



HAL
open science

Douze ans après l'arrêt Kress, la reconnaissance de la spécificité du rapporteur public

Laure Laganier Milano

► **To cite this version:**

Laure Laganier Milano. Douze ans après l'arrêt Kress, la reconnaissance de la spécificité du rapporteur public. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2013. hal-02298384

HAL Id: hal-02298384

<https://hal.science/hal-02298384v1>

Submitted on 26 Sep 2019

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.

Douze ans après l'arrêt Kress, la reconnaissance de la spécificité du rapporteur public

Issu de Revue du droit public - n°5 - page 1123

Date de parution : 01/09/2013

Id : RDP2013-5-002

Réf : RDP 2013, p. 1123

Auteur :

- Par Laure Milano, Professeur à l'Université d'Avignon (IDEDH, EA 3976 ; LBNC, EA 3788)

SOMMAIRE

I. – L'ÉVOLUTION DE L'APPRÉHENSION DU RÔLE DU RAPPORTEUR PUBLIC

A. – *L'inflexion jurisprudentielle opérée par la décision Marc-Antoine*

B. – *Une inflexion jurisprudentielle aux fondements fragiles*

II. – UNE SOLUTION JUSTIFIÉE SUR LE FOND

A. – *Un contexte favorable à la solution délivrée par la Cour*

B. – *Une solution conforme aux intérêts du justiciable*

Comme toute bonne saga, celle-ci doit se conclure par un ultime rebondissement et c'est ce que vient de nous offrir la décision d'irrecevabilité *Marc-Antoine*¹ qui opère un changement de perspective quant à la compréhension du rôle du rapporteur public par le juge européen.

Rarement une jurisprudence aura fait couler autant d'encre que celle relative à feu le commissaire du gouvernement, rebaptisé depuis le décret du 7 janvier 2009, rapporteur public (art. R. 711-3, C. just. adm.). Bien que ces éléments soient connus, rappelons-nous tout de même que depuis l'arrêt *Borgers*², à partir duquel la Cour européenne a décidé de passer le ministère public aux cribles des exigences du procès équitable, et plus particulièrement à partir de l'arrêt *Reinhardt et Slimane-Kaïd*³, concernant l'avocat général près la Cour de cassation, qui constitue la première condamnation française, les membres de la juridiction administrative⁴ et la doctrine administrativiste⁵ n'ont eu de cesse de mettre en exergue les particularités de la situation du rapporteur public. En dépit de cette argumentation, et bien que la Cour européenne ait sauvé une grande partie de la procédure administrative en reconnaissant l'existence de la possibilité de prendre connaissance du sens des conclusions du rapporteur public et celle d'y répondre par une note en délibéré, l'arrêt *Kress*⁶ est venu condamner la présence du rapporteur public au délibéré. Après quelques tentatives de résistance, la procédure devant les juridictions administratives a ainsi connu une profonde évolution qui a vu la consécration de la note en délibéré, la communication aux parties du sens des conclusions et la possibilité de répliquer par de brèves observations orales à ces dernières, l'exclusion du rapporteur public du délibéré devant les tribunaux et cours administratives d'appel et s'agissant du Conseil d'État, la possibilité pour celui-ci, sauf demande contraire des parties, d'assister au délibéré sans y prendre part⁷, solution implicitement approuvée par la Cour de Strasbourg⁸.

Ce processus de rénovation et de modernisation du procès administratif est salué par la grande majorité des praticiens⁹. En revanche, unanimement, ils s'accordent sur un point, non négociable selon eux sous peine de remettre en cause le fonctionnement des juridictions administratives, la transmission du rapport du rapporteur, chargé de l'instruction, au rapporteur public et non aux parties¹⁰.

On a cru pendant un temps cette question réglée puisqu'une décision¹¹ et un arrêt de la Cour européenne¹² avaient tous deux conclu au rejet de ce grief comme manifestement mal fondé, au prix, il est vrai, d'une malencontreuse erreur d'appréciation sur la réalité du contenu du rapport, décrit dans ces deux affaires, comme « un simple résumé des pièces ».

C'était sans compter sur la ténacité du requérant François Marc-Antoine, lui-même magistrat administratif, qui, parmi d'autres griefs, est venu poser à nouveau cette question à la Cour européenne. Le dépôt de cette requête et la demande d'explication de la Cour au gouvernement français ont suscité un vif émoi. Différentes manifestations¹³ ont ainsi été organisées pour tenter d'anticiper la solution à venir du juge européen, et sans doute aussi, avouons-le, pour tenter de le convaincre qu'un constat de violation de l'article 6 §1 sur ce fondement aurait des conséquences très néfastes sur le déroulement du procès administratif et sur les justiciables.

Cette fois-ci, la Cour européenne ne pouvait plus éluder le problème puisque le requérant se plaignait de ne pas s'être vu communiquer, contrairement au rapporteur public, le projet de décision du conseiller rapporteur, et invoquait une violation des principes du contradictoire et de l'égalité des armes. Impossible dès lors de s'abriter, comme dans le passé, derrière la description du rapport comme « un simple résumé des pièces », d'où l'inquiétude provoquée par cette requête.

