la veille du 4 juin 2013, la menace paraît patente au vu de la jurisprudence *Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France* qui sanctionne, sur le terrain de l'égalité des armes, la procédure similaire organisée devant la Cour de cassation. Une transposition du raisonnement à la procédure administrative ordinaire paraît alors loin d'être utopique.

En effet, dans la décision *Reinhardt et Slimane Kaïd c. France* du 31 mars 1998, la Cour de Strasbourg juge qu'« étant donné l'importance du rapport du conseiller rapporteur, principalement du second volet de celui-ci, le rôle de l'avocat général et les conséquences de l'issue de la procédure pour Mme Reinhardt et M. Slimane Kaïd, le déséquilibre ainsi créé, faute d'une communication identique du rapport aux conseils des requérants, ne s'accorde pas avec les exigences du procès équitable » (§105). Dès lors, pour rétablir l'équilibre, le projet d'arrêt, couvert par le secret du délibéré, ne doit être transmis ni aux parties, ni à l'avocat général.

Or, les éléments ayant conduit au constat de violation se retrouve dans la procédure devant les juridictions administratives à compétence générale.

Ainsi, à l'instar du conseiller rapporteur à la Cour de cassation qui rédige un rapport -se composant d'un premier volet contenant un exposé des faits, de la procédure et des moyens de cassation et d'un second, constitué d'une analyse juridique du contentieux suivie d'un avis sur le mérite du pourvoi- ainsi qu'un projet d'arrêt, le rapporteur des juridictions administratives à compétence générale réalise un projet de décision accompagné d'une note explicative qu'il communique à la formation de jugement comme au rapporteur public.

Le cœur de la question de la transposition de la jurisprudence se resserre sur la comparaison de la place de l'avocat général et du rapporteur public dans le procès. Dans l'arrêt *Reinhardt et Slimane Kaïd c. France*, les juges strasbourgeois retiennent, implicitement, l'indépendance, pratique, de l'avocat général qui « hormis éventuellement l'ordre de former un pourvoi » dans

l'intérêt de la loi », (...) *ne reçoit pas d'instruction pour l'accomplissement de ses fonctions* » (§75). Dès lors, si à la différence du rapporteur public, les magistrats du parquet constituent, en droit, un corps hiérarchisé avec le Garde des sceaux pour supérieur, en fait, rapporteur public et avocat général remplissent tous deux leurs fonctions de façon indépendante par rapport au pouvoir exécutif.

Les juges de la Roberstau mettent, ensuite, en exergue le fait que l'avocat général à la Cour de cassation qui « *n'est pas membre de la formation de jugement* » a « *pour mission de veiller à ce que la loi soit correctement appliquée lorsqu'elle est claire, et correctement interprétée lorsqu'elle est ambiguë* » et de conseiller « *les juges quant à la solution à adopter dans chaque espèce* » (§105). Ils en concluent qu'« *avec l'autorité que lui confèrent ses fonctions, [il] peut influencer leur décision dans un sens soit favorable, soit contraire à la thèse des demandeurs* » (§105). Autrement dit, « *selon la Commission* » européenne, il devient « *l'allié ou l'adversaire objectif* » (§103) de l'un d'eux. Or, à poursuivre la comparaison entre les deux juridictions, nul n'ignore l'importance du rôle que tient, quasiment depuis son origine, le commissaire du gouvernement dans le processus décisionnel. Nicolas Rainaud rappelle que « *les conclusions apparaissent donc d'une importance capitale tant d'un point de vue purement juridictionnel où elles constituent un élément substantiel de la procédure administrative, que d'un point de vue jurisprudentiel où (...) elles sont une source à part entière du Droit administratif* »¹⁵.

Face à l'épée de Damoclès ainsi mise au jour par l'arrêt *Reinhardt et Slimane-Kaïd*, une ligne de défense s'est établie, depuis 1998, afin d'éviter un nouveau bouleversement dans la mécanique bien huilée du processus décisionnel des juridictions administratives. Cependant, les arguments développés principalement sur le terrain de la démonstration de la spécificité du rapporteur public paraissaient peu solides avant que ne soit rendue la décision *Marc-Antoine*.

Dans un premier temps, était invoqué le fait que le rapporteur public n'est pas une partie à l'instance ni un véritable ministère public prenant

¹⁵ N. Rainaud, *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de Droit public Tome 181, 1996, p. 22.

des réquisitions. Très rapidement, le gouvernement, la doctrine et la juridiction administrative, prenant acte des implications du principe d'égalité des armes et de ses notions phares d'« allié ou d'adversaire objectif », a changé son fusil d'épaule en se concentrant sur la mise en valeur de l'insertion du rapporteur public dans la juridiction. En ce sens, Didier Chauvaux, dans ses conclusions sur l'arrêt *Esclatine* affirme qu'il faut restreindre le champ d'application de la jurisprudence *Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France* à la seule Cour de cassation où l'avocat général n'est pas membre de la formation de jugement, « affirmation [qui] est essentielle au raisonnement »¹⁶. L'auteur s'appuie sur le fait que, selon lui, « si le commissaire du gouvernement n'est pas membre de la formation de jugement, au sens où il ne vote pas lors du délibéré, il est membre non seulement de la juridiction, mais également de la formation qui, au sein de celle-ci, a instruit les affaires sur lesquelles il doit conclure »¹⁷. Les positions de l'avocat général et du rapporteur public seraient ainsi nettement différentes : « l'élément d'extériorité par rapport à la juridiction, qui justifie **peut-être** la solution retenue par la Cour européenne dans le cas d'autres cours suprêmes, fait donc entièrement défaut pour les commissaires du gouvernement »¹⁸. Cette ligne de défense paraît infructueuse car, à suivre le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme, une telle argumentation heurte l'indifférence du juge européen quant au statut organique du magistrat en cause. En effet, dans l'arrêt *Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France*, la Cour de Strasbourg ne s'attache pas à la position de l'avocat général, représentant du Procureur général, magistrat du parquet extérieur aux membres délibérants de la Cour de cassation. Ce qui importe, pour le juge européen, c'est moins le critère organique ou statutaire que la fonction qu'il remplit, son rôle dans le procès, le fait qu'il apparaisse comme un « allié ou un adversaire potentiel » des parties au procès. En effet, l'argumentation tirée de la particularité du rapporteur public participant à la fonction de juger en tant que membre de la juridiction et de la formation d'instruction n'a pas empêché, dans l'arrêt *Kress c. France*, que lui soit appliquée la jurisprudence *Reinhardt et Slimane Kaïd*, à savoir la sanction de la présence au délibéré de l'avocat général.

