

Marc Gjidara
Professeur émérite de l'Université
Panthéon-Assas (Paris-2)

LE PROCÈS ÉQUITABLE SELON LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET DANS LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ÉTAT

UDK: 341.176 (4)

Izvorni znanstveni rad

primljeno: 1.11.2011.

Državni savjet, nakon dugo opiranja, uskladio se s pravnom praksom suda u Strasbourgu. Danas, postupak pred Državnim savjetom se temelji na odredbama članka 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. U skladu s navedenim, važno je naglasiti da upravni sudac igra, ili treba igrati, bitnu ulogu u važnim područjima: zaštite temeljnih ljudskih prava i javnog interesa, a s time je blisko povezana i primjena prava iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Razni aspekti prava na pravično suđenje, predmet su analize u nastavku ovog teksta. Ponekad je veoma teško razlučiti različite aspekte, pošto su oni veoma često tijesno povezani.

Ključne riječi: *Europski sud za ljudska prava, Državni savjet, jurisprudencija*

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme signée à Rome le 4 mai 1950, est entrée en vigueur en 1974 à l'égard de la France, qui a accepté en 1981 le droit de recours individuel. Cette Convention est présentée selon la Cour de Strasbourg, comme un « instrument constitutionnel de l'ordre européen »¹. De son côté, la Cour de Luxembourg qualifie les traités communautaires de « Charte constitutionnelle d'une Communauté de droit »². En droit international public en général, toute juridiction étatique peut-être amenée à tenir compte de l'existence et des décisions d'une juridiction étrangère. Mais dans le cadre du Conseil de l'Europe et de l'Union Européenne, les Cours de Strasbourg et de Luxembourg occupent une place à part, car elles se fondent sur des traités dont l'effet vis-à-vis des droits nationaux est particulièrement étendu. Les dispositions de ces traités, non seulement priment le droit interne, mais surtout elles sont directement applicables par le juge national, devant qui elles peuvent aussi être invoquées par tout intéressé.

Dans les deux systèmes européens, il y a à la fois coïncidence entre la soumission à la règle de droit et obligation de tenir compte des décisions des juridictions européennes chargées de veiller à son application. Leur compétence

¹ CEDH, 18 janvier 1978, Irlande c/Royaume Uni ; également 23 mars 1995, Loizidou c/Turquie.

² CJCE, 14 décembre 1991, Avis 1/91.

est obligatoire et elle s'exerce à l'égard des juridictions nationales comme de « l'ensemble des organes de l'Etat »³.

L'Union toujours plus étroite en Europe, a donc pour principal fondement un droit qui pousse à une intégration croissante, conférant aux individus des droits directement invocables devant les juges nationaux, aussi bien à l'encontre des personnes privées que des personnes publiques.

Toutefois, les deux systèmes reposent sur des conceptions différentes. D'un côté c'est une logique de coopération qui est en œuvre sous l'égide de la Cour de Luxembourg, alors que l'autre côté la Cour de Strasbourg applique une logique de contrôle. Mais dans les deux cas la place occupée par la jurisprudence est considérable.

Le droit administratif français doit donc intégrer à la fois le droit élaboré par la Cour de Strasbourg qualifié de droit conventionnel, et le droit communautaire développé par la Cour de Luxembourg.

S'agissant de la Cour de Strasbourg, étant donné qu'il n'y a pas de possibilité de renvoi préjudiciel, l'harmonisation peut se révéler plus délicate et les points de friction ne sont pas exceptionnels : l'exemple le plus significatif concerne les précisions apportées par la Cour à la notion de « procès équitable ». Le contrôle exercé par elle sur les actes du juge national est particulièrement sensible, lorsque le problème qui est posé se rapporte à la violation de l'article 6-1 de la Convention dans ses divers éléments. Ce texte, qui peut parfois être combiné avec article 13 relatif au droit à un recours effectif, dispose que « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement ... ».

Ce sont certainement ces dispositions spécifiques relatives aux procédures juridictionnelles, qui pèsent le plus lourdement sur le droit du contentieux administratif. Dans l'application qu'elle fait du « droit à un procès équitable », qui résume les dispositions de l'article 6-1, la Cour de Strasbourg se comporte « sinon comme un degré supplémentaire de juridiction, du moins comme un organe de contrôle des décisions du juge interne, et en accueillant (une requête), si elle estime devoir le faire, elle inflige à ce dernier un désaveu »⁴.

Selon la Cour, le droit à un « procès équitable » n'est que la traduction processuelle du principe de prééminence du droit figurant dans le Préambule de la Convention⁵,

³ R. ABRAHAM, « La France devant les juridictions européennes », in POUVOIRS, N° 96/2001, p. 145. Ce numéro de la Revue concerne « Les Cours européennes : Luxembourg et Strasbourg ». Voir également dans le même numéro, O.DORS « Systèmes juridiques nationaux et Cours européennes : de l'affrontement à la complémentarité », pp. 5 et s., ainsi que Ph. MANIN, « Les effets des juridictions européennes sur les juridictions françaises », pp. 51 et s.

⁴ R. ABRAHAM, op. cit., p. 148.

⁵ CEDH, 26 septembre 1977, Sunday Times.

et à ce titre il s'insère « parmi les principes fondamentaux de toute démocratie »⁶. Ainsi promu au rang de « norme de référence d'une société démocratique »⁷, l'article 6 est devenu la disposition dont la violation est le plus souvent alléguée. Toutefois, « la formule utilisée par l'article 6-1...qui est loin d'être parfaitement claire (et qui n'est pas absolument identique en français et en anglais) ... a suscité d'abondants commentaires et des développements jurisprudentiels complexes »⁸.

Si les dispositions de la Convention sont en principe d'application directe (self executing), le Conseil d'Etat a cependant posé une condition pour ce genre de norme : la règle doit être suffisamment précise et non conditionnelle⁹. Comme tout autre texte similaire, la Convention est donc interprétée et appliquée tant par la Cour de Strasbourg que par les juridictions nationales, et notamment par le Conseil d'Etat qui préserve sa liberté d'interprétation. De son côté, la Cour interprète « indépendamment des qualifications nationales »¹⁰. Qui plus est, elle a largement usé de la méthode d'interprétation finaliste ou « téléologique » à propos de l'article 6, estimant en outre que ses arrêts ont vocation non seulement à trancher les cas dont elle est saisie après épuisement des recours internes, mais encore à clarifier et développer les normes de la Convention. C'est cette jurisprudence de la Cour qui « irrigue chaque jour davantage les ordres juridiques nationaux »¹¹.

Pour sa part, la France n'a pas échappé aux condamnations de la Cour pour violation notamment des articles emblématiques imposant à la fois « le droit à un procès équitable » (art. 6-1) et le « droit à un recours effectif » (art. 13). S'agissant de la France en matière administrative, c'est le Conseil d'Etat qui est tout spécialement chargé de vérifier l'absence d'atteintes excessives aux droits conventionnellement protégés, de la part de la puissance publique. C'est surtout dans la décennie commencée en l'an 2000, que s'est accélérée l'évolution de la jurisprudence relative au procès équitable au sens de l'article 6, parfois combiné avec l'article 13 traitant du recours effectif. Durant cette période, la France a été au cœur d'un contentieux important devant la Cour de Strasbourg¹².

⁶ CEDH, 21 février 1975, *Goldec c/Royaume Uni*.

⁷ S. GUINCHARD, « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ? », in *Mélanges Farjat*, 1999, p. 139. Egalement, J.P. PRALUS-DUPUY, « L'application de l'article 6 de la CEDH aux contentieux disciplinaires : état des lieux », in *Revue Française de Droit Administratif (RFDA)*, 2/2008, p. 317.

⁸ J. DUTHEIL de la ROCHERE, « Droit au juge, accès à la justice européenne », in *POUVOIRS*, N° 96/2001 (précité), p. 126 : l'auteur précise par ailleurs, que « la formule est manifestement empruntée à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ... élaboré dans le cadre de la Commission des droits de l'Homme de l'O.N.U. ». Voir également L.E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, éd. Economica.

⁹ C.E., 23 avril 1997, *GISTI*.

¹⁰ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, éd. Montchrestien, 12^e ed., p. 131.

¹¹ M. GUYOMAR, « Le dialogue des jurisprudences entre le Conseil d'Etat et la Cour de Strasbourg : appropriation, anticipation, émancipation », in *Mélanges J.P. COSTA*, Dalloz, 2011, p. 312.

¹² Se reporter à J. MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif*, Montchrestien, 11^e ed, 2009, p. 92. L'auteur rappelle, que chaque année, près de 3000 requêtes sont introduites, et que le nombre des requêtes transmises aux autorités françaises est d'environ 200, après déclaration d'irrecevabilité dans 80 à

Compte tenu des ambiguïtés qui ont pu affecter l'article 6 relatif au procès équitable, tant en ce qui concerne son champ d'application (I) que son contenu (II), il convient de confronter les interprétations qu'en ont données la Cour de Strasbourg et le Conseil d'Etat, avant de voir quelles sont les conditions d'un dialogue fructueux (III) entre le juge européen et le juge national.

I - LE CHAMP D'APPLICATION DE LA NOTION DE PROCÈS ÉQUITABLE AU SENS DE L'ARTICLE 6 DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME

L'article 6-1 qui a pour finalité l'équité du procès, se rattache à un idéal de justice, à l'idée de « bonne justice », ou encore de « bonne administration de la justice ». Par conséquent et pour la Cour de Strasbourg, une applicabilité restrictive ne correspondrait pas au but et à l'objet de ce texte.

§ 1. Les interprétations maximalistes de la Cour de Strasbourg et l'élaboration de concepts autonomes

L'article 6-1 s'applique naturellement aux situations dans lesquelles l'élément de droit privé occupe une place déterminante. Mais s'agissant du caractère civil d'un droit ou d'une obligation, et des contestations auxquelles cela peut donner lieu, la Cour a très tôt considéré que leur caractère privé doit être apprécié indépendamment de la nature de la mesure litigieuse, de la qualité des parties, du droit applicable, et de l'ordre juridictionnel compétent pour en connaître¹³.

Par conséquent un droit est réputé présenter un caractère civil, quel que soit, selon les Etats, l'ordre juridictionnel habilité à statuer et quelle que soit la nature (civile, commerciale, ou administrative) de la règle au regard de laquelle la contestation doit être tranchée. En d'autres termes et s'agissant de la France, le simple fait qu'une question relève du droit public n'exclut pas nécessairement le recours à l'article 6-1. La conception autonome que la Cour a adoptée du « caractère civil » de l'obligation ou de la contestation concernées, peut compliquer et même perturber à des degrés divers les droits nationaux. Ce qui est « administratif » selon le droit interne doit donc être considéré parfois comme ayant un caractère « civil ». Il en va de même pour le volet pénal de l'article 6-1, que la Cour interprète aussi de manière autonome. C'est ainsi par exemple, que des contentieux « disciplinaires » selon le droit national peuvent être considérés comme relevant

90 % des cas. Depuis 1986 et jusqu'en 2008, la France a été condamnée plus de 500 fois pour violation de la Convention ou de ses Protocoles, ce qui équivaut à une cinquantaine de condamnations par an. Celles-ci concernent principalement deux domaines : la durée et les modalités de la procédure contentieuse. Cela a représenté les deux tiers du contentieux français, le dernier tiers concernant divers autres domaines. Les réformes réalisées entre 2005 et 2009 en matière de contentieux administratif doivent conduire à une diminution de ce type d'affaires.

¹³ Depuis l'arrêt CEDH, 16 juillet 1971, Ringeisen c/Autriche. Egalement par la suite, CEDH, 23 juin 1981, Le Compte et 26 septembre 1995, Diennet, Actualité Juridique de Droit Administratif (AJDA), 1996, p. 378, avec les observations de J.F. FLAUSS.

de la notion « d'accusation pénale », en raison de la nature de l'infraction et de la gravité de la sanction encourue¹⁴. Or en droit français, bien qu'étant l'expression d'une répression, les procédures disciplinaires ne relèvent pas forcément de la matière pénale. Beaucoup d'entre elles sont rattachables à la matière civile, et il arrive – rarement il est vrai – qu'elles ne soient concernées ni par le volet civil ni par le volet pénal de l'article 6¹⁵. Ce qui appartient au contentieux administratif selon le droit national est donc remis en question par les concepts autonomes développés par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, du fait de la conception également extensive du « civil » et du « pénal » adoptée par elle.

Ce sont cependant ces concepts autonomes qui permettent d'obtenir une application uniforme de la Convention, en donnant aux exigences de l'article 6-1 le plus large champ d'application possible. Mais encore faut-il que ces concepts autonomes concernant des prescriptions procédurales soient acceptées par les juridictions nationales. Au-delà de ces constats, il a aussi été observé, que « la Cour tend de plus en plus à inclure aussi pleinement que possible, la responsabilité de la puissance publique dans le champ d'application de l'article 6-1, sans distinction selon que le préjudice est la conséquence de faits matériels ou de décisions administratives »¹⁶.

§ 2. Les positions évolutives du Conseil d'Etat : des divergences aux ralliements

Si actuellement le Conseil d'Etat est en concordance avec les grandes lignes dégagées par la Cour de Strasbourg, et si la jurisprudence administrative a fini par intégrer les vues du juge européen sur le procès équitable, cela s'est fait au prix d'une extension notable du champ d'application de l'article 6-1 en matière de contentieux administratif¹⁷.