Douze ans après l'arrêt *Kress*, la Cour allait-elle maintenir son intransigeance passée en déniait toute spécificité au rapporteur public et en lui appliquant les principes jurisprudentiels applicables à tout ministère public ? Autrement dit, allait-on assister, pour reprendre l'expression de Serge Salma, à une « slimane-kaïdisation' du rapporteur public, c'est-à-dire à une marginalisation de cette fonction comme les arrêts Reinhardt et Slimane-Kaïd ont présidé à celle de l'avocat général près la Cour de cassation ? »¹⁴. Ou bien au contraire, la Cour allait-elle faire évoluer sa jurisprudence, comme beaucoup l'ont appelé de leurs vœux¹⁵, pour adopter une approche plus concrète et reconnaître les spécificités de la fonction du rapporteur public ?

La décision rendue ne peut, de ce point de vue, qu'emporter l'adhésion et la satisfaction de tous ceux qui avaient redouté un constat de violation des exigences du procès équitable, la Cour rejetant le grief comme mal fondé et déclarant la requête irrecevable.

Cette décision traduit ainsi une profonde évolution de l'appréhension du rôle du rapporteur public, évolution tout à fait nécessaire sur le fond.

I. – L'ÉVOLUTION DE L'APPRÉHENSION DU RÔLE DU RAPPORTEUR PUBLIC

Il est vrai que la décision *Marc-Antoine* contredit « frontalement au moins trois arrêts concordants adoptés en formation solennelle de Grande Chambre »¹⁶, les arrêts *Kress*, *Martinie*¹⁷ et *Reinhardt et Slimane-Kaïd*. Cependant selon nous, la Cour n'opère pas en l'espèce un revirement de jurisprudence (cf infra) mais un changement de paradigme qui la conduit à une inflexion jurisprudentielle. Toutefois, l'absence de justification de cette évolution jurisprudentielle fragilise les fondements juridiques de la solution et la cohérence de la jurisprudence européenne.

A. – L'inflexion jurisprudentielle opérée par la décision *Marc-Antoine*

La décision *Marc-Antoine* nous paraît procéder à une double inflexion par rapport à la jurisprudence antérieure. Toutefois, admettre cette double inflexion suppose de partir d'un postulat qui ne fait pas l'unanimité¹⁸. Sans revenir en détails sur ces questions qui ont fait l'objet d'une littérature abondante, il faut souligner qu'une partie de la doctrine¹⁹ considère en effet que la Cour européenne a eu la volonté d'appliquer des principes identiques à l'ensemble des ministères publics, entendus au sens large²⁰, et d'ainsi dessiner un régime commun à l'ensemble de ces acteurs, en dépit de leur différence fonctionnelle ou statutaire. S'agissant du rapporteur public, dans l'arrêt *Kress* (§ 69), la Cour, sans nier les spécificités du fonctionnement de la justice administrative et le caractère « *sui generis* » du rôle du rapporteur public, à l'époque commissaire du gouvernement, gomme pourtant en pratique ces différences en appliquant au rapporteur public les mêmes principes qu'à l'avocat général et en en tirant les mêmes conséquences. Cette volonté d'uniformisation est également très claire, par exemple, dans l'arrêt *Slimane-Kaïd*²¹ dans lequel la Cour place sur un pied d'égalité, l'avocat général près la chambre criminelle de la Cour de cassation française, l'avocat général près la Cour de cassation belge, le procureur général près la Cour suprême portugaise et le commissaire du gouvernement près du Conseil d'État français.

Ce régime commun repose sur « une analyse matérielle de l'intervention du ministère public »²² qui conduit à l'apparenter à une partie. Le terme, bien sûr, ne doit pas être entendu au sens du droit interne, mais désigne plutôt le juge « qui propose sa vision du litige »²³, « l'intervenant d'influence »²⁴ et s'oppose ainsi au juge qui décide.

Historiquement, la jurisprudence européenne relative au ministère public repose donc sur l'assimilation de l'avocat général et du rapporteur public à des parties, ce qui a entraîné leur soumission aux principes du contradictoire et de l'égalité des armes. Et c'est cette assimilation qui, conformément aux principes posés par la jurisprudence européenne, aurait du justifier que la Cour applique au rapporteur public la même solution que celle appliquée à

l'avocat général en sanctionnant la transmission du rapport du rapporteur au rapporteur public et non aux parties²⁵.

Or, c'est ici qu'avec l'affaire *Marc-Antoine* intervient la double inflexion de la jurisprudence européenne.

Tout d'abord, elle reconnaît la spécificité du rapporteur public, spécificité qui expliquerait donc la différence avec le traitement réservé à l'avocat général.