¹⁶ D. Chauvaux, Conclusions sur CE, 29 juillet 1998, *Esclatine*, D. 99, p. 85.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Idem*.

Aussi Frédéric Sudre pouvait-il, en 2002, estimer qu'« *on ne voit guère ce qui justifierait une différence de traitement entre la procédure devant la Cour de cassation et celle devant le Conseil d'Etat : l'égalité des armes, telle que l'entend le juge européen, interdit au ministère public, quel qu'il soit, de disposer d'une information privilégiée dont seraient privées les parties* »¹⁹.

Enfin, il est possible de douter de la pertinence d'un dernier élément de défense qui consiste à affirmer qu'antérieurement à l'audience, le rapporteur public ne peut être assimilé à un « allié ou à un adversaire objectif » car il n'a pas encore pris la parole pour exposer des conclusions en public. Le principe de l'égalité des armes ne lui serait alors pas applicable. Outre que l'on peut contester cette vision séparatiste et étanche du processus décisionnel, une fois encore, l'arrêt *Reinhardt et Slimane-Kaïd* semble écarter cet argument. Effectivement, les juges strasbourgeois qui sanctionnent la communication privilégiée à l'avocat général du projet de décision ne font pas le partage entre le statut du représentant du parquet en amont ou en aval de l'audience, il est considéré comme une partie objective tout au long de l'instance.

L'autre pan de la citadelle défensive française, centré sur les effets néfastes qu'un constat de violation peut avoir sur la bonne administration de la justice administrative semble plus convaincant.

Aussi, au vu de la prégnance de la jurisprudence *Reinhardt et Slimane Kaïd*, à la veille de l'épilogue *Marc-Antoine*, si seul un revirement de jurisprudence semblait pouvoir permettre de « sauver » la méthode de résolution des litiges devant les juridictions administratives à compétence générale, la voie d'un constat de violation apparaissait plus probable. Contre toute attente, la cinquième section de la Cour européenne décide, à l'unanimité, le 4 juin 2013, qu'« *en tout état de cause, la communication du projet de décision au rapporteur public n'a placé le requérant dans aucune situation de désavantage par rapport à quiconque, pas plus qu'il n'a été préjudiciable pour la*

¹⁹ F. Sudre, « L'intervention du ministère public au cours de la phase d'instruction. Les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Le ministère public et les exigences du procès équitable*, actes du colloque du 15 novembre 2002, Bruylant, 2003, p. 57.

défense de ses intérêts civils, seuls en cause en l'espèce, dans le cadre de cette procédure administrative » (§34).

Eu égard à l'autorité interprétative des décisions de Strasbourg, une transposition de la jurisprudence *Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France* aux juridictions administratives à compétence générale apparaissait inéluctable. Le rejet salvateur de la requête déposée par M. Marc-Antoine constitue, dès lors, un changement de cap, mais un changement de cap dissimulé, « *déguisé* »²⁰ sinon non assumé (II). Un tel malaise quant au positionnement de la Cour sur cette question délicate touchant le cœur du processus de fabrication des décisions devant les juridictions administratives ordinaires était déjà perceptible dans les arrêts et décisions antérieures qui semblaient jouer sur les mots pour éviter tantôt un constat de violation tantôt une réponse claire au problème de droit de la communication dissymétrique du rapport (I).

I. L'art de jouer sur les mots ou la stratégie d'évitement à l'œuvre dans les solutions antérieures

Il ne faudrait pas croire que la décision sur la recevabilité *Marc-Antoine c. France* traite d'une question inédite pour la juridiction strasbourgeoise. En effet, la problématique de la communication privilégiée des éléments du dossier du rapporteur au rapporteur public dans le cadre de la juridiction administrative française a fait l'objet d'arrêts et de décisions européennes. Néanmoins, cette jurisprudence dénote un malaise à se positionner sur ce problème de droit qui génère une levée de bouclier de la part de la doctrine organique et universitaire. Dès lors, la Cour semble se réfugier dans une stratégie d'évitement de la question, évitement que ce soit par l'utilisation des ressources offertes par la polysémie du terme « rapport » (A), par l'acceptation non explicitée du désistement (B) ou encore par le recours à l'appréciation *in globo*, noyant le moyen tiré de la communication inégale du rapport dans un examen général du respect de l'équité de la procédure (C).

²⁰ F. Matscher, « Quarante ans d'activités de la Cour européenne des droits de l'homme », *RCADI* 1997, p. 251, *spéc.* p. 274.

A. L'interprétation stricte de la formulation de la requête

Les décisions de la Cour du 21 mars 2006, *Flament c. France*²¹ et du 14 février 2008, *Association « Avenir d'Alet » c. France*²² peuvent paraître donner une solution au point litigieux étudié car elles traitent du grief tiré de l'absence de communication du rapport du conseiller rapporteur. C'est sans compter sur l'interprétation volontairement stricte de la requête adoptée par la Cour.