C'est pour éviter des ruptures brutales avec le droit national traditionnel que le Conseil d'Etat a voulu user d'un large pouvoir d'interprétation des arrêts de la Cour de Strasbourg. Mais dès lors que la jurisprudence européenne s'est clarifiée et stabilisée, la juridiction administrative ne pouvait que se rallier à la conception extensive du champ d'application de l'article 6-1.

A. Le ralliement à la conception extensive des volets « civil » et « pénal ».

Le juge administratif français, qui exerce une certaine compétence répressive - par exemple à l'égard des auteurs de contraventions de grande voirie et d'atteintes au domaine public – a facilement admis qu'une juridiction ou une autorité publique statuent en matière pénale au sens de l'article 6-1 de la Convention, dès lors qu'elles prononcent des mesures présentant le caractère de « punitions » telles

¹⁴ CEDH, 8 juin 1976, Engel c/ Pays Bas.

¹⁵ J. PRALUS-DUPUY, op. cit., p. 317.

¹⁶ R. CHAPUS, op. cit., p. 133.

¹⁷ Voir M. GUYOMAR, op. cit., p. 522, R. CHAPUS, op. cit., p. 145.

que des sanctions pécuniaires¹⁸. Mais il en va autrement si le juge administratif est appelé à statuer uniquement sur l'action en réparation des dommages causés¹⁹.

En matière civile, où la Cour se livre à une interprétation finaliste, celle-ci considère que la prééminence du droit implique l'accès au juge et que pour éviter le déni de justice chacun a droit à ce qu'un tribunal puisse connaître de toute contestation relative à ses droits et obligations²⁰. C'est ainsi que pour la Cour de Strasbourg, le contentieux de la fonction publique étatique ou locale entre dans la catégorie des contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil. Cela concerne en particulier les litiges dans lesquels un droit pécuniaire est en cause à titre principal²¹. De même « le contentieux notamment disciplinaire des agents publics doit satisfaire aux exigences procédurales de l'article 6-1 »²². Mais, adoptant cette fois un critère fonctionnel d'applicabilité du volet civil de l'article 6-1, la Cour de Strasbourg tient compte de la nature de la fonction exercée pour introduire une exception concernant les agents « dont l'emploi est caractéristique de l'administration publique (ou) qui participent directement ou indirectement à l'exercice de la puissance publique et (de) fonctions visant à sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques²³.

Le Conseil d'Etat a tiré les conséquences de cette jurisprudence, tant en ce qui concerne le champ d'application de l'article 6-1 qu'en ce qui concerne les exceptions, et il a adopté les raisonnements de la Cour de Strasbourg notamment à propos des enseignants et de certains personnels hospitaliers (C.E., 23 février 2000, M. L'Hermitte), et s'agissant des magistrats (C.E., 18 octobre 2000 Terrail et 12 décembre 2007, Sibaud). En ce domaine, la position du Conseil d'Etat est bien calée sur celle de la Cour de Strasbourg²⁴. Il a également jugé que la Convention et notamment son article 6-1 sont en principe invocables devant le juge administratif national, et au titre du volet civil, par les collectivités territoriales contre l'Etat²⁵.

¹⁸ Par exemple, celles dont peuvent disposer certaines Autorités Administratives Indépendantes (C.E., 4 avril 1998, GIE Addo Futures) ou celles appliquées par les juridictions financières (C.E., 26 novembre 1998, SARL Deltana et Perrin ; 30 octobre 1998, Lorenzi). Il en va même des pénalités fiscales ayant un caractère de sanction.

¹⁹ C.E., Section, Avis du 23 avril 1997, Préfet de la Manche.

²⁰ Depuis l'arrêt Golder du 21 février 1975.

²¹ CEDH, 17 mars 1997, Neigel c/France et 19 février 1998, Hubert c/France.

²² R. CHAPUS, op. cit., p. 134.

²³ CEDH, 8 décembre 1999, Pellegrin c/France (l'agent occupant un tel emploi ne peut se prévaloir de l'article 6-1 à propos du délai raisonnable). Par ailleurs, cet arrêt réalise un revirement de la CEDH, qui rejoint la jurisprudence de la Cour de Luxembourg en abandonnant la distinction selon laquelle les litiges de la fonction publique ont ou n'ont pas un caractère « purement (ou essentiellement) patrimonial ». Dans un autre arrêt CEDH, 15 avril 2003, Jarlan c/France, à propos d'un litige relatif à un concours, l'article 6-1 est jugé invocable par les agents publics territoriaux n'exerçant pas de « responsabilités importantes, telles que la participation au processus décisionnel ». R. CHAPUS, op. cit., p. 134.

²⁴ CEDH, 19 avril 2007, Vilho Eskelinen et autres c/Finlande.

²⁵ Mais pas dans les litiges relatifs à la répartition de ressources financières publiques entre personnes publiques : C.E., Section, 29 janvier 2003, Ville d'Annecy et Commune de Champagne sur Seine (2 arrêts). Les collectivités territoriales sont donc considérées comme des « justiciables », mais leur qualité de personne morale de droit public en fait des « justiciables » quelque peu différents. Sur ce point, C.E.,

La matière financière et fiscale est également comprise dans le volet civil de l'article 6-1, entraînant son invocabilité, alors même qu'il s'agit du noyau dur des prérogatives de la puissance publique²⁶. En ce domaine le Conseil d'Etat a été amené à se rétracter, notamment en ce qui concerne le contentieux du contrôle des comptes publics. Il a ainsi admis que le jugement des comptes se rapporte à des contestations relatives à des droits et obligations de caractère civil, dans son arrêt du 30 décembre 2003, Beausoleil, confirmé par la suite²⁷.

Enfin, il y a concordance en ce qui concerne les secteurs exclus du champ d'application de l'article 6-1. Le contentieux est jugé ni « civil » ni « pénal » lorsqu'il concerne les contestations en matière de nationalité²⁸, d'opérations électorales²⁹, ou de mesures de police administrative³⁰ y compris celles prises à l'égard des étrangers³¹.

B. Le ralliement à LA notion extensive de tribunal

Parmi les notions qui déterminent le champ d'application de l'article 6-1, la notion de tribunal a conduit le Conseil d'Etat à des renversements de jurisprudence remarquables. Pour lui, le droit au procès équitable ne s'applique qu'aux procédures devant un tribunal, à l'exclusion des procédures non juridictionnelles. Etant donné que seul un organisme juridictionnel méritait d'être reconnu comme un tribunal au sens de l'article 6, celui-ci ne pouvait pas être utilement invoqué à l'encontre de décisions (y compris des sanctions) émanant d'autorités non juridictionnelles, telles que les autorités disciplinaires collégiales³². Tout au plus était-il admis que dans certains cas et sous certaines conditions, l'article 6-1 pouvait s'appliquer dès la phase administrative de la procédure et dans la mesure où une sanction devrait être considérée comme une accusation en matière pénale au sens du même article³³. Mais le Conseil d'Etat sanctionnait le non-respect des exigences du procès

17 juillet 2009, Ville de Brest et note de S.GIVERNAUD « Le droit des personnes publiques à un délai raisonnable de jugement », in R.F.D.A 2/2010, p. 408.

²⁶ CEDH, 12 juillet 2001, Ferrazzini c/Italie.

²⁷ C.E., 27 juillet 2005, Weygand et Bernardin. Dans sa décision Beausoleil de 2003, le Conseil d'Etat a admis l'applicabilité de l'article 6-1 dans sa branche civile à l'ensemble de la procédure de gestion de fait devant le juge des comptes, alors que jusque là il en limitait l'application, dans son volet pénal, au stade du prononcé de l'amende pour gestion de fait. Voir. M. GUYOMAR, op. cit., p. 315. Quant au contentieux fiscal, il est dans le champ d'application de l'article 6-1 dès lors qu'il présente une coloration pénale.

²⁸ C.E., 7 juillet 1995, M. Baye (refus de naturalisation).

²⁹ C.E., 8 janvier 1997, Tapie (décret mettant fin à un mandat de parlementaire européen) ; 16 décembre 1994, Falicon (arrêtés préfectoraux prononçant la démission d'office d'élus locaux).

³⁰ C.E., 2 décembre 1992, Mme Parouty.

³¹ CEDH, 5 octobre 2000, Maonia c/France.

³² C.E., Section, Avis, 31 mars, Ministre du budget c/SARL Auto Industrie Méric. Cela concernait déjà les sanctions fiscales, puis les sanctions prononcées par l'ex-Conseil du marché à terme, l'ex-Commission de la Concurrence, l'ex-Conseil des Bourses de valeur, le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, les Fédérations sportives, la Commission bancaire.

³³ C.E., Ass., 3 décembre 1999, Didier.

équitable à propos de litiges relevant de juridictions de l'aide sociale³⁴. De même à propos des juridictions universitaires prononçant des sanctions susceptibles de priver les intéressés de l'accès à certaines professions et portant atteinte à un droit de caractère civil³⁵.

Parfois, certaines divergences ont été plus difficiles à surmonter. C'est le cas de l'applicabilité de l'article 6-1 aux procédures ordinaires. Le Conseil d'Etat a longtemps exclu cette catégorie de litiges du champ d'application de l'article 6-1³⁶, avant d'opérer un revirement après plusieurs arrêts de la Cour de Strasbourg statuant en sens contraire³⁷. Désormais, il a été jugé que les prescriptions de l'article 6 s'appliquent aux diverses autorités (notamment disciplinaires) collégiales non juridictionnelles, à moins que leurs décisions soient susceptibles d'un recours de pleine juridiction devant un tribunal doté d'un régime procédural respectant les exigences du procès équitable³⁸. Le régime procédural de l'organisme en question doit évidemment répondre aux dispositions du droit national qui rejoignent les exigences de la Convention, comme par exemple les principes généraux du droit concernant les droits de la défense et la règle d'impartialité³⁹.

Le revirement opéré en 1999 par l'arrêt Didier rendu par le Conseil d'Etat est fondé sur le fait que « eu égard à sa nature, à sa composition et à ses attributions », un organisme administratif peut être considéré comme un tribunal au sens de l'article 6-1⁴⁰. Cette jurisprudence s'applique notamment aux Autorités Administratives indépendantes, qui représentent une forme nouvelle d'autolimitation de l'Etat, et qui ont conduit à s'interroger sur les possibles atteintes aux libertés individuelles, étant donné leur multiplication et leur diversité. Il s'agit en effet dans leur cas

³⁴ C.E., Section, 29 juillet 1994, Département de l'Indre (défaut d'audience publique).

³⁵ C.E., 3 novembre 1999 et 7 juin 2000, Zurmely (défaut d'audience publique) : R. CHAPUS, op. cit., p. 146, saluait le « refoulement, en matière administrative, de cet anachronisme représenté par le principe, applicable à nombre de juridictions administratives spécialisées, de la non publicité des audiences ».

³⁶ Depuis l'arrêt du C.E., Section, 27 octobre 1978, Debout, confirmé par C.E., Assemblée, 11 juillet 1984, Subrini ; également C.E., Assemblée, 2 juillet 1993, Milhaud.

³⁷ CEDH, 29 juin 1981, Le Compte et 24 Février 1994, Bendenoun. Dans l'arrêt CEDH, 26 septembre 1995, Diennet c/France, et à propos des ordres professionnels, il a été jugé qu'un juge de cassation statuant en matière disciplinaire ne constitue pas un tribunal de pleine juridiction et ne satisfait donc pas au droit à un tribunal, car il n'a pas le pouvoir d'apprécier la proportionnalité de la sanction par rapport à la faute.

³⁸ C.E., Assemblée, 3 décembre 1999, Didier. L'ouverture d'un recours de pleine juridiction contre les sanctions, devant le Conseil d'Etat, dont la procédure intègre les dispositions de l'article 6, dispense le Conseil des Marchés Financiers de l'obligation d'y satisfaire.

³⁹ CEDH, 27 août 2002, Didier c/France et 3 décembre 1999, Caisse de Crédit Municipal de Baintresboeuf (la présence du rapporteur au délibéré ne contrevient pas au principe).