L'argumentation développée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Esclatine*, puis par le gouvernement dans l'arrêt *Kress* consistait à invoquer sa qualité de membre à part entière de la formation de jugement. Cet argument justifiait également que la jurisprudence *Reinhardt et Slimane-Kaïd* ne lui soit pas appliquée puisque l'avocat général, quant à lui, n'a pas le statut de juge. Dans l'arrêt *Kress*, la Cour avait estimé que cette thèse n'était pas recevable car « un juge, sauf à se déporter, ne saurait s'abstenir de voter » (§ 79), or le commissaire du gouvernement ne votait pas lors du délibéré, ceci l'avait conduit à appliquer sa jurisprudence constante relative aux ministères publics (§ 83). Alors même que le Conseil d'État n'invoque plus la qualité de juge du rapporteur public²⁶, la Cour dans la décision *Marc-Antoine* semble vouloir estomper la différence entre le rapporteur public et ses autres collègues en observant « qu'il est membre du Conseil d'État, auquel il accède selon les mêmes modalités que ses collègues siégeant dans les formations de jugement » (§ 32). Certes, elle reconnaît « les fonctions particulières qui lui sont confiées de façon temporaire », mais il est tout de même curieux que cet examen du statut du rapporteur public intervienne aujourd'hui, douze ans après l'arrêt *Kress*, comme si ce point méritait encore des éclaircissements.

Elle reconnaît également la spécificité et l'utilité de ses « fonctions particulières ». Il convient de citer la décision : « la Cour peut donc admettre 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 (...). La Cour est 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). Faut-il accorder une importance particulière aux termes choisis par la Cour ? Si oui, la formule selon laquelle la Cour « peut donc admettre » interroge le lecteur. Admettre est bien synonyme de « reconnaître », mais reconnaître quoi ? Qu'elle s'est trompée dans l'arrêt *Kress* ? Que le rapporteur public doit bénéficier d'un traitement différent des autres ministères publics, admettre qu'elle se range aux arguments du gouvernement et renonce à appliquer la jurisprudence *Reinhardt et Slimane-Kaïd* au rapporteur public ? De même la mention de la « particularité procédurale » que constituent les conclusions, renforce le sentiment que la Cour reconnaît enfin la spécificité du rôle du rapporteur public.

Deuxième inflexion, mais étroitement liée à la première, la Cour renonce à assimiler le rapporteur public à une partie et ainsi à utiliser la théorie des apparences. On ne trouve sur ce point aucune explication dans la motivation de la décision, la Cour se contente d'indiquer, avec une mauvaise foi évidente, que « le requérant ne démontre pas en quoi le rapporteur public serait susceptible d'être qualifié d'adversaire ou de partie dans la procédure, condition préalable pour être à même d'alléguer une rupture de l'égalité des armes » (§ 32). Là encore surprise car cette affirmation est en contradiction avec l'analyse menée dans l'arrêt *Kress*. Non seulement, reprenant la figure de « l'allié ou l'adversaire objectif » et se plaçant ainsi sous l'angle de l'égalité des armes, l'assimilation à une partie était reconnue dans la phase du délibéré (§§ 81 à 83), mais cette assimilation était également reconnue dans la phase antérieure à l'audience. En effet, la Cour motive le constat de non violation de l'égalité des armes, s'agissant de l'absence de communication des conclusions aux parties avant l'audience, en expliquant que ce n'est pas « la neutralité du commissaire du gouvernement vis-à-vis des parties » qui l'a amenée à cette conclusion mais « le fait que la requérante jouissait de garanties procédurales suffisantes pour contrebalancer son pouvoir » (§ 80). Ceci exprime bien l'idée d'une recherche d'égalité propre à l'égalité des armes, or l'on sait que ce principe ne s'applique qu'aux relations entre les parties.

Dès lors, si l'on transpose l'argumentation développée dans l'arrêt *Reinhardt et Slimane-Kaïd* au rapporteur public, sachant que le contenu du rapport était identique devant les deux ordres de juridiction, il faut estimer qu'au regard de l'importance du rapport du conseiller rapporteur et de l'autorité que lui confère ses fonctions, la transmission du rapport au seul rapporteur public lui permet d'influer sur la décision des juges et ainsi de créer un déséquilibre avec les parties. Pour rompre avec cette argumentation, il faut considérer, comme le fait en l'espèce la Cour, que le principe de l'égalité des armes ne s'applique pas et donc par conséquent que le rapporteur public n'est pas assimilable à une partie.

Si cette évolution jurisprudentielle est admissible sur le fond, parce que sans doute plus conforme à la réalité de la procédure administrative, encore faut-il qu'elle soit motivée et que l'on en comprenne les ressorts intellectuels et juridiques. Rien de tel dans la décision *Marc-Antoine*, ce qui fragilise les fondements de la solution adoptée.

B. – Une inflexion jurisprudentielle aux fondements fragiles

Selon la jurisprudence européenne applicable en matière de droit à un procès équitable, « les exigences de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas un droit acquis à une jurisprudence constante »²⁷, elle a toutefois également précisé que lorsqu'il existe « une jurisprudence bien établie » sur une question, le juge a « l'obligation de donner les raisons substantielles » de son revirement ou de son évolution jurisprudentielle, sauf à violer le droit pour les justiciables d'obtenir une décision suffisamment motivée²⁸.