Dans l'affaire *Flament c. France*, si la Cour européenne met en doute l'existence de la pratique dénoncée par le requérant -à savoir la transmission du rapport du conseiller rapporteur au Commissaire du Gouvernement avant l'audience, sans le communiquer aux parties-, elle estime ne pas avoir à confirmer ou infirmer la réalité de cette pratique car le grief est irrecevable pour d'autres motifs. En effet, elle note, dans un premier temps, que « *le rapport du conseiller rapporteur devant le Conseil d'Etat ne contient qu'un « simple résumé des pièces » du dossier* ». Or, comme elle l'indique dans un second temps, le requérant détient l'ensemble des pièces du dossier. Par conséquent, « *il ne saurait dès lors soutenir valablement devant la Cour que la lecture par le commissaire du gouvernement, ou même la possession, d'un document résumant lesdites pièces puisse fournir davantage d'informations que de posséder les pièces elles-mêmes* » (§ 2). La situation de net désavantage d'une des parties, nécessaire à la reconnaissance d'une violation du principe de l'égalité des armes, fait par conséquent défaut. La Cour joue sur la polysémie du terme « rapport » puisqu'elle choisit de limiter son sens au « rapport lu à l'audience ». Une telle interprétation du terme « rapport » peut se prévaloir de la lecture du Code de justice administrative. En effet, le seul « rapport » qui y soit mentionné dans le cadre de la fonction contentieuse, outre le rapport d'expertise ou le rapport de la section du rapport et des études du Conseil d'Etat, est « *le rapport qui est fait sur chaque affaire* »²³ au début de l'audience. Dans la pratique, l'on peut distinguer le rapport *stricto sensu* -rapport lu à l'audience- du rapport *lato sensu* englobant, « *la « note », dans laquelle le*

²¹ Cour EDH, décision, 21 mars 2006, *Flament c. France*, req. n° 28584/03.

²² Cour EDH, 14 fév. 2008, *Association Avenir d'Alet c. France*, req. n° 13324/04.

²³ Art. R. 732-1 CJA.

rapporteur étudie de façon complète et approfondie les questions posées par le litige et recherche les solutions que, selon lui, elles appellent », « les « visas » qui seront placés en tête du jugement : c'est-à-dire non seulement les textes en cause, mais aussi l'analyse concise des moyens et conclusions des parties » et enfin « un « projet » : celui du jugement que, selon le rapporteur, la juridiction devrait prononcer »²⁴.

Si elle a retenu le grief comme visant le rapport *stricto sensu*, la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas sans méconnaître l'existence des autres volets du « rapport » puisqu'il en est fait état dans l'arrêt *Kress*, au § 40 qui consigne qu'« après un examen attentif des pièces du dossier, le rapporteur rédige un projet de décision », et que « ce projet est accompagné d'une note qui a pour objet d'expliquer le raisonnement qui conduit de la requête au projet ». En l'espèce, les juges ont délibérément limité le champ de leur décision au rapport lu à l'audience. Les juges de la Cour n'auraient-ils pu choisir de considérer le rapport dont fait mention le requérant comme étant le rapport *lato sensu*, c'est-à-dire étendu à la note et au projet de décision ?

Car dans l'affaire *Reinhardt et Slimane Kaïd c. France*, le terme de « rapport » recouvre également plusieurs sens évoqués successivement dans l'arrêt : l'avis motivé sur le recours (le document « dans lequel [le rapporteur] procède à une étude approfondie de l'espèce, développe les déductions juridiques tirées de l'examen des moyens proposés, fait état des recherches de doctrine et de jurisprudence que l'étude de ces moyens l'a amené à faire et indique ses conclusions » (§ 73)) ainsi que l'exposé objectif oral (« à l'audience, le conseiller rapporteur a la parole le premier. Il lit son rapport mais sans faire connaître son avis » (§ 79)).

A priori, il faudrait alors en déduire que si le requérant, dans l'affaire *Flament c. France*, avait employé le terme de « note » qui équivaut à celle de « rapport » dans le cadre de la procédure judiciaire, il aurait pu obtenir une sanction équivalente de la part de la Cour européenne. Néanmoins, au vu des appellations croisées, n'aurait-on pu attendre de la Cour qu'elle interprète le grief du requérant portant sur le « rapport » comme englobant la note et le projet d'arrêt ? Sauf à considérer que le requérant souhaitait effectivement s'en tenir à la seule contestation de la

²⁴ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008, n° 1030, p. 897.

communication du « rapport » oral, il est possible de suspecter les juges européens de s'en être tenus à la lecture littérale de la requête, peut-être à dessein, afin d'éviter soit une « énième » sanction des méthodes de travail du juge administratif français soit un revirement de jurisprudence.

Le choix des juges strasbourgeois de « jouer sur les mots » en entendant le terme « rapport » comme visant le seul exposé objectif oral, ne semble pas avoir été pris en compte par l'Association « Avenir d'Alet ». Elle invoque, dans sa requête portée devant le juge de Strasbourg le 22 mars 2004, le grief flou tiré de « *l'absence de communication du rapport du conseiller rapporteur* ». Sans surprise, la Cour rappelle « *qu'elle a déjà observé dans sa décision Flament c. France ((déc.), n° 28584/03) que le rapport du conseiller rapporteur devant le Conseil d'Etat ne contient qu'un « simple résumé des pièces » du dossier* » (CEDH, 14 fév. 2008, *Association « Avenir d'Alet » c. France*, préc., § 35) ». Dès lors, après avoir souligné qu'elle ne voit pas de raison de s'éloigner de sa jurisprudence, elle affirme que le grief est manifestement mal fondé.

De façon stratégique, dans sa requête introduite le 21 novembre 2003, l'association UFC Que Choisir de Côte d'or ajoute à l'utilisation du terme « rapport » celui de « projet d'arrêt », ce qui renouvelle potentiellement la question posée au juge européen.

B. L'acceptation silencieuse de la demande de radiation

La décision sur la recevabilité du 30 juin 2009, *UFC Que Choisir de Côte d'Or c. France*²⁵, pouvait laisser espérer un positionnement de la Cour sur la question.

Initialement, l'association requérante contestait l'absence de communication à son égard du rapport et du projet d'arrêt pourtant portés à la connaissance du commissaire du gouvernement, sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention. Cependant, par un courrier du 26 juin 2009, son avocat a informé le greffe de la Cour que sa

²⁵ Cour EDH, décision, 30 juin 2009, *UFC Que Choisir de Côte d'Or c. France*, req. n° 39699/03.

cliente souhaitait se désister de ce grief en vertu de l'article 37 § 1 de la Convention afin que la juridiction strasbourgeoise raye cette partie de la requête du rôle.