⁴⁰ Cette jurisprudence a été confirmée de manière explicite à propos de la Commission bancaire (C.E., Section, 20 octobre 2000, Société Habib Bank Ltd), de la Commission de Contrôle des Assurances (C.E., 28 octobre 2002, Laurent). Mais le Conseil Supérieur de la Magistrature, dans la mesure où il n'émet qu'un Avis, n'est pas une juridiction ni un tribunal au sens de l'article 6-1 (C.E., 18 octobre 2000, Terrail) : de même, lorsque la Commission des Opérations de Bourse prend une mesure qui n'a pas le caractère de sanction, elle ne statue pas en qualité de tribunal (C.E., 22 juin 2001, Société Athis) ; également, lorsque le Conseil de l'Ordre des médecins se prononce en matière d'inscription au tableau, il ne statue pas en qualité de tribunal ou de juridiction (C.E., 11 juin 2000, Lefebvre) ; mais une autorité administrative peut-être regardée comme un tribunal au sens de l'article 6-1 quand elle inflige une sanction (C.E., 11 juin 2003, E.D.F. et Société Nationale d'électricité). Voir. R. CHAPUS, op. cit., p. 138.

d'une nouvelle manière d'administrer et de contrôler, mais aussi parfois de sanctionner. Les Hautes juridictions nationales, tant judiciaire qu'administrative, ont donc dû se prononcer à leur sujet sur l'applicabilité de l'article 6-1 et sur le respect des exigences du procès équitable. Certes ces Autorités Administratives Indépendantes ne sont pas en principe des juridictions au regard du droit interne, et il en résulte que les dispositions de l'article 6-1 ne sont pas applicables à leurs procédures. Cependant certaines d'entre elles ont le pouvoir d'infliger des sanctions, et cela les conduit à se prononcer sur le bien fondé d'une accusation en matière pénale. Néanmoins, le Conseil d'Etat a d'abord jugé que les autorités de régulation ne sont pas des tribunaux⁴¹ et qu'à ce titre leurs procédures sont hors du champ d'application de l'article 6-1. Or, presque simultanément la Cour de Cassation a jugé au contraire que les Autorités Administratives Indépendantes, bien qu'elles ne soient pas des juridictions, doivent respecter les exigences de l'article 6-1 en ce qui concerne l'impartialité et l'égalité des armes⁴². Avec l'arrêt Didier précité, intervenu très vite après, le Conseil d'Etat abandonne sa position initiale⁴³, se rallie à la jurisprudence inchangée de la Cour de Strasbourg, qui assimile le contentieux des sanctions administratives (comme pour les pénalités fiscales et financières) à des accusations en matière pénale, dès lors que la sanction revêt une coloration pénale et présente le caractère d'une punition, même si elle émane d'Autorités Administratives Indépendantes et quand bien même celles-ci seraient placées sous le contrôle du juge⁴⁴. Pour la Cour de Strasbourg, les phases antérieures à la procédure de jugement ne peuvent donc rester hors du champ d'application de l'article 6-1, à partir du moment où un organisme non juridictionnel doit être considéré comme un tribunal, dans la mesure où il est susceptible de prononcer des sanctions dans l'exercice d'un pouvoir de décision qui doit être assorti des garanties adéquates (indépendance et impartialité)⁴⁵.

Enfin, s'agissant du champ d'application de l'article 6-1, il convient de noter qu'il régit les cas où un tribunal « statue sur des contestations », c'est-à-dire leur apporte une solution. Par conséquent certaines décisions, bien qu'émanant de juridictions, se situent en marge de l'article 6-1, compte tenu de leur nature. Ainsi, la procédure d'urgence ne conduit pas à rendre une décision au fond, seule susceptible de rentrer dans le champ de l'article 6-1. De même, le caractère provisoire d'une mesure fait obstacle à son application. Sur ce point, il y a concordance des jurisprudences du Conseil d'Etat et de la Cour de Strasbourg⁴⁶.

⁴¹ C.E., 4 mai 1998, Wargny.

⁴² C. Cass, Assemblée plénière, 5 janvier 1999, Oury (à propos de la Commission des Opérations de Bourse).

⁴³ A propos du Conseil des Marchés Financiers, estimant qu'est en cause « le bien fondé d'une accusation en matière pénale ».

⁴⁴ CEDH, 24 février 1994, Bendenoun (précité) ; 12 juillet 2001, Ferrazzini c/Italie (précité) ; 23 septembre 1998, Malige c/France.

⁴⁵ Voir sur cette question, P. IDOUX, «Autorités Administratives Indépendantes et garanties procédurales», R.F.D.A., 5/2010, pp. 920 et s. Également, J. MORAND-DEVILLER, op. cit., pp. 88 et s.

⁴⁶ Pour les mesures provisoires prises sur des procédures de référé ou de sursis à exécution : C.E., 20 mars 2000, Département des Hauts de Seine ; également, C.E., Section, 28 février 2001, Casanovas. Dans

II- LE CONTENU DE LA NOTION DE PROCÈS ÉQUITABLE

L'article 6-1 a notablement influencé la procédure juridictionnelle de tous les Etats parties à la Convention. En France, le dualisme juridictionnel a conduit à apprécier différemment les exigences européennes, selon que l'on se place du point de vue du juge judiciaire ou du juge administratif. Un certain « malaise » a donc pu s'installer entre les Cours nationales et la Cour Européenne s'agissant du procès équitable au sens de l'article 6-1.

Le droit à un procès équitable tel que la Cour de Strasbourg le conçoit de manière extensive, se présente comme la combinaison de plusieurs droits particuliers : le droit au juge ou l'accès à un tribunal, le droit à un jugement présentant les garanties inscrites à l'article 6-1 et largement interprétées, et le droit à l'exécution du jugement. Les prescriptions qui doivent en particulier être satisfaites, imposent que le litige soit réglé par un tribunal établi par la loi et qui doit être indépendant et impartial, que la procédure soit elle-même équitable et présente notamment un caractère contradictoire, que les audiences soient en principe publiques, et que la durée de l'instance soit raisonnable.

§ 1. Le droit au juge et le recours effectif

Le droit à un procès équitable tel qu'il est garanti par les stipulations de l'article 6-1, implique d'abord l'accès au juge. En droit administratif français, le droit au juge a été érigé très tôt en principe général du droit. Le Conseil d'Etat dans son arrêt du 17 février 1950, Dame Lamotte, a ainsi reconnu que le droit d'exercer un recours pour excès de pouvoir, existe même sans texte.

En tant que tel « l'accès à la justice ne figure pas de façon tout à fait explicite comme un droit dans la Convention européenne »⁴⁷. Néanmoins, compte-tenu de l'importance que présente le droit à un procès équitable dans toute société démocratique, le droit d'accès aux tribunaux en est un élément essentiel, qui en outre doit être concret et effectif et non pas simplement théorique. La Cour de Strasbourg dans son arrêt du 1^{er} mars 2002, Kutić c/Croatie, a estimé que le droit au juge implique le droit de voir sa requête définitivement tranchée. S'agissant de la France et dans son arrêt du 13 février 2003, Mme Chevrol, elle a assimilé à l'absence d'accès au juge une pratique selon laquelle le juge est incompetent pour se prononcer sur certaines questions de fait ou de droit déterminantes pour la résolution d'un litige⁴⁸. Le recours effectif implique donc l'obligation de juger, ce qui interdit que la décision du juge soit influencée par l'avis trop pesant des autorités administratives (CEDH, 24 novembre 2004, Beaumartin c/France).

le même sens : CEDH, 28 juin 2001 Mme Maillard Bous c/Portugal.

⁴⁷ J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, op. cit., p. 125.

⁴⁸ C.E., Ass., 9 avril 1999, Chevrol : s'agissant du renvoi par le juge administratif au ministre des affaires étrangères pour l'interprétation d'un traité international et pour l'appréciation du respect de la clause de réciprocité. Dans l'arrêt de la CEDH du 24 novembre 1994, Beaumartin c/France, il était déjà fait grief au Conseil d'Etat de ne pas exercer les pouvoirs d'un tribunal indépendant, en renvoyant au ministre une question d'interprétation d'un traité.

La Cour de Strasbourg ajoute à cela, que le tribunal doit détenir une compétence de « pleine juridiction », afin de donner à son intervention la plus grande efficacité possible. Autrement dit, il doit pouvoir se prononcer sur l'ensemble des questions de fait et de droit posées dans le litige et éventuellement réformer la mesure contestée, notamment en « matière pénale » au sens de l'article 6-1, ou s'agissant de sanctions présentant une nette coloration pénale⁴⁹.

On peut observer que si le recours effectif est inscrit à l'article 13 de la Convention, il est assez largement absorbé par l'article 6-1⁵⁰. Par ailleurs, le recours effectif doit être entendu comme un recours capable d'aboutir à un résultat favorable pour son auteur, ce qui signifie que le droit à un tribunal implique l'exécution du jugement rendu. Ce droit serait en effet illusoire, si l'ordre juridique national permettait qu'une décision de justice soit inexécutée⁵¹. A cet égard, le juge doit pouvoir parer aux risques d'abus en matière de validations législatives susceptibles de réduire à néant les décisions de justice. Il doit donc écarter les dispositions d'une loi méconnaissant la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur les validations.

En ce qui concerne le Conseil d'Etat, toute l'évolution de sa jurisprudence, notamment depuis une dizaine d'années, a tendu à restreindre de plus en plus le domaine des actes insusceptibles de recours devant un juge. Cette évolution a été particulièrement nette à l'égard des actes politiques⁵², ainsi que des mesures d'ordre intérieur. Le cas des mesures d'ordre intérieur est particulièrement symptomatique. Dans ce domaine, le Conseil d'Etat a tenu compte préventivement de l'interprétation de la Convention par la Cour de Strasbourg. S'agissant du contentieux pénitentiaire, il n'a pas attendu d'être contredit pour faire évoluer sa jurisprudence, en s'inspirant directement de la jurisprudence européenne⁵³. Cette influence s'est aussi exercée sur le contentieux de la responsabilité de l'Etat en matière pénitentiaire⁵⁴.

⁴⁹ CEDH, 23 octobre 1995, *Gradinger c/Autriche*, également 18 février 1997, *Mauer c/Autriche*.

⁵⁰ R. CHAPUS, op. cit., p. 128.

⁵¹ CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c/Grèce* ; également, 28 juillet 1999, *Immobiliare Saffi c/Italie*.

⁵² Mais en ce qui concerne les actes de gouvernement au sens français du terme relatifs aux relations internationales et au respect des engagements diplomatiques de la France, les jurisprudences du Conseil d'Etat et de la Cour de Strasbourg sont concordantes. A titre d'exemple : C.E., 5 juillet 2000, *Megret et Mekhantar* ainsi que CEDH, 14 décembre 2006, *Markovic c/Italie* : ces deux arrêts concernent les interventions militaires de l'OTAN en Serbie à propos du Kosovo.

⁵³ La position restrictive du juge administratif français illustrée par l'arrêt d'Assemblée du 17 février 1995, *Marie* et confirmée par sa décision du 28 février 1996, *Fauqueux*, a été abandonnée avec l'arrêt du 30 juillet 2003, *Ministère de la Justice c/M. Remli* (admettant le recours pour excès de pouvoir contre une mesure de placement à l'isolement). Le Conseil d'Etat a anticipé la condamnation pour violation du droit au recours effectif découlant de l'arrêt de la CEDH du 4 juillet 2006, *Ramirez Sanchez c/France*. La condamnation de la France ne fait donc que confirmer l'abandon librement décidé par le Conseil d'Etat de sa jurisprudence antérieure en matière pénitentiaire. Sa jurisprudence relative à la recevabilité des requêtes contre les mesures d'ordre intérieur a été fixée par l'arrêt de principe du C.E., rendu le 14 décembre 2007, *Planchenault et Ministre de la Justice c/Boussouar*. Mais la France a encore été condamnée récemment pour défaut de recours effectif contre les conditions de détention (C.E.D.H., 20 janvier 2011, *Payet c/France* intervenant après C.E., Ass., 14 décembre 2007, *Payet et T.A.*, 11 juin 2010, *Payet*).

⁵⁴ Désormais, la faute simple suffit au lieu de la faute manifeste et d'une particulière gravité ou de la

Les stipulations de l'article 6-1 impliquent également d'autres exigences découlant du droit à une bonne justice. Parmi elles figurent plusieurs règles garantissant le bon déroulement de l'instance, qu'il convient d'évoquer, et qui ont pu aussi donner lieu à des divergences concernant le procès administratif, suivies d'ajustements plus ou moins laborieux.

§ 2. Le droit à un tribunal indépendant et impartial

La réception des exigences du procès équitable, notamment en ce qui concerne l'impartialité objective et concrète du juge administratif, est acquise en France, soit par application directe de l'article 6-1, soit plus anciennement par application des principes généraux du droit⁵⁵. La juridiction administrative française, forte d'une expérience deux fois séculaire, pouvait d'ailleurs revendiquer « une jurisprudence pionnière en matière de défense des droits fondamentaux »⁵⁶.

Cela explique que le Conseil d'Etat a pu manifester un réel agacement à l'égard de certaines décisions de la Cour de Strasbourg, dont les motivations étaient parfois maladroites, et qui ont pu mettre en cause des pratiques éprouvées et le fonctionnement des juridictions administratives françaises. En deux circonstances, une irritation durable a été manifestée par le Conseil d'Etat : en ce qui concerne d'une part sa double fonction consultative et juridictionnelle et d'autre part le rôle et la place du Commissaire du gouvernement dans le procès administratif.

A - L'IMPARTIALITÉ ET L'INDÉPENDANCE DANS L'ORGANISATION ET LE FONCTIONNEMENT DU TRIBUNAL: la question du dualisme fonctionnel Du Conseil d'Etat.

Le principe du droit à un procès équitable au sens de l'article 6-1, signifie que toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par un tribunal indépendant et impartial. L'ensemble du contentieux administratif français, général et spécialisé, était déjà régi par cette règle.

Pour sa part, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme impose à tous les Etats, quel que soit leur système juridictionnel, des règles procédurales synthétisées pour l'essentiel dans son article 6-1 relatif au droit à un procès équitable. Ecrivant en 2001, l'actuel président de la Cour de Strasbourg pouvait dire, que « la jurisprudence de la Cour est encore peu abondante en ce qui concerne le droit à un tribunal, l'indépendance et l'impartialité des juridictions administratives, alors qu'elle l'est davantage en ce qui concerne l'équité de la procédure, la publicité des débats et le délai raisonnable »⁵⁷.

faute lourde. Sur ce point, I. FOUCHARD, « Décès violents de détenus en prison. Les évolutions récentes de la responsabilité de l'Etat », in A.J.D.A., 1/2011, p. 142.

⁵⁵ F. SUDRE, « Vers la normalisation des relations entre le Conseil d'Etat et la Cour Européenne des droits de l'Homme », in R.F.D.A., 2/2006, p. 287.

⁵⁶ J. MORAND-DEVILLER, op. cit., p. 91.