Le juge européen peut également faire évoluer sa jurisprudence, voire opérer des revirements de jurisprudence, la Convention est en effet « un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles et des conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratiques »²⁹. Ainsi, par exemple, l'inadaptation de la jurisprudence *Pellegrin*³⁰, concernant l'applicabilité de l'article 6 § 1, matière civile, au contentieux des fonctionnaires, a justifié selon la Cour qu'elle opère un revirement sur cette question dans l'arrêt *Vilho Eskelinen*³¹. Autre exemple, la conception trop rigoureuse de l'impartialité objective, qui conduisait à un cloisonnement étanche des fonctions juridictionnelles, a été assouplie à partir de l'arrêt *Hauschildt*³² afin d'être adaptée aux réalités de l'intervention du juge.

Cette adaptation jurisprudentielle est nécessaire et garantit l'effectivité des droits garantis, toutefois dans les exemples donnés, qui sont loin d'être exhaustifs, la Cour a, implicitement ou explicitement, justifié les raisons de ces évolutions et a explicité les nouveaux critères d'interprétation qu'elle appliquait.

Or, sur la question du rapporteur public, la jurisprudence a trop souvent été teintée d'ambiguïté. Qu'on se souvienne déjà dans l'arrêt *Kress*, l'étonnement d'une partie des spécialistes de la procédure administrative d'apprendre qu'il existait devant les juridictions administratives, la possibilité pour les parties d'obtenir le sens des conclusions et d'y répondre par une note en délibéré³³. Affirmation qui n'avait eu manifestement que pour objectif de sauver une partie de la procédure devant le Conseil d'État³⁴. Puis, alors que l'on connaît les difficultés qu'a soulevé l'exécution de l'arrêt *Kress* sur la question de la présence du commissaire du gouvernement au délibéré, et que le mécanisme mis en place par le décret du 1^{er} août 2006 pouvait susciter de sérieux doutes dans la mesure où l'exclusion du rapporteur public du délibéré repose sur la demande des parties, c'est par une simple décision d'irrecevabilité et de manière très implicite que la Cour est venue reconnaître la conventionnalité de ce mécanisme³⁵.

Sur la question de la transmission du rapport du rapporteur, l'ambiguïté atteint cependant son paroxysme. Tout d'abord, la Cour n'aborde pas la question dans l'arrêt *Kress*. Certes, le grief n'avait pas été soulevé par la requérante mais au regard de la condamnation dans l'arrêt *Slimane-Kaïd* de l'information privilégiée de l'avocat général, la question était dans tous les esprits et aurait pu être soulevée d'office par la Cour qui n'en fit rien. La question est, pour la première fois, directement posée à la Cour en 2006, elle y répond par une décision d'irrecevabilité³⁶ en estimant que le rapport n'étant qu'un « simple résumé des pièces », les justiciables ne sauraient se plaindre de sa non-communication qui ne crée aucune situation de net désavantage. Cette position est confirmée, par le même raisonnement, dans un arrêt qui estime, une fois de plus, le grief mal fondé³⁷. En 2009, la question est à nouveau posée à la Cour, puis cette question précise est étrangement radiée³⁸.

Il semble donc évident que la Cour a tout fait pour éluder ce débat délicat et lorsqu'elle a répondu à ce grief dans la décision *Flament* et l'arrêt *Association Avenir d'Allet*, c'est pour estimer que le rapport était « un simple résumé des pièces » alors que chacun sait que ce n'est pas le cas³⁹. La requête *Marc-Antoine* ne permettait plus à la Cour de se dérober puisque le requérant invoquait précisément la non-transmission du projet de décision. Toutefois, non seulement la Cour répète ici son analyse erronée en rappelant sa jurisprudence *Flament* et *Association Avenir d'Allet* (§ 28), mais pire, elle persiste et signe en indiquant au paragraphe suivant que « le requérant critique en l'espèce la communication au seul rapporteur public non pas de ce rapport qui ne contient qu'un simple résumé des pièces du dossier, mais du projet de décision du conseiller rapporteur » (§ 30) alors même que le projet de décision est inclus dans le rapport.

Tout ceci traduit donc un malaise autour de cette question.

Plus grave, pour répondre au grief du requérant, la Cour procède, comme nous l'avons vu, à de sérieuses inflexions jurisprudentielles, certains diront même revirement⁴⁰, sans apporter aucune justification ou motivation. Qui plus est, elle se prononce par une simple décision d'irrecevabilité là où l'on aurait attendu un arrêt de chambre concluant à la non-violation. Oui, malaise il y a, c'est une évidence.

Tout ceci fragilise bien sûr la solution retenue, d'autant que cette décision vient rompre l'unité de régime des ministères publics et clairement, désormais, réserver un traitement différent au rapporteur public par rapport à l'avocat général. Ceci n'est pas problématique en soi, à condition que l'on comprenne cette dichotomie et qu'ainsi

la jurisprudence conserve sa cohérence.

Cette fragilisation est d'autant plus regrettable que la solution retenue et l'évolution de la position de la Cour dans la décision *Marc-Antoine* sont justifiées.