Le désistement n'est pas de droit car il convient de veiller à ce que « *l'esprit de la Convention ne soit pas abandonné aux prétextes de machinations extra-procédurales* »²⁶. En effet, l'article 37 § 1 *in fine* dispose que « *la Cour poursuit l'examen de la requête si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses protocoles l'exige* ».

Lorsque la radiation est réclamée par le requérant, « *les juges doivent alors s'assurer que ce choix n'est pas le résultat d'éventuelles pressions exercées par les autorités sur l'intéressé, ce qui pourrait constituer une méconnaissance de l'obligation conventionnelle mise à la charge des Etats de ne pas entraver l'exercice du droit de recours individuel* »²⁷. Ils doivent ensuite s'assurer que les éléments à la source du litige ont évolué de façon à justifier la fin de l'examen de la requête. Selon Marina Eudes, « *les éléments d'appréciation retenus par les organes de Strasbourg pour constater le respect effectif des droits de l'homme en cas de désistement sont finalement similaires à ceux déjà évoqués en matière de règlement amiable* »²⁸: la radiation sera plus facilement réalisée en présence d'un revirement jurisprudentiel déjà opéré par la juridiction nationale, de la présence d'autres requêtes pendantes soulevant les mêmes griefs, d'une modification des dispositions normatives litigieuses, ou encore « *d'une jurisprudence européenne bien établie par laquelle la Cour a précisé la nature et l'étendue des obligations assumées par les Hautes Parties contractantes, le cas échéant dans des affaires ayant mis en cause le même Etat* »²⁹.

En l'espèce, en l'absence de revirement jurisprudentiel ou de réforme normative sur la question précise de la communication du rapport tout

²⁶ S. Trechsel, « Article 30 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 689.

²⁷ M. Eudes, *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, A. Pedone, 2005, p. 395.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ P. Frumer, *La renonciation aux droits et libertés. La convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 92.

comme en l'absence (à l'époque de la décision sur la recevabilité *UFC Que Choisir de Côte d'Or c. France*) d'une requête posant une question similaire, fallait-il considérer que le juge strasbourgeois analysait la jurisprudence *Slimane Kaïd et Reinhardt c. France* traitant de la procédure suivie à la Cour de cassation, juridiction judiciaire, ou la jurisprudence *Martinie c. France*³⁰ sanctionnant la méthode de travail à la Cour des comptes, juridiction administrative spécialisée, comme des jurisprudences claires et pertinentes sur la question similaire que pose la communication dissymétrique du rapport devant les juridictions administratives générales ?

Là encore, les termes utilisés permettent à la Cour européenne de ne pas se prononcer explicitement sur la question. La motivation muette sur ce point n'autorise pas à connaître les raisons qui ont conduit les juges à accepter, en l'espèce, le désistement concernant l'épineuse problématique de la communication dissymétrique du rapport.

Dans le même sens, le recours à l'appréciation *in globo* dans l'arrêt *Martinie c. France* génère une incertitude sur le positionnement de la Cour face à la communication au seul rapporteur public de l'ensemble des éléments du dossier contentieux.

C. L'utilisation équivoque de l'appréciation *in globo*

Il faut ajouter à cette liste d'arrêts celui rendu par la Grande chambre le 12 avril 2006, *Martinie c. France* à l'occasion duquel la Cour européenne a été amenée à vérifier le respect de l'équité de la procédure suivie devant la Cour des comptes. Bien qu'il s'agisse d'une juridiction administrative spécialisée, elle partage certains traits procéduraux avec les juridictions administratives à compétence générale. La méthode que la Cour choisit d'adopter pour examiner les moyens du requérant rend équivoque la réponse rendue quant au sujet qui nous intéresse. En effet, « *elle entend examiner chacune des critiques formulées par le requérant et procéder ensuite à une appréciation globale de l'équité de la procédure devant la Cour des comptes* » (§ 45).

³⁰ Cour EDH, GC, 12 avril 2006, *Martinie c. France*, Rec. 2006-VI.

Se penchant sur la critique de l'information privilégiée du représentant du ministère public près la Cour des comptes, le juge de Strasbourg considère que « *la transmission du rapport du rapporteur au procureur, à l'exclusion notamment du comptable, est problématique, dès lors que ce rapport comporte un avis sur le fond, y compris la question du débet, et que, exclu de surcroît de l'audience, le comptable n'a, lui, pas la possibilité de s'exprimer sur l'avis du rapporteur (voir, par exemple, mutatis mutandis, l'arrêt Reinhardt et Slimane-Kaïd, précité)* » (§ 48).

La technique de l'appréciation globale de la procédure ne permet pas de savoir ce qui, *in fine*, a joué un rôle majeur dans la reconnaissance de la violation de l'article 6 § 1 : est-ce l'absence d'audience publique ? L'inégale communication du rapport ? L'absence de transmission du sens des conclusions du représentant du ministère public au comptable ?

Malgré ces éléments, Frédéric Rolin estime que « *l'absence de contradiction aux réquisitions du procureur général, y compris lorsqu'il n'est pas partie au litige et surtout l'inégalité dans l'accès au rapport du rapporteur, entre le procureur et le comptable, sont jugées contraires aux exigences de l'article 6 de la Convention, dans des termes très proches de ceux utilisés pour tous les autres ministères publics indépendants, spécificités de la procédure applicable devant la Cour des comptes mises à part* »³¹. Au-delà de la méthode d'analyse du respect de l'article 6 § 1 de manière globale, le caractère « problématique » de la communication inégale du rapport est brouillé par un autre élément. Effectivement la Cour accole à l'absence de communication du rapport l'absence d'audience publique ouverte au comptable, ce qui a pour conséquence, outre qu'il ne peut entendre le contenu de l'avis motivé du rapport, l'impossibilité de faire connaître son opinion sur la solution que le juge propose. Le juge de Strasbourg lie le problème de la communication du rapport en amont de l'audience au problème de la lecture par le rapporteur, avant le délibéré, de son point de vue au fond devant le procureur général. Or ce dernier élément est spécifique à la procédure

³¹ F. Rolin, « Ni revirement, ni cantonnement, ni clarification de la jurisprudence *Kress*, l'arrêt *Martinie c. France*, une occasion manquée », *AJDA* 2006, p. 991.

financière alors en vigueur et ne se retrouve pas devant la juridiction administrative à compétence générale.