⁵⁷ J.P. COSTA, « Le principe (d'impartialité) vu par la CEDH », in A.J.D.A., 6/2001 (précité) p. 516.

L'article 6-1 exclut notamment tout ce qui pourrait apparaître comme un préjugement⁵⁸. Mais le droit français consacre le droit à un juge indépendant et impartial en matière administrative comme en toute matière d'ailleurs, indépendamment même de l'article 6-1 et bien avant lui. Le Conseil d'Etat a conféré depuis longtemps, au principe d'impartialité en droit interne la même valeur que celle découlant des exigences du droit au procès équitable au sens de la Convention européenne. L'impartialité est un principe général du droit qui doit régir le fonctionnement de l'administration en général⁵⁹, et le Conseil d'Etat veille à l'impartialité tant objective que subjective des membres des juridictions administratives. Cette règle qui découle en France d'arrêts très anciens⁶⁰, n'est donc que rappelée par l'article 6-1. Il est d'ailleurs remarquable que le principe d'impartialité a été doté d'une autorité propre par le juge, avant d'être consacré par des textes. Cette exigence érigée en principe général du droit par le Conseil d'Etat s'applique aussi aux juridictions financières⁶¹. La jurisprudence a largement développé les implications et les conséquences de l'indépendance et de l'impartialité, qui s'imposent aux juridictions administratives à peine de nullité de leurs décisions⁶².

Il est donc clair qu'en matière de tribunal indépendant et impartial, l'application de l'article 6-1 s'insère dans un contexte juridique national respectueux de ses stipulations. Cela justifie que le Conseil d'Etat dans certaines de ses décisions, tient à préciser que « le principe d'impartialité n'est que « rappelé » par l'article 6-1 de la convention »⁶³. C'est en 1998 (arrêt *Trany* du 7 janvier 1998) que le Conseil d'Etat mentionne expressément et pour la première fois « l'exigence d'indépendance et d'impartialité des juridictions rappelée par l'article 6-1 de la Convention européenne »⁶⁴. L'influence de la Cour de Strasbourg est donc réelle

⁵⁸ Ce qui peut arriver dans certains cas de cumul de fonctions. Ainsi, « l'acte par lequel un tribunal se saisit d'office ne (doit) révéler aucun préjugement de l'affaire, ni pouvoir être interprété comme une anticipation de l'issue de l'affaire », M. GUYOMAR, « Le principe (d'impartialité) vu par le Conseil d'Etat », in A.J.D.A., 6/2001, (précité), p. 523.

⁵⁹ C.E., 17 juin 1927, *Sieur Vaultot* (à propos de la composition d'un jury d'examen). L'impartialité est inhérente à l'activité juridictionnelle comme à l'activité administrative (C.E., Section 20 juin 1958, *Louis*).

⁶⁰ C.E., 20 juin 1913, *Théry*.

⁶¹ C.E., 20 avril 2005, *Karsenty*. Voir. B. DELAUNAY, « L'impartialité du juge financier », in R.F.D.A., 2/2008, pp. 515 et s.

⁶² Ainsi par exemple, tout jugement doit mentionner les noms des juges ayant siégé (C.E., Assemblée, 23 janvier 1943, *Beck*), la juridiction doit être composée de personnes ayant qualité pour siéger et le quorum doit être atteint (C.E., Section, 21 mars 1947, *Drouard* et C.E., Assemblée, 16 décembre 1955, *Dame Bourokba*), un greffier peut assister au délibéré sans voix délibérative (C.E., Section, 15 janvier 1937, *Mac Gée*), tout comme le Commissaire du gouvernement (C.E., Section, 24 janvier 1930, *Brohon-Régner*). De même, un magistrat qui a conclu devant une juridiction en qualité de Commissaire du gouvernement, ne peut pas siéger ensuite au sein de la formation délibérante dans la même affaire (C.E., 21 octobre 1966, *Société française des mines de Sentein*). Enfin, l'auteur d'une décision ne peut siéger dans la formation de jugement statuant sur un recours dirigé contre cette décision (C.E., Section, 2 mars 1973, *Demoiselle Arbousset*).

⁶³ M. GUYOMAR, op. cit., in A.J.D.A, 6/2001, p. 524.

⁶⁴ Formule reprise dans l'importante décision du C.E., Assemblée, 3 décembre 1999, *Didier*.

en ce qui concerne ce principe, mais cela ne fait que prolonger un acquis juridique ancien, qui s'en trouve conforté simplement, et ce n'est pas sous l'effet de l'article 6-1 que le juge administratif français veille au respect de la règle d'impartialité. Eventuellement, il peut arriver que le détour par l'article 6-1 soit utilisé, lorsqu'il s'agit d'écarter l'application de dispositions législatives (C.E., Assemblée, 6 avril 2001, S.A. entreprise Razel Frères). Mais le juge français, s'il sollicite le principe tel qu'il figure à l'article 6-1, continue de faire référence au droit interne.

Il est donc clair que « l'on n'a pas attendu l'article 6-1 de la Convention pour savoir qu'une juridiction (même administrative) doit être (et aussi paraître) indépendante et impartiale et qu'elle doit statuer équitablement »⁶⁵. En ce domaine, le progrès des solutions offertes par le droit national au cours des dernières décennies « répond assez bien à ce que l'on peut souhaiter de mieux »⁶⁶.

Les implications du droit à un juge administratif impartial et indépendant, touchent aussi bien au fonctionnement qu'à l'organisation et à la composition du tribunal. C'est à ce propos qu'un premier conflit emblématique a surgi entre la Cour de Strasbourg et le Conseil d'Etat, dont l'organisation a été mise en cause. La Haute Assemblée s'est sentie visée par les condamnations de la Cour de Strasbourg concernant son dualisme fonctionnel spécifique. C'est à l'occasion de son arrêt *Procola c/Luxembourg* du 28 septembre 1995, que la Cour, se fondant sur le droit au procès équitable, a invoqué l'importance des « apparences » pour condamner le manque d'impartialité du Conseil d'Etat luxembourgeois. Le Conseil d'Etat français s'est senti mis en cause, par la condamnation d'une spécificité organisationnelle qui se retrouvait aussi dans plusieurs hautes juridictions administratives en Europe. La controverse s'est avérée d'autant plus délicate, que la question de la composition de la juridiction administrative était présente dans plusieurs affaires dont la Cour de Strasbourg était saisie, alors qu'il s'agissait de pratiques qui avaient subi l'épreuve du temps, qui donnaient amplement satisfaction, et que les motifs de leur remise en cause pouvaient apparaître discutables. En outre, le Conseil d'Etat n'était pas éloigné de la jurisprudence européenne en matière de garanties d'impartialité et d'indépendance⁶⁷. A titre d'exemple, sa décision (C.E., Assemblée, 3 décembre 1999, *Didier*) par laquelle il a pour la première fois de manière systématique défini l'impartialité objective, a été confirmée par la Cour de Strasbourg (27 août 2002, *Didier c/France*). Celle-ci a confirmé la solution du Conseil d'Etat, en admettant que le cumul des fonctions d'instruction

⁶⁵ R. CHAPUS, op. cit., p. 147.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Tant la jurisprudence du Conseil d'Etat que celle de la CEDH excluent la présence au sein d'une juridiction d'une personne placée dans une situation de dépendance vis-à-vis de l'une des parties au litige. Ce lien de dépendance nourrit par lui-même le reproche de partialité. C'est ainsi que la CEDH a jugé, comme le Conseil d'Etat, que la Section Assurances du Conseil National de l'ordre des médecins était bien une juridiction indépendante et impartiale à raison de sa composition (CEDH, 17 janvier 1998, *Trany*). Mais le Conseil d'Etat a été démenti à propos de la Cour de discipline budgétaire et financière, dont deux des six membres de cette juridiction statuant sur renvoi avaient déjà siégé avant cassation de son premier arrêt par le Conseil d'Etat (CEDH, 26 septembre 2000, *Guisset c/France*, qui a contredit la jurisprudence française établie depuis l'arrêt du C.E., 1^{er} juillet 1953, *Godard*).

et de jugement pouvait être compatible avec le principe d'impartialité au sens de l'article 6-1⁶⁸. On pouvait considérer que la jurisprudence européenne s'était même stabilisée en ce domaine « à l'initiative du Conseil d'Etat »⁶⁹.

Les craintes et le malaise provoqués par l'arrêt Procola c/ Luxembourg ont fini par se dissiper, à la suite des ajustements intervenus. De son côté, la Cour de Strasbourg a assoupli sa position, en admettant la conformité au regard de la Convention de la double mission consultative et juridictionnelle du Conseil d'Etat, dès lors que certaines conditions posées par elle étaient respectées⁷⁰. Par ailleurs la Cour de Strasbourg, après avoir fait preuve d'un certain formalisme, a renoncé à statuer abstraitement en tenant compte des situations concrètes⁷¹. De son côté, le Conseil d'Etat a accepté certains accommodements et admis que la composition des formations de jugement soit revue afin d'éviter le cumul⁷². Les solutions trouvées ont fini par donner satisfaction, et le Conseil d'Etat est bien un tribunal indépendant et impartial tout en conservant sa dualité interne⁷³.

B - L'impartialité dans le procès: la place et le rôle du Commissaire du gouvernement (Rapporteur public).

C'est surtout une autre affaire qui a suscité l'irritation envers la Cour de Strasbourg et qui fut à l'origine de tensions durables, qui n'ont été réglées qu'en plusieurs étapes.

Etait en cause cette fois, l'une des «originalités les plus marquantes de la juridiction française»⁷⁴, l'institution du Commissaire du gouvernement. Il était patent et depuis longtemps, que la fonction souffrait d'une qualification

⁶⁸ Cette position de la Cour a été reprise par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 30 juillet 2003, Dubus, qui précise que la compatibilité du cumul des fonctions dépend de la nature et de l'étendue des tâches du rapporteur durant la phase d'instruction et notamment à l'absence d'accomplissement par lui d'actes d'accusation.

⁶⁹ Ce qui était d'autant plus méritoire que sur cette question, le Conseil d'Etat se séparait de la Cour de Cassation (Cass., Assemblée plénière, 1998, COB c/Oury). Mais la Cour de Strasbourg peut aussi refuser de suivre le raisonnement du juge national : ex CEDH, 11 juin 2009, Dubus S.A. c/France, condamnant le fonctionnement de la Commission bancaire, alors qu'en 2003, le Conseil d'Etat avait considéré que l'absence de dédoublement organique ne posait pas de problème. Le Conseil d'Etat se fondait sur la réalité de la procédure suivie, alors que la CEDH a estimé que l'indépendance et l'impartialité de cet organisme pouvait légitimement être suspectée par le requérant, du fait de l'absence de distinction entre ses diverses fonctions. Sur ces divergences, Voir. M. GUYOMAR, op. cit., in Mélanges J.P. COSTA, pp. 319-320.

⁷⁰ CEDH, 6 mai 2003, Kleyn.

⁷¹ CEDH, 9 novembre 2006, Sacilor-Lormines. Egalement, CEDH, 30 juin 2009, Union Fédérale des consommateurs « Que choisir » de Côte d'Or. Le juge européen a tenu compte de la pratique consistant, pour un membre du Conseil d'Etat, à s'abstenir de siéger au contentieux dans un litige dont il aurait eu à connaître au sein d'une formation administrative. Sur ce point, Voir. B.GENEVOIS, « Cour européenne des droits de l'Homme et juge national : dialogue, et dernier mot », in Mélanges J.P. COSTA, p. 289.

⁷² Le décret du 6 mars 2008 officialise la règle excluant le cumul. Celle-ci a été inscrite à l'article R122-21-1 du Code de Justice Administrative.

⁷³ B. PACTEAU, « La Justice administrative désormais en règle avec la CEDH », Note sous CEDH, 15 mars 2009, Union Fédérale « Que Choisir » de Côte d'Or (précité), R.F.D.A., 5/2009, p. 885.

⁷⁴ R. ODENT, Cours de contentieux administratif, p. 1221.

équivoque, alors qu'elle incarnait à elle seule le procès administratif ⁷⁵. Cette fonction dont l'origine remonte à plus d'un siècle et demi, consiste pour celui qui en est chargé à exposer en toute impartialité son opinion en droit sur le fond du litige, en proposant une solution aux membres de la juridiction (article L 7 du Code de Justice Administrative). Le rôle et la place de ce « Commissaire de la loi », à la fois indépendant et impartial, ont été définis une fois pour toutes par le Conseil d'Etat dans son célèbre arrêt du 10 juillet 1957, Gervaise. Il s'agit d'une institution qui a fait ses preuves au service de l'Etat de droit et de la défense des droits de l'Homme.

Néanmoins, la Cour de Strasbourg statuant le 30 octobre 1991 dans l'affaire *Borgers c/Belgique* avait invoqué la théorie des apparences, et dans un autre arrêt du 20 février 1996, *Vermeulen c/Belgique*, elle a condamné la participation et la présence du Commissaire du gouvernement au délibéré. Pour sa part, le Conseil d'Etat dans son arrêt du 29 juillet 1998, *Esclatine*, reprenait les termes de l'arrêt *Gervaise*, rappelant que le commissaire du gouvernement a pour mission de « faire connaître en toute indépendance ses conclusions, son appréciation, qui doit être impartiale, sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables, ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction ». Etait aussi mise en avant la longue tradition selon laquelle la présence du Commissaire du gouvernement au délibéré constituait un usage. Enfin, le Conseil d'Etat faisait valoir qu'il participait à la fonction de juger et qu'à ce titre il était considéré comme un membre de la formation de jugement mais qui ne votait pas.