II. – UNE SOLUTION JUSTIFIÉE SUR LE FOND

L'absence de transposition de la solution de l'arrêt *Slimane-Kaïd* au rapporteur public, concernant la transmission du rapport du rapporteur, était souhaitée et souhaitable. Cette jurisprudence, dénoncée par beaucoup dès l'origine⁴¹, a eu des conséquences très néfastes pour l'avocat général mais également pour les justiciables. La solution dégagée par la décision *Marc-Antoine* apparaît, de ce point de vue, conforme aux intérêts du justiciable et sauvegarde ainsi un modèle de justice administrative qui fonctionne. Toutefois, selon nous, cette solution s'inscrit avant tout dans un contexte de conventionnalisation qui a présidé à l'évolution à laquelle se livre la Cour et qui permet de l'expliquer.

A. – Un contexte favorable à la solution délivrée par la Cour

Cette décision s'inscrit, en effet, dans un « processus de conventionnalisation »⁴² du rapporteur public, entamé depuis plusieurs années déjà, et qui justifie la solution retenue.

À la suite de la condamnation de la France dans l'arrêt *Kress*, un mouvement de réforme très positif a été entrepris auprès, et à l'initiative, des juridictions administratives. Ainsi, au fil des décrets adoptés depuis 2006, ont notamment été reconnus et codifiés la possibilité de connaître le sens des conclusions du rapporteur public (art. 712-1, C. just. adm.) et d'y répondre par une note en délibéré (art. 731-3, C. just. adm.). Une innovation, pourtant non impliquée par les exigences européennes, permet également aujourd'hui aux parties de présenter de brèves observations orales à la suite des conclusions du rapporteur public (art. 733-1, C. just. adm.).

Ces modifications procédurales expliquent, selon nous, la conclusion de la Cour selon laquelle la non-transmission du rapport du rapporteur aux parties ne « porte pas atteinte au caractère équitable du procès » (§ 32). En effet, au paragraphe 32 de la décision, elle 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, leur offrant ainsi l'opportunité d'y répondre avant que les juges n'aient statué », elle poursuit en estimant que « cette particularité procédurale » 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 » (souligné par nous).

Ainsi, les conclusions du rapporteur public s'appuient sur le rapport et le projet de décision du rapporteur, qu'il suive son analyse ou, au contraire, qu'il s'en départisse quoi qu'il en soit les conclusions sont le reflet du processus d'élaboration de la décision. La possibilité reconnue aux parties de connaître le sens des conclusions, bien que la question se pose aujourd'hui de savoir ce que ce terme recouvre exactement et du degré de renseignement à fournir aux parties, de répliquer par écrit par le biais de la note en délibéré, mais surtout la possibilité désormais ouverte de présenter de brèves observations orales après les conclusions, tout ceci permet aux parties de prendre connaissance et d'éventuellement répliquer indirectement au rapport du rapporteur, les conclusions constituant « l'interface » entre d'une part, le rapporteur, la formation de jugement et d'autre part, les parties⁴³.

Ces modifications procédurales permettent dès lors de garantir l'égalité des armes et le contradictoire. Dans ces conditions, la Cour peut conclure que d'une part, conformément à la solution retenue dans l'arrêt *Slimane-Kaïd* (§ 105), le projet de décision du conseiller rapporteur est « un élément établi au sein de la juridiction dans le cadre du processus d'élaboration de la décision finale », « ce document de travail interne à la formation de jugement, couvert par le secret, ne saurait être soumis au principe du contradictoire » (§ 31); d'autre part que, « la communication du projet au rapporteur public n'a placé le requérant dans aucune situation de désavantage (...) » (§ 34).

Comprise en ce sens, la décision *Marc-Antoine* vient achever la conventionnalisation du rapporteur public et de la procédure administrative française en prenant acte des modifications intervenues depuis l'arrêt *Kress*, comme si la Cour venait accorder un *satisfecit* global aux réformes menées depuis plusieurs années et qui ont conduit à renforcer l'interactivité entre les parties et la formation de jugement.

C'est la raison pour laquelle nous n'analysons pas la décision *Marc-Antoine* comme un revirement de jurisprudence mais comme une évolution jurisprudentielle.

Si la décision adoptée contredit les arrêts *Slimane-Kaïd* et *Kress*, cela se justifie par le changement de circonstances intervenu depuis ces arrêts dans la procédure administrative et qui modifie la situation du

rapporteur public. Ses conclusions, certes, ne sont pas neutres et peuvent influencer la décision des juges, toutefois les parties peuvent aujourd'hui répliquer à ces conclusions par écrit puis oralement après qu'elles aient été prononcées, dès lors il n'est plus utile de faire jouer la théorie des apparences. Même si l'on devait considérer que le rapporteur public emprunte toujours à la figure de l'allié ou de l'adversaire objectif, le fait que les parties prennent connaissance du rapport à travers les conclusions et qu'elles puissent faire valoir leurs arguments après le prononcé de celles-ci permet de rétablir l'équilibre entre le rapporteur public et les parties et également d'assurer le respect du contradictoire.