Dès lors, si l'on comprend bien que la Cour européenne, par ses références expresses à la jurisprudence *Reinhardt et Slimane-Kaïd*, n'approuve pas l'inégale communication du rapport, il paraît hasardeux d'en inférer, avec assurance, une sanction à venir de la procédure administrative contentieuse générale. On rejoint la critique de Frédéric Rolin blâmant la motivation retenue par la Cour qui « *prend soin d'utiliser toutes les méthodes du « contrôle concret » pour faire échec à toute tentative d'analyse généralisante (utilisation du faisceau d'indices, de la « pesée des intérêts »)* »³². Cela participe de la « logique du flou » mise au jour par Mireille Delmas-Marty³³.

La formulation des requêtes ne pouvait pas permettre de contourner indéfiniment le problème de droit épineux de la communication asymétrique du rapport *lato sensu*. La requête de M. Marc-Antoine a endossé ce rôle d'accoucheur de la jurisprudence européenne en obligeant les juges de la Robertsau, faute de désistement, à répondre aux griefs allégués.

II. L'art de rendre discret le dédit ou la pratique du revirement dissimulé dans une décision d'irrecevabilité

La Cour européenne des droits de l'homme « *a longtemps privilégié la pratique du revirement feutré, « subreptice »* »³⁴, la décision d'irrecevabilité *Marc-Antoine c. France* en constitue, à notre sens, un exemple topique.

Bien que le résultat –le constat de l'absence de violation de l'article 6 § 1 de la Convention- réjouisse, la motivation laconique et incohérente pose

³² *Ibidem*.

³³ M. Delmas-Marty, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la logique du flou », *RDPC* 1992, p. 1031.

³⁴ K. Lucas, « La pratique contemporaine du changement de cap jurisprudentiel par la Cour européenne des droits de l'homme », in E. Carpano (dir.), « Le revirement de jurisprudence en droit européen », Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 295, *spéc.* p. 296.

question quant au fondement du revirement (B), tout comme la forme du jugement, une décision d'irrecevabilité (A), ne peut satisfaire face au virage jurisprudentiel engagé.

A. Une forme surprenante

Les décisions d'irrecevabilité peuvent être prises soit par un juge unique (art. 27 et 52A du règlement), soit par un comité de trois juges (art. 28 et 53 du règlement), soit enfin, par une chambre (art. 49 et 54 du règlement) qui joue alors le rôle d'une chambre des requêtes. Si, au vu des questions qu'elle soulève, il était attendu que la requête de M. Marc-Antoine fasse l'objet d'un examen de recevabilité par la chambre, l'on pouvait tout autant supposer qu'elle passerait ce cap afin de donner lieu à un véritable arrêt sur le fond. Tel n'a cependant pas été le cas : la requête est jugée irrecevable, le grief étant « manifestement mal fondé ».

Dans son guide pratique sur la recevabilité, la Cour explique qu'il ne faut pas entendre l'adverbe « manifestement » au sens littéral comme s'appliquant « *aux requêtes dont le caractère fantaisiste et infondé serait immédiatement évident pour tout lecteur moyen* », mais dans un sens finaliste tourné vers l'issue de l'affaire, lorsqu'une requête, « *à la suite d'un examen préliminaire de son contenu matériel, ne révèle aucune apparence de violation des droits garantis par la Convention* »³⁵. Ainsi, parmi les causes d'irrecevabilité d'une requête individuelle énoncées à l'article 35 § 3 de la Convention, le défaut manifeste de fondement fait figure de cas limite car, comme le souligne Frédéric Sudre, « *la chambre est amenée, dès le stade du contrôle de la recevabilité, à rechercher si les faits allégués révèlent prima facie une apparence de violation* » ce qui « *conduit fréquemment l'organe de contrôle à procéder en réalité à un examen assez poussé du fond de l'affaire* »³⁶.

Au vu du problème de droit épineux dont la solution était attendue tout autant que redoutée par la doctrine et la juridiction administrative, un véritable arrêt au fond de non violation paraissait nécessaire pour clore le

³⁵ CEDH, *Guide pratique sur la recevabilité*, 2011, <http://www.echr.coe.int>, p. 70.

³⁶ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 11^{ème} éd., 2012, p. 806.

débat et affirmer clairement la position retenue par la Cour. En effet, le guide pratique élaboré par la Cour retient que la démarche débouchant sur le constat d'« *absence apparente ou évidente de violation* » est adoptée, pour ce qui nous intéresse, dans deux cas. En l'espèce, aucun ne semble s'appliquer. D'une part, un grief est jugé manifestement mal fondé lorsque son appréciation ne met au jour « *aucune apparence d'arbitraire ou d'iniquité* » parce qu'il « *a été en substance examiné par les instances nationales compétentes au cours d'une procédure remplissant a priori les conditions* » posées par le droit national, de respect du contradictoire ainsi que de motivation suffisante³⁷. Or dans l'affaire *Marc-Antoine*, il est précisément question de la conformité au droit au procès équitable de la procédure suivie devant le Conseil d'Etat, sans qu'il s'agisse d'une question de droit récurrente ni d'une question appelant une réponse évidente. D'autre part, l'absence manifeste de fondement peut découler de la reconnaissance de « *questions de fond relativement simples* » : soit qu'« *il existe une jurisprudence constante et abondante* », soit « *en l'absence d'une jurisprudence abordant la question soulevée* »³⁸ que les éléments jurisprudentiels existants autorisent à conclure à l'absence de violation. Là encore, tant le « précédent » *Reinhardt et Slimane Kaïd* que la jurisprudence *Kress* semblaient conduire, sur le terrain de la communication du rapport, non pas à la délivrance d'un satisfecit à la procédure administrative contentieuse, mais bel et bien à un constat de violation.