C'est l'arrêt de la Cour de Strasbourg du 7 juin 2001, *Kress c/France*, qui est apparu comme une ingérence difficilement acceptable dans l'organisation et les traditions les plus respectables de la juridiction administrative française. Le juge européen admettait que cette dernière présente par rapport aux juridictions judiciaires, des spécificités explicables pour des raisons historiques. Il ne contestait pas non plus que le rôle du Commissaire du gouvernement n'était pas celui d'un ministère public et qu'il présentait un caractère propre au système français. Mais la Cour européenne ajoutait, 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 » ⁷⁶. Par conséquent, la figure d'un juge qui s'exprime et prend parti tout en ne prenant pas part au vote (sans se déporter pour autant) était déclarée incompatible avec le secret du délibéré et l'exigence d'impartialité. La Cour de Strasbourg invoque encore la « théorie des apparences » d'origine anglo-saxonne, pour en déduire

⁷⁵ Le Commissaire du gouvernement ne joue nullement le rôle d'un ministère public, et ne représente pas le gouvernement. Son rôle consiste à faire pour chaque affaire le point du droit « en toute indépendance », dans des conclusions qui seront suivies ou non par la formation de jugement, dont il fait partie mais sans voix délibérative.

⁷⁶ Cet argument est repris dans l'arrêt de la CEDH, 14 avril 2002, *SA Dangerville c/France*.

que « le plaideur peut éprouver un sentiment d'insécurité »⁷⁷. Si l'assistance du Commissaire du gouvernement au délibéré présente un avantage pour la formation de jugement, elle doit être appréciée du point de vue du justiciable, qui doit avoir la garantie que cette présence n'influencera pas la décision finale. Il y va selon la Cour de Strasbourg, de la sécurité juridique et de l'égalité devant la loi, puisque le Commissaire a pris parti publiquement sur les moyens invoqués par les parties et que dès lors il apparaît objectivement et forcément comme l'allié de l'une d'elles. Considérant que le justiciable ne peut pas avoir la certitude que la présence du Commissaire du gouvernement au délibéré n'influencera pas la formation de jugement, il en est déduit que sa participation à cette phase du procès viole les exigences de l'article 6-1 de la Convention. L'année suivante, dans son arrêt du 28 mai 2002 *Stafford*, la Cour de Strasbourg affirme à la fois qu'elle ne peut s'écarter des précédents sans motif valable, et qu'elle tient compte de « l'évolution de la situation dans l'Etat concerné et du « consensus qui s'y dégage », pour réévaluer à la lumière des conditions nouvelles l'interprétation et l'application de la Convention⁷⁸.

La question restait posée de savoir, si la Cour avait dans son arrêt *Kress* condamné la présence ou la seule participation du commissaire du gouvernement au délibéré, comme pouvait le laisser penser son arrêt du 10 octobre 2002, *Théraude c/France*. Or, dans son arrêt du 2 février 2005, *Marie Louise Loyen et autres c/France*⁷⁹, la Cour condamne bel et bien la présence au délibéré, puisqu'elle rappelle, dans le prolongement de l'arrêt *Kress*, que le justiciable doit avoir « la garantie que le Commissaire du gouvernement ne puisse pas, par sa seule présence, exercer une certaine influence sur l'issue du délibéré ». C'est donc la présence même qui est jugée inconstitutionnelle⁸⁰.

A la suite de l'arrêt *Kress*, la pratique traditionnelle du Conseil d'Etat n'a pas été modifiée, en dépit des arrêts ultérieurs de la Cour réitérant le désaveu initial⁸¹. Une première tentative de conciliation a été faite, avec le décret du 19 décembre 2005 qui dispose que « les commissaires du gouvernement assistent au délibéré mais sans y participer »⁸². L'idée d'une « présence muette » permettait de préserver l'utilité du Commissaire du gouvernement, qui à lui seul incarne le procès administratif, assure la cohérence et la continuité de la jurisprudence

⁷⁷ J. MORAND-DEVILLER, op. cit., p.89. Sur la portée de la théorie de l'apparence, D. CHABANOL, « Théorie de l'apparence ou apparence de théorie », in A.J.D.A., 2002, p. 9 et s.

⁷⁸ F. SUDRE, op. cit., p. 292.

⁷⁹ Reproduit in A.J.D.A., 2005, p. 1491.

⁸⁰ J.F. FLAUSS, dans sa Tribune intitulée « Retour sur la participation du Commissaire du gouvernement au délibéré », parue à l'A.J.D.A., 2005, p. 1593, écrit : « En utilisant les termes « assister » et « participer » la Cour a bel et bien voulu viser la présence du Commissaire du gouvernement au délibéré »

⁸¹ D. CHAUVAUUX – J.H. STAHL, « Le Commissaire du gouvernement, le délibéré et l'équité du procès », in A.J.D.A., 2005, p. 2116.

⁸² Le décret du 19 décembre 2005 change également le mode de désignation officielle des commissaires du gouvernement, qui procédait jusque là d'un décret du chef de l'Etat. Désormais, mettant d'accord le nouveau droit et les faits, cette désignation relève de l'organisation interne de la juridiction administrative (arrêt du Vice-Président du Conseil d'Etat sur proposition du Président de la Section du contentieux).

administrative, sans la figer ni léser les droits des justiciables. Cette apparente concession n'a pas été suffisante, car dans son arrêt rendu en Grande Chambre le 12 avril 2006, *Martinie c/France*, la Cour de Strasbourg – assimilant les termes « assistance », « présence » et « participation » qui à ses yeux sont synonymes – allait encore prolonger la controverse, en déclarant que « active ou passive, c'est la présence même » du Commissaire du gouvernement au délibéré qui méconnaît l'article 6-1. Ce rebondissement a suscité des réactions parfois très vives, à la fois chez les praticiens et dans la doctrine, presque unanimes⁸³.

La querelle qui s'en est suivie, faite à la fois de retenue et de fermeté, a été emblématique des divergences qui ont pu séparer le Conseil d'Etat des positions de la Cour de Strasbourg sur un sujet sensible et à propos d'une institution investie d'une forte « charge symbolique »⁸⁴.

Le sort fait à l'institution a semblé d'autant moins compréhensible, que le Commissaire du gouvernement, « en assistant en témoin muet à l'échange d'arguments qui a lieu entre les juges ... affine sa compréhension des questions qu'il a à traiter et prend l'exacte mesure des solutions retenues »⁸⁵. A cet égard, il est un facteur d'unité et de cohérence de la jurisprudence administrative, contribuant à la prévisibilité de la règle de droit, dont dépend « la qualité de la loi administrative »⁸⁶. C'est grâce aux conclusions du Commissaire du gouvernement notamment, que les citoyens peuvent mieux comprendre et utiliser la jurisprudence administrative. Il y a quelque paradoxe à stigmatiser une institution qui, grâce à la présence au délibéré (où se forme la jurisprudence administrative), contribue indéniablement à la bonne administration de la justice, que la Cour de Strasbourg a elle-même érigée en « principe général de la sécurité juridique »⁸⁷, et alors même que ce

⁸³ L'opinion en partie dissidente commune aux juges Costa, Cafisch et Jungwiert, rappelle que s'il est souhaitable et évident « Que le public soit de plus en plus sensible aux garanties d'une bonne justice ... il ne faut pas confondre la sensibilité du public avec les fantasmes de rares justiciables ou avec les arguments de certains avocats... (qu') il est illogique d'accorder aux Etats une marge d'appréciation... et de vouloir gommer les traditions nationales au profit d'une uniformisation procédurale abstraite... C'est là un paradoxe dangereux ... La majorité de la Grande Chambre a cédé aux tentatives de l'uniformisation... Le purisme affiché ... est de nature à entamer l'efficacité et la stabilité d'institutions juridiques qui ont fait leurs preuves... La Cour donne l'impression de camper sur une position générale, abstraite et dogmatique... Le présent arrêt enfonce le clou ... planté dans l'affaire Kress, et nous le regrettons. Après avoir égratigné l'institution... l'arrêt Martinie risque de la blesser. Cette blessure est à la fois injuste et gratuite, car nous n'arrivons pas à voir dans cette position raide un quelconque progrès vers l'équité réelle du procès, encore moins vers la défense des droits de l'Homme », in R.F.D.A., 2/2006, pp. 306-307.

⁸⁴ On peut en juger à lire les commentaires suivants : C.L. VIER, « Ne sacrifier pas le Commissaire du gouvernement », in A.J.D.A., 2005, p. 1865 – J.Y. MADEC « Le décret du 19 décembre 2005 : dernier acte de repentance ou réveil de la juridiction française ? », in A.J.D.A., 2006, p. 113 : dans cette « Tribune », l'auteur évoque le « Moloch strasbourgeois », la « tyrannie des apparences », la « confrontation des juges ».

⁸⁵ D. CHAUVAUX et J. STHAL, op. cit., p. 1865.

⁸⁶ F. SUDRE, op. cit., p. 297. L'auteur souligne à quel point la jurisprudence administrative d'application de l'art. 6-1 doit beaucoup aux commissaires du gouvernement. Ainsi, c'est à leur initiative qu'a été admise l'invocabilité de l'art 6-1 à l'encontre d'une loi de validation (C.E., Assemblée, 5 décembre 1997, Mme Lambert), et que le contentieux de la fonction publique a été inclus dans son champ d'application (C.E., 23 février 2000, L'Hermite) conformément à la jurisprudence de la Cour.

⁸⁷ CEDH, 28 mars 2000, Baranowski c/Pologne.

principe fait partie du corpus des droits protégés par la Convention au titre du droit à un procès équitable⁸⁸. Il est également paradoxal de condamner la présence du Commissaire du gouvernement au délibéré au nom des « apparences », alors que précisément il contribue à la fois à la réalité, à la perception et donc à l'apparence, d'une bonne justice administrative⁸⁹.

Aux tensions et aux réactions agacées a succédé une période d'apaisement, ponctuée par l'adoption de plusieurs textes successifs⁹⁰. Autant le réflexe de « crispation » du côté des défenseurs de l'institution est compréhensible, autant l'attitude du juge européen apparaît également légitime, qui a consisté à tirer toutes les conséquences de la Convention et notamment des exigences du procès équitable au sens de son article 6-1. En réalité a été maintenue, « l'identité d'une institution prestigieuse et d'un contentieux aux traditions anciennes, généralement admiré et copié à l'étranger, (et qui) témoigne du souci de répondre aux préoccupations des juges de Strasbourg »⁹¹. Le décret du 1^{er} août 2006 exclut le commissaire du gouvernement du délibéré devant les juridictions administratives territoriales, et permet aux parties devant le Conseil d'Etat, d'en demander le déport⁹². Le décret du 7 janvier 2009 change son appellation pour celle de « Rapporteur public » et fixe le nouveau déroulement des audiences⁹³.

A la suite de ces réformes, la Cour de Strasbourg n'a plus soulevé d'objection dès lors que toute partie au procès administratif a la possibilité de récuser à l'avance la présence du commissaire du gouvernement désormais dénommé rapporteur public (CEDH, 15 septembre 2009, Etienne c/France). En réalité, ces évolutions ne sont pas de simples ajustements, elles traduisent une véritable mutation de la juridiction administrative⁹⁴.

⁸⁸ CEDH, 28 mars 1999, Brumarescu c/Roumanie.

⁸⁹ Non sans une certaine amertume, C.L. VIER a pu écrire : « Formons le vœu qu'il (le commissaire du gouvernement) ne soit jamais sacrifié aux apparences trompeuses auxquelles ne s'arrêtent que ceux qui ne connaissent pas la réalité », op. cit., p. 1865.

⁹⁰ Décrets du 1^{er} août 2006, du 6 mars 2008 et du 7 janvier 2009.

⁹¹ J. MORAND-DEVILLER, op. cit., p. 339.

⁹² B. PACTEAU, « Le Commissaire du gouvernement : tout va bien », Tribune à l'A.J.D.A., 2006, p. 2.305.

⁹³ B. PACTEAU, « Du Commissaire au rapporteur ... suite et à suivre », in R.F.D.A., 1/2009, p. 67. Egalement, J. BOULARD, « La place du rapporteur public », in A.J.D.A., 2011, p. 601. J.E. SCHOETTL rappelle, que si les Commissaires du gouvernement ont « inventé notre droit public et façonné nos libertés ... l'appellation induisait en erreur ». Voir ses observations sur la décision du Conseil Constitutionnel du 30 novembre 2006, qui reconnaît la nature règlementaire des mots « Commissaire du gouvernement » figurant aux articles L 7 et L 522 du Code de Justice administrative, car cette appellation « ne met en cause aucun des principes fondamentaux ni aucune des règles que la constitution a placés dans le domaine de la loi », in A.J.D.A., 2006, p. 2398.

⁹⁴ A. GUERIN, « Le nouveau procès administratif, une dynamique renouvelée », in A.J.D.A., 2011, p. 569 et s. Certains regrettent que l'évolution imposée par la Cour de Strasbourg tende « à assimiler le procès administratif au procès judiciaire », ce qui est bien le but du juge européen, pour qui il n'y a pas deux manières de juger équitablement. Sur ce point, C. GABOLDE, « Plaidoyer pour le Commissaire du gouvernement », in A.J.D.A., 2005, p. 2369. Mais d'autres s'insurgent contre ce qui leur apparaît comme une soumission, considérant que « le contentieux administratif, qui est celui de la puissance publique, ne concerne ni les droits et obligations de caractère civil », ni « des accusations en matière pénale ». cf.