À ce titre, il faut souligner que depuis l'arrêt *Slimane-Kaïd*, la Cour a fait le choix d'analyser le grief de non-transmission du rapport du rapporteur aux parties, sous l'angle de l'égalité des armes et non du contradictoire. Ceci tient « au remède à apporter à la violation », le contradictoire, qui suppose d'être informé et de discuter l'information, s'avère inefficace puisque les parties ne peuvent accéder aux travaux préparatoires du rapporteur couverts par le secret du délibéré⁴⁴, analyse reprise dans la décision *Marc-Antoine*. Dès lors rétablir l'équité procédurale suppose de mettre les parties sur un pied d'égalité avec « le ministère public » en ne communiquant rien aux deux, choix qui a eu pour conséquence de marginaliser l'avocat général près la Cour de cassation (cf. *infra*).

Or, la possibilité de présenter de brèves observations orales après les conclusions du rapporteur public permet de dépasser ce grave inconvénient en conservant l'information complète du rapporteur public, qui a accès à l'intégralité du rapport, tout en assurant le contradictoire.

On peut cependant objecter que l'intervention des parties se limitant à de « brèves observations », le contradictoire, s'il s'applique, ne revêt qu'un caractère limité. Cette limite ne vaut toutefois que devant le Conseil d'État, or devant celui-ci, le savoir-faire et l'expérience des avocats aux Conseils, seuls autorisés à intervenir, permet sans doute, en pratique, dans la majorité des cas de surmonter cet obstacle. En revanche, devant les tribunaux et cours administratives d'appel, à la suite d'une expérimentation, depuis généralisée, l'ordre de parole a été purement et simplement inversé, le rapporteur public délivrant ses conclusions et les parties intervenants après (art. 732-1 C. just. adm.). Dans ce cas, il ne s'agit donc plus de « brèves » observations mais « d'observations ».

La décision *Marc-Antoine* en accordant un brevet de conventionnalité à la transmission du rapport du rapporteur au seul rapporteur public met ainsi un point final à l'évolution du rapporteur public, et si l'on peut regretter que la Cour n'ait pas été plus explicite sur les motivations de sa décision, il faut en revanche saluer une solution conforme aux intérêts du justiciable.

B. – Une solution conforme aux intérêts du justiciable

Dès l'origine la jurisprudence européenne sur le ministère public a fait l'objet de vives critiques de la part des membres de la Cour européenne elle-même⁴⁵. La question précise de la transmission du rapport du rapporteur et la condamnation de la France sur ce point ont également été critiquées, la Cour étant accusée de faire preuve d'un formalisme excessif⁴⁶.

Les conséquences tirées par la Cour de cassation de l'arrêt *Reinhardt et Slimane-Kaïd* n'ont fait qu'alimenter ces critiques.

Depuis le 1^{er} janvier 2002, l'avocat général ne participe plus à la conférence préparatoire des audiences et ne reçoit plus communication de l'intégralité du rapport du conseiller rapporteur. Il reçoit, comme les parties, un rapport dit « enrichi » contenant l'exposé des faits, de la procédure, l'analyse des moyens invoqués par les parties, des textes, de la jurisprudence et de la doctrine ; en revanche, l'avis du rapporteur sur la décision à adopter et le projet d'arrêt ne sont communiqués ni à l'avocat général, ni aux parties. Cette pratique a été jugée conforme aux exigences du procès équitable par la Cour⁴⁷, même si les modalités concrètes de mise en œuvre ont encore récemment été condamnées⁴⁸.

Il n'y a pas de réel bilan objectif sur cette pratique et les avantages et inconvénients qui ont pu en être retirés par les justiciables. Vivement critiquée, cette réforme a bien sûr été très mal vécue par les avocats généraux près la Cour de cassation. Jerry Sainte-Rose⁴⁹ dénonçait ainsi, après un an d'application, « un bilan totalement négatif » y compris pour le justiciable, l'avocat général n'étant plus en mesure de conclure sur toutes les affaires et ne pouvant plus consacrer le même temps que naguère aux pourvois formés sans l'assistance d'un conseil.

De même, Maître Spinosi⁵⁰, avocat aux Conseils, estime qu'avec cette réforme « les avocats généraux se sont retrouvés complètement démunis » et qu'elle leur a fait perdre leur rôle d'interface entre les parties et la juridiction. Il porte ainsi un jugement sévère sur « la décision *Slimane-Kaïd* et les solutions radicales choisies par la Cour de cassation [qui] ont abouti à la mise à l'écart de l'avocat général au sein de la Cour de cassation » et conclut plus loin que si cette solution devait être transposée au rapporteur public, ce serait « une perte pour la justice

administrative » et « c'est le justiciable qui pâtira le plus de cette perte, car c'est lui qui se trouvera privé du bon fonctionnement de la justice administrative ».

On l'aura compris, les praticiens ont milité en faveur de la non-transposition de la jurisprudence *Slimane-Kaïd* au rapporteur public, invoquant même la disparition programmée des rapporteurs publics en première instance et en appel dans une telle hypothèse, le rapporteur public ne disposant plus alors des moyens matériels de remplir ses fonctions⁵¹.