Autant de raisons qui militaient en faveur d'une prise de position franche dans le cadre d'un arrêt de fond.

A la rigueur, la forme choisie pour exposer la solution rendue aurait pu être admise si elle avait été soutenue par une motivation solide et cohérente de l'absence de violation. Hélas, cette dernière fait défaut dans la décision *Marc-Antoine c. France*.

B. Une motivation défailante

³⁷ CEDH, *Guide pratique sur la recevabilité, préc.*, p. 73.

³⁸ CEDH, *Guide pratique sur la recevabilité, préc.*, p. 75.

La motivation confuse observable dans la décision *Marc-Antoine c. France* est d'autant moins acceptable que la Cour exige des juridictions nationales, « *selon sa jurisprudence constante reflétant un principe lié à la bonne administration de la justice, [que] les décisions judiciaires (...) indiqu[ent] de manière suffisante les motifs sur lesquels elles se fondent* »³⁹. Divers éléments participent du caractère « brouillon » de l'énoncé des raisons justifiant la décision d'irrecevabilité pour non violation de l'article 6 § 1.

Le flou provient, en premier lieu, de ce que la Cour européenne privilégie la méthode du faisceau d'indices dans la démonstration de l'absence de violation, ce qui accentue la perte de force convaincante de la justification du dispositif final.

De plus, parmi les différents éléments énoncés à l'appui de la conclusion de non violation, il est possible de déceler des arguments à la lisière du juridique sinon même d'opportunité. Ainsi en va-t-il du motif développé au § 33 concernant l'intervention de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et du Conseil national des barreaux. Les juges de la Robertsau mettent en exergue le fait que ces deux organismes représentatifs des professionnels en charge de la défense des justiciables s'opposent au grief soulevé par le requérant et se positionnent aux côtés du gouvernement pour soutenir le système actuel qu'ils estiment protecteur des intérêts des requérants devant les juridictions administratives nationales. Au-delà de l'énoncé des arguments développés par les tiers intervenants, la Cour européenne s'appuie sur le fait même que ces organismes représentatifs des avocats aient souhaité intervenir au soutien du gouvernement et non du requérant. Cela n'est pas sans rappeler la motivation de l'arrêt *Delcourt c. Belgique*. En effet, après avoir justifié juridiquement pourquoi le parquet de cassation n'est pas un adversaire effectif des parties, la Cour se réfère à un certain nombre d'éléments à la frontière du juridique tel que le fait que « *l'équité et l'opportunité de la règle (...) paraissent n'avoir jamais été discutées par le barreau et l'opinion publique belges* »⁴⁰. Un tel argument n'a que peu de poids comme le démontre l'arrêt *Kress c. France* dans lequel les juges strasbourgeois le

³⁹ Cour EDH, GC, 21 janv. 1999, *Garcia Ruiz c. Espagne*, Rec. 1999-I, § 26.

⁴⁰ Cour EDH, 17 janv. 1970, *Delcourt c. Belgique*, Rec. A-11, § 36.

balayent d'un revers de la main en relevant que « *la seule circonstance que la juridiction administrative et le commissaire du gouvernement en particulier existent depuis plus d'un siècle et fonctionnent, selon le Gouvernement, à la satisfaction de tous, ne saurait justifier un manquement aux règles actuelles du droit européen* » (§70).

Enfin et surtout, la motivation adoptée surprend par son caractère désordonné. La question de la transmission du projet de décision du conseiller rapporteur au rapporteur public doit être examinée sous l'angle de l'égalité des armes pourtant, les juges ne semblent pas appliquer le principe en première analyse. Ils donnent l'impression de ne l'utiliser qu'à la marge, dans un deuxième temps, comme l'atteste la dernière phrase du § 32 « **au surplus**, la Cour note que le requérant ne démontre pas en quoi le rapporteur public serait susceptible d'être qualifié d'adversaire ou de partie dans la procédure », paragraphe qui pourtant poursuit en reconnaissant qu'il s'agit d'une « *condition préalable pour être à même d'alléguer une rupture de l'égalité des armes* ». De la même façon, la Cour clôture l'examen du grief tiré de la transmission au seul rapporteur public en retenant au § 34 qu' « **en tout état de cause**, la communication du projet de décision au rapporteur public n'a placé le requérant dans aucune situation de désavantage par rapport à quiconque ».

En dépassant l'emploi de ces deux locutions qui semblent venir scinder le cheminement démonstratif, il est possible de rétablir la motivation démontrant, selon la Cour, le respect du principe de l'égalité des armes.

Ce principe est défini comme « *l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause (...) dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* »⁴¹. Ainsi, selon la jurisprudence européenne, quand bien même le rapporteur public ne serait pas considéré comme une partie, il pourrait revêtir, en apparence, les atours d'un adversaire ou d'un allié pour une partie à l'instance. Afin de constater le non respect du principe de l'égalité des armes, à cette première condition de qualification d'« adversaire » objectif, s'ajoute celle de la mise au jour d'un déséquilibre au détriment du requérant. En l'espèce, les juges strasbourgeois rappellent, au § 32,

⁴¹ Cour EDH, 27 oct. 1993, *Dombo Bebeer B. V. c. Pays-Bas*, Rec. A-274 ; § 33.

que la reconnaissance de la qualité d'adversaire ou de partie est une condition **préalable** à l'invocation de la violation de l'égalité des armes. Pourtant, bien qu'ils n'aboutissent pas à une telle qualification pour le rapporteur public, ils recherchent, en parallèle, l'absence de déséquilibre.