§ 3. Le contradictoire et la publicité comme éléments du procès équitable

Le caractère contradictoire de la procédure administrative contentieuse a été imposé par le Conseil d'Etat, d'abord implicitement et sans texte en y voyant une règle générale de procédure⁹⁵, et ensuite de manière explicite⁹⁶. C'est dans une troisième étape que la contradiction sera érigée en principe général du droit en tant que norme jurisprudentielle⁹⁷. Dans le procès administratif, le principe du contradictoire tend essentiellement à assurer l'égalité des parties devant le juge.

En tant que telle, la contradiction ne figure pas formellement parmi les exigences de l'article 6-1 de la Convention. Il est simplement prescrit, que la cause doit être entendue équitablement. Il va de soi que les parties devant être mises sur un pied d'égalité, on ne peut imaginer un procès équitable sans contradiction⁹⁸. Chaque partie doit avoir la possibilité de présenter sa cause de manière à ne pas être désavantagée, en vertu de l'égalité des armes. Cette exigence a été amplement développée par la jurisprudence européenne⁹⁹. Dans un arrêt du 18 octobre 2007, *Asnar c/France*, la Cour de Strasbourg a considéré qu'au nom du principe du contradictoire, il y a violation du droit au procès équitable, si un mémoire n'est pas communiqué alors même qu'il ne comporte aucun élément nouveau¹⁰⁰. Ce formalisme n'est pas partagé par le Conseil d'Etat, qui n'a pas modifié sa pratique « consistant à ne pas communiquer un mémoire superfétatoire qui n'aurait pour effet que de ralentir inutilement la procédure »¹⁰¹.

Si le principe du contradictoire est devenu un fondement commun du droit procédural des Etats parties à la Convention¹⁰², le Conseil d'Etat n'en estime pas moins qu'il n'y a pas lieu de s'aligner mécaniquement sur la jurisprudence de la Cour, notamment lorsque la mise en œuvre de solutions ponctuelles est de nature à soulever certaines difficultés.

S'agissant du procès administratif, le juge européen a identifié deux questions

J.Y. MADEC, « Le décret du 19 décembre 2005 : dernier acte de repentance ou réveil de la juridiction française ? » in A.J.D.A., 2006, p. 113 (précité). Pour le sénateur M. CHARASSE, « le juge judiciaire et les auxiliaires de justice s'acharnent à banaliser de plus en plus la justice administrative, afin qu'elle s'aligne de plus en plus sur les procédures judiciaires » in A.J.D.A., 2006, p. 169.

⁹⁵ C.E., 10 août 1918, Villes.

⁹⁶ C.E., 11 avril 1919, Gachiès.

⁹⁷ C.E., 16 janvier 1976, *Gates et C.E.*, Assemblée, 12 octobre 1979, *Rassemblement des avocats de France*. Voir également O. GOHIN, « La contradiction avant l'article 6-1 », in R.F.D.A., 1/2001, pp. 7 et 8.

⁹⁸ J.P. COSTA, « Le principe du contradictoire dans l'article 6-1 et la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme », in R.F.D.A., 1/2001, p. 30.

⁹⁹ CEDH, 19 décembre 1989, *Kamasinski c/Autriche* et 18 février 1997, *Niederhöst-Huber c/Suisse*.

¹⁰⁰ Voir in A.J.D.A., 2007, p. 2009. Dans son opinion dissidente, J.P. COSTA considère qu'il ne faut pas gonfler de façon excessive le respect du contradictoire et sans intérêt réel du point de vue de l'équité du procès », *ibidem*.

¹⁰¹ B. GENEVOIS, *op. cit.*, in *Mélanges J.P. COSTA*, p. 289.

¹⁰² M.L. LAYUS et F. SIMONETTI, « Procédure juridictionnelle : points communs et divergences », in *POUVOIRS*, N° 96/2001, p. 101.

d'ordre procédural qui, selon lui, contrevenaient aux règles du procès équitable et de l'égalité des armes. L'une concernait la participation du Commissaire du gouvernement au délibéré, et l'on a vu précédemment la conciliation qui a été réalisée. L'autre concernait la non communication de ses conclusions aux parties, qui ne pouvaient y répondre en principe.

A partir des années 1990, la Cour de Strasbourg a rendu plusieurs décisions relatives à quelques Cours Suprêmes nationales, en rappelant que le principe du contradictoire doit s'appliquer aux ministères publics placés auprès d'elles ¹⁰³. Selon son interprétation, le principe du contradictoire impose de permettre aux parties de recevoir et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge, fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision (CEDH, 27 mars 1998, J.J. c/Pays-Bas). Cela posait le problème de la non communication des conclusions du Commissaire du gouvernement, qui intervient après la clôture de l'instruction et auxquelles il n'était pas possible de répondre, sauf exceptionnellement au moyen d'une brève note en délibéré ¹⁰⁴. Dans son arrêt Esclatine du 29 août 1998, le Conseil d'Etat affirmait encore, que les conclusions du Commissaire du gouvernement ne sauraient être soumises au principe du contradictoire, car il « participe à la fonction de juger dévolue à la juridiction dont il est membre ».

Un processus de conciliation entre les positions de la Cour de Luxembourg et du Conseil d'Etat s'est engagé avec l'arrêt rendu par la Cour le 21 mars 2002, ADBP c/France, rappelant que la note en délibéré devait faire partie du contradictoire avec tout ce que cela implique. Le Conseil d'Etat y répond très vite dans un arrêt du 12 juillet 2002, Leniau, qui précise le régime de la note en délibéré, qui n'était jusque là qu'un usage facultatif simplement toléré ¹⁰⁵. C'est le décret du 19 décembre 2005 qui a mis en harmonie la procédure nationale avec les exigences du procès équitable au sens de la Convention, en élevant la note en délibéré au rang d'instrument de bonne justice destiné à garantir le respect du principe du contradictoire ¹⁰⁶. Mais il a fallu attendre les décrets du 1^{er} août 2006, du 8 janvier et du 1^{er} février 2009, pour que la possibilité soit donnée aux parties, d'une part d'avoir connaissance avant l'audience, au moins du sens général des conclusions du Commissaire du gouvernement devenu « Rapporteur Public », et

¹⁰³ C.E.D.H., 30 octobre 1991, Borgers c/Belgique ; 20 mars 1996, Lobo Machado c/Portugal ; 27 mars 1998, KBC c/Pays-Bas ; 31 mars 1998, Reinhart c/France.

¹⁰⁴ C.E., 9 décembre 1970, James, qui rappelle que les conclusions n'ont pas à être communiquées aux parties, en raison de la singularité de la mission du Commissaire du gouvernement. L'arrêt Esclatine réaffirme cette position, en rappelant que le principe du contradictoire n'est applicable qu'à l'instruction et non pas à l'exercice de la mission juridictionnelle à laquelle le commissaire est associé. Il convient de noter que la Cour de Justice de Luxembourg, à la même époque, suivait un raisonnement voisin s'agissant du statut des Avocats généraux placés auprès d'elle (C.J.C.E., 4 février 2000, Emeza Sugar). De même, dans son arrêt Kress (précité), la Cour estimait que la procédure suivie devant le Conseil d'Etat offrait suffisamment de garanties au justiciable... sous l'angle du droit à un procès équitable, pour ce qui est du respect du contradictoire » ; sur ce point, J. MORAND-DEVILLER, op. cit., p. 82.

¹⁰⁵ F. SUDRE, op. cit., p. 292.

¹⁰⁶ Ce décret a été introduit à l'article R 731-5 du Code de Justice Administrative.

de pouvoir désormais, après le prononcé des conclusions, présenter des notes en délibéré ou de brèves observations orales devant le juge du fond ¹⁰⁷.

Cela confirme que la juridiction de droit public ne pouvait qu'être absorbée par les prescriptions de la Convention au titre de son article 6-1 et de ses exigences sur le procès équitable ¹⁰⁸. On assiste donc à une convergence des systèmes processuels nationaux en Europe, et la décennie écoulée a vu en France la justice administrative dans son ensemble et dans ses relations avec les justiciables évoluer sous l'effet des réformes successives et d'innovations qui ont introduit des contraintes supplémentaires et établi de nouveaux équilibres ¹⁰⁹.

La justice n'étant pas dissociable de la publicité, la Cour de Luxembourg n'a pas manqué également de développer ce principe, et le Conseil d'Etat s'est rallié là encore à ses vues ¹¹⁰. Mais il a fallu plusieurs condamnations de la France, en raison de l'absence d'audience publique notamment devant certaines juridictions administratives spécialisées. Les divergences sur ce point ont été durables, jusqu'à ce que le Conseil d'Etat finisse par rejoindre les positions du juge européen (C.E., Assemblée, 14 mars 1996, Maubleu). Mais tant pour le juge national que pour le juge européen, la garantie de publicité n'est pas inconditionnelle. Le procès peut se dérouler à huis clos dans l'intérêt de la moralité et de l'ordre public, si la sécurité nationale l'exige, pour la protection des mineurs et de la vie privée, ou si des circonstances portant atteinte aux intérêts de la justice le justifient, étant entendu que « le huis clos n'est admissible que s'il est proportionné au but poursuivi » ¹¹¹.

¹⁰⁷ Il est vrai qu'à la suite du décret de 2005, des pratiques contradictoires étaient apparues au niveau des greffes en matière de communication des conclusions, et alors que certains commissaires du gouvernement refusaient de communiquer le moyen fondant leurs conclusions. Cela a fait l'objet d'une question posée au gouvernement par le sénateur Charasse, conduisant le ministre de la justice à rappeler les modalités de la communication des conclusions du commissaire du gouvernement devant les juridictions administratives. Sur ce point, J.O. Sénat, Q, 7 juillet 2005 n° 16. 980 p. 1835. Egalement, B. POUJADE, « Merci, Monsieur Charasse ! », Tribune, in A.J.D.A., 2005, p. 2033. Le secrétaire général du Conseil d'Etat a également donné ses instructions sur la communication des conclusions avant la tenue de l'audience, in A.J.D.A., 2005, p. 2095. Voir également E. SAGALOVITSCH, « Sur le sens des conclusions du Commissaire du gouvernement et le droit de plaider utile », in A.J.D.A., 2006, p. 273. Dans un arrêt du 20 janvier 2005, M. René George Hoffer, le Conseil d'Etat s'en tenait à la non communication obligatoire des conclusions du Commissaire du gouvernement, au motif qu'il ne s'agit pas d'un document administratif dont la communication serait due au titre de la loi du 17 juillet 1978. Il rappelle que le Commissaire du gouvernement est « libre d'apprécier la suite à donner à une pareille demande (et) qu'il n'appartient pas ... au juge des référés d'en prescrire la communication » A.J.D.A., 2005, p. 621.

¹⁰⁸ C'est sous la pression de la jurisprudence européenne, que le législateur français a également modifié la procédure applicable devant les juridictions financières, notamment en ce qui concerne le respect du principe du contradictoire : Voir sur ce point M. LASCOTTE et Y. VANDENDRIESSCHE, « Prolégomènes : la nouvelle procédure applicable devant les juridictions financières », in R.F.D.A., 4/2009, p. 813. Egalement, P. IDOUX « Vers un redéploiement de la contradiction en droit administratif français », in A.J.D.A., 2009, p. 637.

¹⁰⁹ Tel fut aussi l'objet de l'important décret du 23 février 2010. Voir sur ce point les commentaires de D. CHAUVAUX et J. COURTIAL, in A.J.D.A., 2010, p. 605.

¹¹⁰ Se reporter aux conclusions du Commissaire du gouvernement sur C.E., Section, 29 juillet 1994, Département de l'Indre, pressant la Haute Assemblée de faire évoluer sa jurisprudence « en prenant les devants » avant d'y être « forcée » par la Cour européenne, au risque d'un « grand désordre » s'agissant des juridictions spécialisées, R.F.D.A., 1995, p. 166.

¹¹¹ L. SERMET, « Bilan de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'application de l'article 6 de la

Le Conseil d'Etat a considéré à propos des audiences disciplinaires, que le huis clos systématique ne se justifiait pas. Mais il se réserve d'apprécier la conciliation entre les impératifs du huis clos et la garantie de publicité, comme il l'a fait dans l'arrêt Maubleu précité, en considérant que la publicité pouvait être instituée à la demande de la personne disciplinairement poursuivie, en toute conformité avec les prescriptions de l'article 6-1. La Cour a aussi admis pour sa part, que le justiciable pouvait renoncer de façon non équivoque à la publicité ¹¹².

§ 4. Le respect du délai raisonnable

Parmi les éléments du procès équitable, l'article 6-1 mentionne le droit des requérants à ce que leur recours soit jugé dans un délai raisonnable. La Cour de Strasbourg a attiré l'attention sur cette exigence naturelle dans son arrêt de Grande Chambre du 26 octobre 2000, Kudla c/Pologne. L'obligation pesant sur les Etats à cet égard, leur impose d'instituer dans leur système juridique national une voie de recours spécifique permettant au justiciable de se plaindre de la durée excessive de la procédure. Cette affirmation découle de la combinaison des articles 6-1 et 13 de la Convention ¹¹³.

La France a été condamnée à plusieurs reprises pour non respect du délai raisonnable ¹¹⁴. Dans son arrêt du 26 mars 2002, Lutz c/France, le juge européen a vu une violation de l'article 6-1 du fait qu'aucune décision favorable au requérant n'était intervenue en 30 ans, en raison du refus du juge administratif de sanctionner les lenteurs dans l'instruction et le prononcé du jugement, en l'absence de faute lourde.