Cet avis convergent des praticiens a même poussé l'Ordre des avocats aux Conseils et le Conseil national des barreaux français à intervenir dans le débat devant la Cour européenne, pour défendre le modèle de justice administrative existant. Il est vrai que l'ode au travail du rapporteur public à laquelle se livre en particulier l'Ordre des avocats aux Conseils dans sa tierce intervention, qui se réclame également du soutien de quelques ONG très actives (Ligue des droits de l'homme et du citoyen, GISTI, CIMADE, France nature environnement) « toutes peu suspectes de complaisance envers les juridictions » comme le note l'Ordre, est étonnante.

La Cour européenne trouve donc ici des alliés de poids, et assez inattendus, en faveur de sa thèse et ne manque pas de s'y référer en soulignant que « souhaitant le maintien du système actuel et dénonçant les conséquences négatives que sa disparition entraînerait, ils estiment qu'il permet d'offrir des garanties accrues aux parties, tout en permettant d'assurer une justice administrative de qualité » (§ 33).

Dans ces conditions, il est vrai, que toute autre solution de la Cour aurait semblé constituer une véritable déclaration de guerre.

Une dernière question se pose, la solution de la décision *Marc-Antoine* est-elle transposable à l'avocat général ? À notre avis, une réponse négative s'impose dans la mesure où la solution rendue est contingente des réformes entreprises par les juridictions administratives, réformes qui ont conduit à renforcer les droits des parties. Ceci ouvre toutefois des perspectives nouvelles puisque l'on voit qu'il existait des alternatives à l'exécution qui a été faite par la Cour de cassation de l'arrêt *Slimane-Kaïd* et il est peut-être possible d'envisager que ce soit l'avocat général qui s'aligne demain sur le rapporteur public.

¹ - (1) CEDH, déc., 4 juin 2013, *Marc-Antoine c/France*, n° 54984/09 ; JCPG 2013, n° 778, actu. L. Milano.

² - (2) CEDH, 30 oct. 1991, *Borgers c/Belgique*, A.124-B ; GACEDH n° 30.

³ - (3) CEDH, 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaïd c/France*, n° 23043/93 ; JCPG 1999, II 10074, note S. Soler.

⁴ - (4) CE, 29 juill. 1998, *Esclatine* ; D. 1999, p. 85 *Concl.* D. Chauvaux ; AJDA, 1999, p. 69, note F. Rolin.

⁵ - (5) Par ex. R. Abraham et J.-C. Bonichot, « Le commissaire du gouvernement dans la juridiction administrative et la Convention EDH », JCPG 1998, I 176.

⁶ - (6) CEDH, GC, 7 juin 2001, *Kress c/France*, n° 39595/98.

⁷ - (7) P. Idoux, « Vers un redéploiement de la contradiction en droit administratif français », AJDA, 2009, p. 637. Pour une vision d'ensemble, voy. *Dossiers « Le nouveau procès administratif »*, AJDA 2011, pp.596 et ss et « Les mutations de la justice administrative », AJDA, 2012, pp.1193 et ss.

⁸ - (8) CEDH, déc., 15 déc. 2009, *Étienne c/France*, n° 11396/08 ; F. Sudre, JCPG 2010, *chron.* n° 70.

⁹ - (9) Voy. par ex. les interventions des magistrats de l'ordre administratif, notamment J. Morri, lors de la conférence « Vers une nouvelle remise en cause du rapporteur public devant la CEDH ? », RDP 2012, pp.1491-1521.

¹⁰ - (10) Voy les interventions lors de la conférence précitée ; A. Bonnet, « La nouvelle partition (à écrire) du commissaire du gouvernement », AJDA 2003, p. 323 ; D. Boulard, « La place du rapporteur public », AJDA 2011, p. 601.

¹¹ - (11) CEDH, déc., 21 mars 2006, *Flament c/France*, n° 28584/03.

¹² - (12) CEDH, 14 fév. 2008, *Association Avenir d'Alet*, n° 13324/04 ; *Droit admin.* 2008, *comm.* F. Melleray, n° 59.

¹³ - (13) Sous l'impulsion de Serge Slama a ainsi été organisée une « Journée de réflexion des blogs juridiques sur le rapporteur public », parmi les contributions R. Letteron, « Le rapporteur public ou le Palais-Royal assiégé » in *LLC* ; G. Koubi, « Le rapporteur public prend note et donne sens » in *DroitcritIC* ; L. Milano, « L'euro-compatibilité du rapporteur public une nouvelle fois en question » in *RDLF*. Puis le 28 juin 2012 a eu lieu une conférence-débat organisée par F. Rolin et S. Slama, « Vers une nouvelle remise en cause du rapporteur public devant la CEDH ? », préc.

¹⁴ - (14) S. Slama, « Vers une nouvelle remise en cause du rapporteur public devant la CEDH ? », préc., p. 1491.

¹⁵ - (15) Voy. notre contribution au débat, « L'euro-compatibilité du rapporteur public une nouvelle fois en question » in *RDLF*.

¹⁶ - (16) N. Hervieu, « Le rapporteur public français finalement sauvé des eaux européennes », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés »* du CREDOF, 13 juin 2013.

¹⁷ - (17) CEDH, G.C, 12 avr. 2006, *Martinie c/France*, n° 58675/00.