En mettant de l'ordre parmi les motifs, l'on peut recenser ceux qui participent de l'examen de chacune des deux conditions. Ainsi, lorsqu'au § 32, la Cour analyse la fonction de rapporteur public en pointant du doigt qu'il est membre du Conseil d'Etat, qu'il n'existe pas de séparation entre siège et parquet puisqu'il exerce la fonction de rapporteur public de façon temporaire ou encore qu'il réalise un examen de l'affaire comparable à celui effectué par le rapporteur, la Cour semble vouloir démontrer que l'ancien commissaire du gouvernement ne peut être qualifié de partie ou d'adversaire objectif. Elle se détermine à contre-courant de sa jurisprudence *Reinhardt et Slimane-Kaïd* et *Kress* puisque, d'une part, elle se place davantage sur un terrain statutaire et organique que fonctionnel et d'autre part, elle se démarque de la théorie des apparences. Dans le même paragraphe, le juge strasbourgeois paraît se pencher sur la condition du déséquilibre quand il admet que « *les conclusions du rapporteur public, en ce qu'elles intègrent l'analyse du conseiller rapporteur, sont de nature à permettre aux parties de percevoir les éléments décisifs du dossier et la lecture qu'en fait la juridiction* ». Autrement dit, parce que l'ancien commissaire du gouvernement s'appuie sur le projet de décision et la note explicative réalisés par le rapporteur puis retouchés après la séance collégiale d'instruction, les parties ne seraient pas placées dans une situation de désavantage puisqu'elles auraient connaissance implicitement, indirectement, de ces documents au travers du prononcé des conclusions qui s'en inspirent. Par conséquent, les conditions nécessaires à la reconnaissance d'une rupture de l'égalité des armes seraient absentes, emportant la conventionnalité de la procédure de communication du projet de décision au seul rapporteur public.

En l'état de la motivation, aucune des justifications sur les deux conditions ne convainc. En effet, la faiblesse de l'explication de l'absence de déséquilibre par une connaissance médiate du projet de décision (dont on doute qu'elle puisse constituer un degré de connaissance suffisant du

rapport *lato sensu*) s'ajoute au défaut de motivation du revirement concernant la disqualification du rapporteur public comme adversaire ou allié objectif. Les mêmes arguments -qualité de membre de la juridiction, « second rapporteur »- qui avaient amené la Cour, dans l'arrêt *Kress c. France*, à ne voir aucune raison de s'écarter de sa jurisprudence constante (l'assimilant à un allié ou un adversaire objectif de l'une des parties), semblent aujourd'hui convaincre la Cour qui estime, sans plus d'explications, que « *le requérant ne démontre pas en quoi le rapporteur public serait susceptible d'être qualifié d'adversaire ou de partie* » (§32).

Si la jurisprudence antérieurement délivrée ne lie pas strictement les juges strasbourgeois, « *l'existence de précédents constitue bien une forme de contrainte* » qui enserme le discours juridique puisque « *cette contrainte concerne essentiellement les techniques de motivation d'un arrêt* »⁴². Dès lors, la Cour européenne des droits de l'homme doit, si elle décide de ne pas suivre sa propre jurisprudence, s'en expliquer, justifier le choix de s'écarter du « précédent ». Or dans leur décision sur la recevabilité qui opère un revirement par rapport aux jurisprudences *Reinhardt et Slimane-Kaïd* et *Kress*, les juges strasbourgeois font montre d'une motivation défailante sinon absente. Plus encore, dans les paragraphes traitant de la question de la communication au seul rapporteur public du projet de décision du conseiller rapporteur, il n'est fait aucune mention expresse de ces précédents. S'agit-il d'un égarement ou d'un oubli volontaire permettant d'éviter le *distinguishing* tout comme l'explication inévitable de l'*animus mutandis* du juge quant au virage jurisprudentiel ?

Un dernier élément de motivation doit être analysé : « *la Cour est donc d'avis que cette particularité procédurale, qui permet aux justiciables de saisir la réflexion de la juridiction pendant qu'elle s'élabore et de faire connaître leurs dernières observations avant que la décision ne soit prise, ne porte pas atteinte au caractère équitable du procès* » (§32). Cette justification fondée sur l'avantage tiré du mode de fonctionnement du procès administratif ressort également de la fin du paragraphe suivant qui relève que les tiers intervenants « *estiment que [le système actuel] permet d'offrir des garanties accrues aux parties, tout en*

⁴² M. Eudes, *op. cit.*, p. 327.

permettant d'assurer une justice administrative de qualité » (§33). Ce motif expose la mise en œuvre d'une balance des intérêts entre les inconvénients susceptibles de générer une situation d'inégalité des armes, de déséquilibre, au sens de la Cour, au détriment du requérant et les avantages d'une bonne administration de la justice par le processus décisionnel mis en place.

Déjà à l'œuvre dans l'arrêt *Kress c. France*, cette méthode du bilan coût-avantage avait alors abouti à un résultat favorable pour la requérante devant la Cour. En effet, dans sa décision du 7 juin 2001, la Cour affirme que « *l'avantage pour la formation de jugement de cette assistance purement technique [du commissaire du gouvernement] est à mettre en balance avec l'intérêt supérieur du justiciable, qui doit avoir la garantie que le commissaire du gouvernement ne puisse pas, par sa présence, exercer une certaine influence sur l'issue du délibéré* » (§75). Le bénéfice pour l'administration de la justice du rôle du commissaire du gouvernement « *participant à la transparence du processus décisionnel [...] susceptible de contribuer à une meilleure acceptation de la décision par les justiciables et le public* » (§78) ne permettait pas, selon la Cour en 2001, de pallier les inconvénients qu'elle estimait générés par le déséquilibre tiré de sa présence au délibéré. Concernant la question de la transmission au seul rapporteur public du projet de décision, les juges de la Robertsau font, en 2013, contre toute attente, primer les avantages du processus décisionnel dialogique en reconnaissant la place particulière qu'y tient le rapporteur public.

La succession et l'alternance des motifs tenant tantôt au refus de qualifier le rapporteur public de partie objective, tantôt à l'absence de déséquilibre, tantôt enfin, au résultat positif du bilan coût-avantage noient les véritables raisons du revirement. Alors que la logique nécessitait d'abord d'appliquer le principe de l'égalité des armes par l'examen de ses deux conditions puis, en cas seulement de résultat contraire à l'article 6 § 1, de s'appuyer sur la théorie de la balance des intérêts comme ultime viatique, la motivation ainsi rédigée perd le lecteur.