En vérifiant si le juge national a statué dans un délai raisonnable, la Cour de Strasbourg exerce un contrôle sur ses actes et recherche s'il a accompli toutes les diligences nécessaires. Elle examine la durée totale de la procédure y compris les recours administratifs préalables obligatoires et la procédure d'exécution, et elle vérifie que chaque instance prise séparément n'a pas été trop longue ¹¹⁵. Mais dans l'appréciation du délai raisonnable, elle tient compte des circonstances particulières de chaque affaire, et notamment de sa complexité, ainsi que du comportement du requérant et des autorités concernées, ou encore de l'enjeu du litige ¹¹⁶.

Convention européenne des droits de l'Homme », in R.F.D.A., 5/1997.

¹¹² J.F. FLAUSS, « De la renonciation à la publicité dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », Les Petites Affiches, n° 130/1991, à propos de l'arrêt CEDH du 21 février 1990, Hakansson et Stureson.

¹¹³ En vertu de l'article 13, « Toute personne dont les droits et libertés ... ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale ».

¹¹⁴ Dans huit affaires jugées au cours de l'année qui suivit l'arrêt Kudla c/Pologne.

¹¹⁵ CEDH, 19 mars 1997, Hornsby c/Grèce, 29 juillet 2003, Poilly c/France, 28 septembre 2004, Marschner c/France. « C'est aux environs de 2 ans et demi par instance que se situe la limite de la durée raisonnable aux yeux des juges européens... C'est un délai exigeant, particulièrement pour les tribunaux administratifs » selon le Commissaire du gouvernement R. KELLER, dans ses conclusions sur C.E., 6 mars 2009, M. et Mme Le Helloco, in R.F.D.A., 2/2008, p. 548.

¹¹⁶ CEDH, 28 juin 1990, Obermeier c/Autriche, 19 février 1991, Santelli c/Italie.

Le Conseil d'Etat a décidé de mettre la jurisprudence administrative en conformité avec les interprétations du juge européen, dans son arrêt de principe rendu en Assemblée le 28 juin 2002, *Magiera*¹¹⁷. Il y est rappelé que « les justiciables ont droit à ce que leur requête soit jugée dans un délai raisonnable », en faisant référence aux mêmes articles 6-1 et 13 de la Convention. L'arrêt confirme une volonté de dialogue avec la Cour de Strasbourg, pour sauvegarder le droit au recours effectif, qui englobe le droit à ce qu'un jugement soit rendu dans un délai raisonnable. Tout en se ralliant à la position du juge européen, le Conseil d'Etat fonde aussi sa décision sur « les principes généraux du droit qui gouvernent le fonctionnement des juridictions administratives ». Cette mention et le rappel du rôle joué par le Conseil d'Etat dans leur consécration, est une manière d'affirmer l'autonomie du système juridique national. Ce faisant, le Conseil d'Etat étend le champ d'intervention du juge administratif en réaffirmant un principe général du droit gouvernant le fonctionnement des juridictions administratives, tout en transférant vers le droit interne le contentieux relatif au délai raisonnable.

Le revirement du Conseil d'Etat revêt une portée générale et consacre le droit au délai raisonnable, « aussi bien en application des articles 6-1 et 13 de la Convention lorsque ces stipulations sont applicables, qu'en vertu des principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions administratives pour l'ensemble des litiges »¹¹⁸. Non seulement le Conseil d'Etat consacre la reconnaissance pour l'ensemble des procès d'un devoir de célérité, mais encore il est disposé à faire siens les critères dégagés par la Cour de Strasbourg pour apprécier le respect du délai raisonnable.

Le juge national entend donc utiliser tous les pouvoirs dont il dispose pour imposer aux procédures le rythme qui convient, et prend acte de ce que les États parties à la Convention sont invités à organiser leur système juridictionnel de telle manière que les tribunaux puissent remplir toutes les exigences du procès équitable et en particulier celle du délai raisonnable¹¹⁹. En France, c'est le décret du 19 décembre 2005 visant à prévenir la durée excessive de la procédure devant les juridictions administratives, qui a mis le contentieux administratif en adéquation avec les exigences européennes¹²⁰. L'évolution amorcée par l'arrêt *Magiera* précité a été confirmée à plusieurs reprises¹²¹, et l'on a même vu le Conseil d'Etat

¹¹⁷ Dans cette affaire, une requête sans difficulté particulière avait traîné devant un tribunal administratif pendant 7 ans.

¹¹⁸ Conclusions du Commissaire du gouvernement I. DE SILVA, sur T.C. 30 juin 2008, *Epoux Bernardet*, in R.F.D.A., 6/2008, p. 1165.

¹¹⁹ CEDH, 15 juillet 2003, E.R. c/France, et 28 avril 2005, *Hadjidjanis c/Grèce*.

¹²⁰ Ce texte a tiré les conséquences de la jurisprudence européenne relative au rôle du Commissaire du gouvernement (cf. supra) et a introduit une procédure spécifique visant à prévenir la durée excessive de la procédure.

¹²¹ Ainsi, le Conseil d'Etat dans son arrêt du 25 janvier 2006, *SARL Potchou*, a estimé que la durée de la procédure (18 ans dont 9 ans de délibéré) est « excessive, quelles que soient les difficultés que l'affaire ait pu, le cas échéant, présenter ». Un tel retard ne pouvait être justifié ni par la complexité du dossier, ni par le comportement du justiciable.

s'autocensurer dans certaines affaires¹²². Par conséquent, tout en conservant une certaine autonomie, le Conseil d'Etat permet désormais au justiciable d'avoir les mêmes garanties devant le juge administratif français que devant le juge européen.

Le dispositif mis en place par le décret du 19 décembre 2005, complété par celui du 28 juillet 2008, attribue compétence directe au Conseil d'Etat pour statuer sur les actions en responsabilité dirigées contre l'Etat, en cas de préjudice lié à la durée excessive de la procédure devant la juridiction administrative (art. R 311-1 du CJA). Certes, depuis son arrêt d'Assemblée du 29 décembre 1978, *Darmont*, le Conseil d'Etat admettait déjà la responsabilité de l'Etat pour mauvais fonctionnement de la justice administrative, mais dans l'appréciation du comportement fautif de l'administration, il fallait faire la preuve d'une faute lourde. Cet îlot de résistance du juge administratif, consistant à refuser de sanctionner simplement les lenteurs de la procédure, a également cédé à la faveur de l'arrêt *Magiera*, qui décide que la faute simple suffit pour réparer le préjudice résultant de la durée excessive du procès¹²³. La réception des exigences européennes et l'assouplissement de la jurisprudence administrative ont donc conduit le Conseil d'Etat à créer « un nouveau régime de responsabilité de l'Etat à raison de ce type de dysfonctionnement du service public de la Justice »¹²⁴. Postérieurement à l'arrêt *Magiera*, le juge administratif a manifesté sa volonté de ne pas rendre exceptionnelle l'admission de cette responsabilité, et de développer une jurisprudence conforme aux exigences de la Convention et aux interprétations de la Cour¹²⁵. Le Conseil d'Etat considère même, que la durée excessive d'une procédure fait présumer l'existence d'un préjudice (C.E., 19 octobre 2007, *Blin*). C'est en 2008 que pour la première fois la France sera condamnée pour un refus d'indemnisation d'un requérant qui se plaignait de la durée excessive de la procédure¹²⁶.

Cette évolution répond aux exigences combinées des articles 6-1 et 13 de la Convention, et à la notion de « recours effectif » tel que l'entend le juge européen.

¹²² C.E., 18 juin 2008, *Robert*, le C.E. juge la durée de 15 ans excessive et relève que c'est devant lui et non pas devant les premiers juges que l'affaire s'est enlisée.

¹²³ Il est vrai que le juge judiciaire français avait déjà admis la responsabilité pour faute non qualifiée en cas de délai excessif : C. Cass., Assemblée plénière, 23 février 2001, *Bollé-Laroche*. Sur ce point, J. COURTIAL « La responsabilité de l'Etat du fait de l'activité des juridictions de l'ordre administratif, un droit sous influence européenne ? », in *A.J.D.A.*, 2004, p. 423.

¹²⁴ F. SUDRE, op. cit., in *R.F.D.A.*, 2/2006, p. 315.

¹²⁵ C'est ce qui ressort de l'arrêt du 25 janvier 2006, *S.A.R.L. Potchou*, dans lequel le Conseil d'Etat accepte en premier et dernier ressort de connaître l'action en réparation pour durée excessive de la procédure et de se prononcer sur l'indemnité, alors que le litige au fond n'a pas encore été tranché définitivement par la Cour Administrative d'Appel.

¹²⁶ CEDH, 20 novembre 2008, *Gunes c/France*. Dans ses conclusions à propos de l'arrêt du 6 mars 2009, M et Mme *Helloco*, le rapporteur public R. Keller cite l'arrêt *Gunes*, tout en regrettant que la Cour de Strasbourg n'ait pas tenu compte des efforts accomplis en France, avec la création de nouveaux tribunaux et Cours d'Appel, de postes supplémentaires de magistrats et d'assistants de justice, et de la compétence directe attribuée au Conseil d'Etat pour connaître des affaires liées à la durée excessive. Toutes ces mesures avaient permis de réduire notablement les délais de jugement, *R.F.D.A.*, 3/2009, pp. 546 et s.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat estime que c'est l'ensemble des dommages matériels et moraux qu'il convient de réparer, dès lors qu'ils sont certains et directs. Si la Cour de Strasbourg considère que le préjudice moral doit être présumé dès qu'il y a dépassement du délai raisonnable, elle admet que ce dommage puisse être minime, voire inexistant, et qu'en tout cas il s'agit d'une présomption réfragable¹²⁷. Placé dans la même hypothèse, le juge national doit motiver et justifier clairement sa décision¹²⁸.

Non seulement le Conseil d'Etat se conforme aux exigences de la Cour afin que l'indemnisation soit « globalement adéquate et apte à réparer la violation subie », mais encore, s'agissant par exemple du dommage moral, il ne distingue pas entre les personnes physiques et les personnes morales. Il applique donc également la jurisprudence Magiera aux collectivités territoriales¹²⁹.

Cet aspect du procès équitable concernant le délai raisonnable illustre l'impulsion salutaire donnée par la Cour de Strasbourg aux juridictions nationales, et les avantages que peuvent tirer les justiciables de la collaboration entre le juge européen et la juridiction administrative suprême nationale, qui préserve son indépendance et une certaine marge d'appréciation, tout en conservant la responsabilité qu'elle exerce traditionnellement au sein de l'ordre juridictionnel administratif¹³⁰.

III -LES CONDITIONS D'UN DIALOGUE FRUCTUEUX ENTRE JUGE EUROPEEN ET JUGE NATIONAL

L'enjeu de la Convention européenne des droits de l'Homme consiste à concilier un droit commun aux Etats parties avec leur autonomie nationale. Que ce soit sur les droits matériels ou les garanties du procès équitable, le dernier mot revient toujours à la Cour de Strasbourg. Mais celle-ci a admis qu'elle « ne peut négliger les caractères de fond et de procédure (des) droits internes respectifs¹³¹ et que la Convention n'impose aucune uniformité absolue. C'est pourquoi et en l'absence d'une authentique structure fédérale en Europe, il revient au dialogue

¹²⁷ CEDH, 29 mars 2006, *Apicella c/Italie*. Dans cette affaire, l'arrêt de Chambre du 10 novembre 2004, indemnisait non pas uniquement la période excessive, mais l'ensemble de la procédure : mais cela n'a pas été repris dans l'arrêt rendu par la Grande Chambre en 2006.

¹²⁸ C'est la même approche que le Conseil d'Etat a retenu dans l'arrêt *Blin* (précité) du 19 octobre 2007. Dans ses conclusions sur l'arrêt *M. et Mme Le Helloco* (précité), le Rapporteur public synthétise les arrêts condamnant la France en estimant que c'est aux « environs de 2 ans et demi par instance que se situe la limite de la durée raisonnable aux yeux des juges européens » et que les montants de l'indemnisation « se situent entre 300 et 800 euros par année, la valeur médiane étant de 500 euros environ », in R.F.D.A. 2/2009, pp. 548 et 549.

¹²⁹ C.E., 17 juillet 2007, *Ville de Brest* ; en l'espèce seul le préjudice matériel lié au délai excessif à été réparé et pour la seule période excédant le délai raisonnable, alors que la requérante se prévalait aussi d'un préjudice moral. Sur ce point, S. GIVERNAUD, op. cit., note à la R.F.D.A., 2/2010, pp. 407-408.

¹³⁰ C'est en vertu de cela que le C.E. est directement compétent pour connaître des actions en responsabilité pour durée excessive de la procédure et qu'il peut donner des instructions aux juridictions des premiers degrés pour réduire les délais de jugement (au moyen des contrats d'objectifs).

¹³¹ CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c/Royaume Uni*.

des juges de concilier un ordre juridique européen cohérent avec la diversité des systèmes nationaux ¹³².

Dans le cas français, la convergence des jurisprudences du Conseil d'Etat et de la Cour de Strasbourg est réelle, mais des zones d'incertitude subsistent ¹³³.