¹⁸ - (18) En particulier auprès des membres de la juridiction administrative, voy. M. Guyomar *in* « Vers une nouvelle remise en cause du rapporteur public devant la CEDH ? », préc., p. 1513.

¹⁹ - (19) F. Sudre, « Les exigences de la CEDH », *in* I. Pingel, F. Sudre (Dir.), *Le ministère public et les exigences du procès équitable*, Bruylant, 2003, p. 39 et s. ; F. Rolin, Note sous l'arrêt CEDH, 7 juin 2001, *Kress c/France*, AJDA 2001, p. 675 et s. ; Voy. notre thèse, *Le droit à un tribunal au sens de la CEDH*, Dalloz, 2006, p. 531 et s.

- 20 - (20) Voy. *Le ministère public et les exigences du procès équitable*, préc.
- 21 - (21) CEDH, 27 nov. 2003, Slimane-Kaïd 2 c/ France, n° 48943/99, § 20.
- 22 - (22) F. Sudre, préc.
- 23 - (23) S. Soler, Note sous l'arrêt CEDH, 21 mars 1998, Reinhardt et Slimane-Kaïd c/ France, JCP G 1999, II 10074; M.-A. Frison-Roche, *Généralités sur le principe du contradictoire (droit processuel)*, Paris II, 1988, Ronéo, p. 70.
- 24 - (24) F. Sudre, préc.
- 25 - (25) Sur la similitude de ce point de vue de la situation de l'avocat général et du rapporteur public, voy. notre étude « L'euro-compatibilité du rapporteur public une nouvelle fois en question », préc.
- 26 - (26) En ce sens CE, 30 déc. 2009, Eyraud, n° 320346.
- 27 - (27) CEDH, 18 déc. 2008, Unedic c/ France, n° 20153/04; JCP G 2009, doct. 143 F. Sudre.
- 28 - (28) CEDH, 14 janv. 2010, Atanasovski c/ L'ex-République yougoslave de Macédoine, n° 36815/03.
- 29 - (29) Par ex. CEDH, Kress, préc., § 70.
- 30 - (30) CEDH, 8 déc. 1999, Pellegrin c/ France, 28541/95.
- 31 - (31) CEDH, GC, 19 avr. 2007, Vilho Eskelinen c/ Finlande, n° 63235/00; GACEDH n° 23.
- 32 - (32) CEDH, 24 mai 1989, Hauschildt c/ Danemark, A.154.
- 33 - (33) Voy. par ex. la note de F. Rolin sous l'arrêt Kress, préc.
- 34 - (34) J.-L. Autin, F. Sudre, « Juridiquement fragile, stratégiquement correct », RFDA 2001, p. 1 000.
- 35 - (35) CEDH, déc., Y. Étienne c/ France, n° 11396/08; Note S. El Boudouhi, AJDA 2009, p. 2468.
- 36 - (36) CEDH, déc., Flament c/ France, préc.
- 37 - (37) CEDH, Ass. Avenir d'Alet, préc.
- 38 - (38) CEDH, 30 juin 2009, Union fédérale des consommateurs « Que choisir » de Côte-d'Or c/ France, n° 39699/03.
- 39 - (39) Voy. suite à l'arrêt CEDH, Assoc. Avenir d'Alet, le commentaire de F. Melleray, Droit admin. 2008, com. n° 59. Voy. notre étude sur ce point « L'euro-compatibilité du rapporteur public une nouvelle fois en question », préc.
- 40 - (40) En ce sens N. Hervieu, préc.
- 41 - (41) Voy. les opinions dissidentes jointes l'arrêt.
- 42 - (42) Voy. P. Idoux, « Vers un redéploiement de la contradiction en droit administratif français », préc.
- 43 - (43) En ce sens M. Guyomar, RDP 2012, préc., p. 1498; N. Hervieu, préc.
- 44 - (44) Voy. l'analyse de F. Sudre, « Les exigences de la CEDH », préc.
- 45 - (45) Voy. notamment l'opinion dissidente commune à sept juges jointe à l'arrêt Cour EDH, Kress, *op. cit.*
- 46 - (46) Voy. les opinions dissidentes du juge Thomassen jointes aux arrêts Cour EDH, 8/07/2003, Fontaine et Bertin c/ France, n° 38410/97, et Cour EDH, 14 octobre 2003, Lilly France, n° 53892/00.
- 47 - (47) CEDH, 2 nov. 2004, Fabre c/ France, n° 69225/01.
- 48 - (48) CEDH, 22 mai 2008, Rémy Garnier c/ France, n° 38984/04; Cour EDH, 11 juin 2009, Laudette c/ France, n° 19/05.
- 49 - (49) J. Sainte-Rose, « Le parquet général de la Cour de cassation 'réformé' par la jurisprudence de la Cour EDH : mythe ou réalité? », D. 2003, p. 1443.
- 50 - (50) Intervention lors de la conférence « Vers une nouvelle remise en cause du rapporteur public devant la CEDH? », RDP, préc.
- 51 - (51) J. Morri, *ibid.*