L'on décèle que la motivation psychologique —« *qui est l'ensemble des facteurs conscients ou inconscients dont le jeu combiné détermine une conduite ou une*

conviction »- n'a pas été appuyée par une motivation juridique –« *qui est l'ensemble des raisons propres à justifier une décision* »⁴³- rigoureuse.

A cette motivation défailante s'ajoute une volonté regrettable de taire le changement de cap jurisprudentiel. Il aurait été préférable que la Cour s'engage sur le virage adopté en utilisant des formules qui lui sont désormais familières telles que, par exemple, « *le temps est venu de revoir sa jurisprudence* »⁴⁴ ou encore la Cour « *juge opportun d'adopter une nouvelle approche* »⁴⁵. La dissimulation laisse penser à un malaise de la formation strasbourgeoise sur la question, ce qui nuit à la portée de la décision et génère de multiples interrogations : des interrogations générales concernant l'utilisation à venir de la théorie des apparences par la Cour européenne des droits de l'homme qui semble, en l'espèce, avoir décidé de s'en émanciper et des interrogations plus spécifiques. Ainsi en va-t-il du sort réservé à une question connexe à celle de la communication du projet de décision au seul rapporteur public : la participation du rapporteur public à la séance collégiale d'instruction où est discuté le bien fondé de la proposition de jugement établie par le rapporteur. Si l'arrêt *Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France* ne statue pas sur la présence de l'avocat général à la conférence -séance d'instruction collégiale à la Cour de cassation-, la logique du constat de violation établi nécessitait que le représentant du parquet ne puisse plus participer à cette discussion⁴⁶ en amont de l'audience « *qui permettait au président de la chambre, au doyen et à l'avocat général de débattre des documents préparatoires élaborés par le rapporteur et de déterminer ce dont la chambre aurait besoin pour délibérer utilement* »⁴⁷. En toute logique l'on peut supposer que si, par sa décision d'irrecevabilité *Marc-*

⁴³ L. Husson, « Les trois dimensions de la motivation judiciaire », in Ch. Perelman, P. Foiriers (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 73.

⁴⁴ Cour EDH, GC, 26 oct. 2000, *Kudla c. Pologne*, Rec. 2000-XI, § 148.

⁴⁵ Cour EDH, GC, 22 déc. 2009, *Guiso-Gallisay c. Italie*, § 104.

⁴⁶ Interdiction mise en œuvre depuis le 1^{er} octobre 2001, P. Waquet, « L'intervention du ministère public au cours du délibéré. La situation à la Cour de cassation », in I. Pingel et F. Sudre (dir.), *Le ministère public et les exigences du procès équitable*, op. cit., p. 181.

⁴⁷ J.-F. Weber, « La Cour de cassation », *Etudes de La documentation française* 2010, p. 179.

Antoine, la Cour n'interdit pas la communication privilégiée au rapporteur public du projet de décision, il peut continuer de participer à la séance d'instruction en amont de l'audience au cours de laquelle le rapporteur expose la solution qu'il propose de donner au litige. Un revirement assumé aurait permis de conforter la position du rapporteur public dans ses échanges privilégiés avec le rapporteur ainsi qu'avec l'ensemble de la formation d'instruction.

Sans aller jusqu'à dire qu'il s'agit d'une victoire à la Pyrrhus, il convient de ne pas oublier l'ensemble des réformes réalisées depuis l'arrêt *Kress c. France* et générées par l'application d'une théorie des apparences assimilant le commissaire du gouvernement à un adversaire ou à un allié de l'une des parties. Si certaines réformes telles que l'inversion des prises de parole lors de l'audience entre le rapporteur public et les parties ou leurs avocats devant les juridictions inférieures (art. R. 732-1 du CJA), la reprise possible de parole après les conclusions devant le Conseil d'Etat (art. R. 733-1 du CJA) ou encore la codification de la transmission du sens des conclusions (art. R. 711-3 et R. 712-1 du CJA) ont été bénéfiques pour la rénovation de la phase orale du procès administratif, d'autres prêtent à discussion comme la suppression de la présence du rapporteur public au délibéré⁴⁸. Dès lors que la Cour revient sur sa jurisprudence faisant la part belle aux apparences en refusant de qualifier le rapporteur public de « partie objective » quand bien même il expose en public son avis sur le litige, il paraît envisageable de considérer que les conditions nécessaires à la violation du principe de l'égalité des armes ne sont, désormais, plus remplies concernant la présence du rapporteur public au délibéré. Peut-on alors envisager de revenir sur cette réforme visant, à l'époque, à l'euro-compatibilité de la procédure administrative contentieuse ?

Et que dire alors du cas de la Cour de cassation -quand elle traite des « intérêts civils »- qui a bouleversé sa procédure en fermant les portes de la conférence préparatoire à l'avocat général et en ne permettant la communication à ce dernier, à égalité avec les parties, que du rapport

⁴⁸ Simple option à la disposition des parties devant le Conseil d'Etat, art. R. 733-3 CJA.

enrichi ou objectif sur les éléments principaux de chaque dossier, à l'exclusion du second volet contenant l'analyse juridique de l'affaire par le conseiller rapporteur, son avis et son projet d'arrêt, générant « *l'interruption du dialogue avec les avocats généraux (...), facteur d'appauvrissement pour tous* »⁴⁹.

Ces observations et interrogations concernant la méthode et la portée du revirement engagé par les juges de Strasbourg ne doivent toutefois pas faire oublier l'essentiel : l'épée de Damoclès qui pesait sur la procédure suivie devant les juridictions administratives françaises est enfin levée. Le processus dialogique d'élaboration de la solution par échanges successifs entre les membres de la juridiction en charge du dossier peut poursuivre son œuvre en faveur de la délivrance d'une justice de qualité.

⁴⁹ J. Sainte-Rose, « Le parquet général de la Cour de cassation « réformé » par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : mythe ou réalité ? », *D.* 2003, p. 1443, *spéc.* p. 1445.