§ 1. La nécessaire résorption des divergences et les limites de l'autonomie du juge national

La coexistence de l'ordre juridique européen en général et des ordres juridiques étatiques ne pouvait pas se réaliser sans affrontement. Ceux-ci ont été réels tout en restant mesurés, sans aller jusqu'à la rupture ¹³⁴. Pendant un certain temps on a pu considérer en doctrine et chez certains praticiens, que « l'applicabilité de l'article 6 cristallisait une opposition frontale entre deux logiques irréductiblement divergentes » ¹³⁵. Les confrontations qui ont existé ont suscité un débat intellectuel chez les juristes, conduisant à des réformes graduelles qui n'ont pas fondamentalement bouleversé les pratiques éprouvées et bien établies, tout en promouvant les exigences d'une plus grande sécurité juridique. L'idée que les relations avec le juge européen ne pouvaient être que conflictuelles, en prenant prétexte notamment de la relative instabilité et du manque de lisibilité de la jurisprudence européenne, est aujourd'hui dépassée. Les querelles ont permis de faire aboutir certaines réformes attendues depuis longtemps parfois, et de corriger des imperfections constatées de longue date. L'évolution a confirmé l'inanité des tergiversations et d'une certaine répugnance à appliquer la Convention européenne dans toutes ses implications.

Le décret du 19 décembre 2005 et les textes qui l'ont suivi, ont conduit à l'apaisement et facilité une large réception de la jurisprudence européenne par le juge administratif, qui soit a lui-même modifié sa jurisprudence soit a inspiré les réformes. Les relations désormais apaisées avec le juge européen ont permis au Conseil d'Etat « de se ranger sans délai ni retenue à ses positions, lorsque rien de dirimant ne lui paraît devoir y faire obstacle » ¹³⁶. A cet usage apaisée de la Convention européenne, s'ajoute la prise de conscience que si celle-ci

¹³² Sur ce point, B. GENEVOIS, « Cour européenne des droits de l'Homme et juge national : dialogue et dernier mot » (précité), in Mélanges J.P. COSTA, p. 282.

¹³³ En 2001, J.P. COSTA, futur président de la Cour de Strasbourg écrivait encore « l'avenir est donc assez largement imprévisible », op. cit., in A.J.D.A., 6/2001, p. 518. On l'a vu précédemment, la situation a beaucoup évolué, non sans difficultés.

¹³⁴ O. DORD, op. cit., in Pouvoirs, 96/2001, p. 6.

¹³⁵ L. SERMET, « Bilan de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'application de l'article 6 de la CEDH » (précité), in R.F.D.A., 5/1997, p. 1010. Le même auteur a pu écrire dix ans plus tard, qu'« il n'y a plus aujourd'hui de divergences notables ...n'en déplaise aux esprits chagrins (et nostalgiques) qui en sont encore à affirmer que contentieux administratif et procès équitable ne peuvent aller de concert », dans son étude intitulée « Vers la normalisation des relations entre le Conseil d'Etat et la Cour Européenne des droits de l'homme », in R.F.D.A., 2/2006, p. 287.

¹³⁶ M. GUYOMAR, op. cit., in Mélanges J.P. COSTA, p 316. Pour J. MORAND-DEVILLER, « La jurisprudence de la Cour, jadis perçue comme agaçante par le Conseil d'Etat ...est mieux ressentie désormais », op. cit., p. 100.

est source de contraintes et d'empiètements sur l'autonomie d'interprétation du juge administratif, elle permet aussi à ce dernier de renforcer son office, notamment à propos des validations législatives ou en invoquant l'exception d'inconventionnalité. L'adaptation de l'ordre juridictionnel administratif aux standards communs du procès équitable et le renoncement à un modèle proprement national ont notamment permis une extension du contrôle exercé par le Conseil d'Etat. Le fait que celui-ci mentionne pour la première fois en 2005 un arrêt de la Cour de Strasbourg dans les visas d'une décision, en citant même brièvement le juge européen, a indéniablement une valeur symbolique « témoignant d'une ouverture manifeste à la jurisprudence européenne »¹³⁷.

Tant à propos de l'organisation et du fonctionnement des juridictions administratives qu'en ce qui concerne certains droits fondamentaux, des solutions de compromis ont été trouvées. Il ne pouvait en aller autrement, dans la mesure où les arrêts de la Cour de Strasbourg sont revêtus de l'autorité de chose jugée. Mais dans sa jurisprudence, elle ne s'est pas limitée à un effet relatif et déclaratoire de ses arrêts. Dans le silence de la Convention et en principe « ses arrêts ne sauraient être reconnus comme dotés de l'autorité de la chose interprétée »¹³⁸. Les Commissaires du gouvernement qui ont eu à se prononcer dans leurs conclusions devant le Conseil d'Etat sur la portée des arrêts du juge européen, « ont défini celle-ci en fonction de la lettre de la Convention, quitte à tempérer les conséquences tirées de leur analyse »¹³⁹. Cependant, dans les faits, les interprétations de la Convention par la Cour de Strasbourg sont reçues par les juridictions nationales, et c'est un ralliement de principe à ces interprétations qui est préconisé. Les juges nationaux n'ont guère d'autre issue que de s'aligner sur la jurisprudence européenne, considérant que cela favorise la cohérence d'ensemble du droit. Pour sa part, et on l'a vu précédemment, le Conseil d'Etat s'agissant des stipulations procédurales s'est conformé pratiquement à l'état du droit tel qu'il est interprété par la Cour de Strasbourg, au prix de revirements constituant parfois un peu plus que de simples ralliements, sans pour autant parler de soumission.

Les juridictions nationales peuvent avoir une vision propre de certaines questions et développer une interprétation personnelle de certaines dispositions conventionnelles. Cela peut les conduire à diverger par rapport à la jurisprudence européenne, à vouloir s'émanciper par rapport à elle, ou à ne s'y rallier que très progressivement. Pour sa part, le juge européen peut accepter ou refuser de consacrer les solutions élaborées par le juge national. L'exemple français est « probablement...la meilleure illustration de cette attitude »¹⁴⁰, parce que le Conseil d'Etat entend entretenir une relation de complémentarité plus que de subordination. Les tabous étant levés, son attitude est désormais décomplexée.

¹³⁷ L. SERMET, op. cit., in R.F.D.A., 2/2006, p. 287. Il s'agit de l'arrêt du 20 décembre 2005, *Meyet*, dans lequel le Conseil d'Etat cite parmi les visas de sa propre décision l'arrêt de la CEDH, du 27 avril 1988, *Boyle et Rice c/Royaume Uni*, dont un extrait est même repris dans les motifs de l'arrêt *Meyet*.

¹³⁸ E. CHAPUS, op. cit., p. 126.

¹³⁹ B. GENEVOIS, op., cit., in *Mélanges J.P. COSTA*, p. 285.

¹⁴⁰ Ph. MANIN, op. cit., in *Pouvoirs*, 96/2001, p. 57.

Car « suivre la Cour (européenne) n'est pas davantage une capitulation que ne constituait une rébellion le refus de se plier à des solutions qu'il estimerait en conscience ne pas devoir appliquer »¹⁴¹. Dès lors, et tout en maintenant son approche de la Convention, le Conseil d'Etat adopte les analyses de la Cour de Strasbourg, contribuant à la complète réception de l'ordre juridique conventionnel.

Tout en évitant les divergences frontales dans la définition des principes directeurs du procès équitable, le Conseil d'Etat a le souci d'éviter toute rupture brutale avec les pratiques nationales. C'est ainsi qu'il parvient à une grande convergence entre les garanties du procès équitable au sens de l'article 6-1 et les principes généraux du droit interne, qu'il entend faire respecter. Grâce à cette combinaison des droits issus de l'article 6-1 et des solutions nationales relatives au procès équitable, le Conseil d'Etat dispense les justiciables de poursuivre leur procès jusqu'à la Cour de Strasbourg en cas d'atteinte à leurs droits. Cette réception de la jurisprudence européenne a été tantôt spontanée et tantôt imposée, et cela a concerné aussi bien les droits substantiels que les garanties procédurales¹⁴².

Le juge européen, tel un aiguillon, suscite ou accélère les évolutions jurisprudentielles¹⁴³. Le Conseil d'Etat modifie sa jurisprudence, soit parce qu'il constate que l'acquis jurisprudentiel et la spécificité du procès administratif ne sont pas bouleversés ni sérieusement remis en cause, soit parce que l'application de la Convention lui confère une autorité supplémentaire pour une meilleure protection des libertés.

Le principe est bien que les arrêts de la Cour de Strasbourg ont force obligatoire, obligeant les Etats à s'y conformer dans les litiges concernés. Mais que le juge européen constate une violation de la Convention ou qu'il accorde une « satisfaction équitable, il n'y a pas pour autant obligation de modifier la norme ou la pratique nationales qui sont à l'origine de la condamnation ; « la liberté est laissée aux Etats quant aux moyens à mettre en œuvre pour exécuter l'arrêt de la

¹⁴¹ M. GUYOMAR, op. cit., in Mélanges J.P. COSTA, p. 320.

¹⁴² Sur cet aspect des choses, M. GUYOMAR, « Le dialogue des jurisprudences entre le Conseil d'Etat et la Cour de Strasbourg : appropriation, anticipation, émancipation » (précité), in Mélanges J.P. COSTA, pp. 313 et s. Les cas d'appropriation « contrainte » conduisant à des revirements de jurisprudence sont nombreux en matière de droits substantiels : ex :

- à propos du régime des publications étrangères (C.E., 9 juillet 1997, Association Ekni et CEDH, 17 juillet 2001, Association Ekni c/France, sur la non-conformité de la législation nationale (décret-loi du 6 mai 1939) à l'article 10 de la Convention ;

- de même à propos des atteintes au droit de propriété (C.E., 27 octobre 2000, Mme Vrignon, faisant suite à l'arrêt de la CEDH, 29 avril 1999, Chassagnon et autres c/France).

Dans d'autres hypothèses, le juge français a fait sienne spontanément la jurisprudence européenne, sans attendre la condamnation : ex : à propos du contrôle des lois de validation, dont le C.E. a vérifié la compatibilité avec les exigences de l'article 6-1 (C.E., 5 décembre 1997, Mme Lambert, précité). Le C.E., s'est aussi rallié au raisonnement du juge européen à propos de l'exigence d'un impérieux motif d'intérêt général susceptible de justifier la loi de validation (CEDH., 28 octobre 1999, Zielinski et autres c/France et C.E., 23 juin 2004, Société laboratoire Génévrier ; également, C.E., Assemblée, Avis, 27 mai 2005, Provins et C.E., Section, 10 novembre 2010, Commune de Palavas les flots).

¹⁴³ Cela s'est vérifié notamment à propos du droit au délai raisonnable ou de la publicité des audiences (cf. supra).

Cour »¹⁴⁴. Il leur appartient de décider librement de la manière d'exécuter l'arrêt rendu, et les juges nationaux n'ont pas l'obligation d'aligner leur jurisprudence sur celle de la Cour de Strasbourg, car ils ne sont pas envers elle dans une situation de subordination. En effet, une action engagée devant la Cour de Strasbourg n'est pas une voie de recours contre les décisions définitives des juridictions étatiques.

§ 2. Le rappel du principe de subsidiarité comme limite fixée au juge européen

Lorsque le juge national reprend à son compte, d'une manière ou d'une autre, la jurisprudence européenne, cela revient de fait à lui conférer une certaine prééminence. Le dialogue des juges présente l'avantage d'ouvrir les systèmes juridiques nationaux les uns aux autres, le juge européen s'inspirant en principe de ce qu'il y a de meilleur dans chacun d'eux, pour le plus grand profit de l'Etat de droit. En s'efforçant de dégager des règles procédurales communes et pour établir un droit commun du procès, la Cour se fonde sur « la vocation de sa jurisprudence à être un instrument d'harmonisation des régimes nationaux des droits de l'homme »¹⁴⁵. Le but n'est donc pas d'imposer un modèle juridictionnel unique, mais d'harmoniser les pratiques nationales, en opérant des rapprochements respectueux tout à la fois de la supériorité de la Convention et des droits subjectifs proclamés et de l'autonomie des systèmes dont l'efficacité a été prouvée.

Les procédures françaises n'ont pas attendu l'émergence d'un « ordre public procédural européen » pour sauvegarder les droits des justiciables. C'est pourquoi la convergence des jurisprudences ne saurait être systématique et aller jusqu'à l'uniformisation. Le juge national doit pouvoir exprimer son sentiment et conserver une marge d'appréciation dans l'application du droit au procès équitable, en s'en tenant aux pratiques nationales qui ont fait leurs preuves¹⁴⁶. Compte-tenu de la culture juridique française, attachée à la « chose publique » impliquant « une prise en compte de l'intérêt général plus affirmée que dans d'autres systèmes

¹⁴⁴ J. MORAND-DEVILLER, op. cit., p. 93. Cet auteur écrit également, eod. loc., p. 97 : « A la question de savoir si un requérant qui a été débouté par le Conseil d'Etat et qui gagne ensuite son procès devant la C.E.D.H., peut revenir devant le C.E. pour lui demander de rouvrir l'instance juridictionnelle afin de tirer les conséquences de l'arrêt de la C.E.D.H., le C.E. a répondu par la négative. Les décisions nationales restent revêtues de l'autorité de chose jugée, et l'acceptation de réouverture d'une instance juridictionnelle après un arrêt de la CEDH signifierait la subordination du C.E. à la Cour, qui exercerait un contrôle direct de légalité des décisions du juge national (C.E., 11 février 2004, Mme Chevrol)...ce refus de rouvrir l'instance devant le juge administratif après une condamnation de la C.E.D.H., est actuellement discuté ». Mais la loi du 15 juin 2000 a prévu qu'en matière pénale et en cas de censure de la C.E.D.H., une procédure de réexamen de la condamnation prononcée peut être engagée (art. 626-1 du Code pénal).

¹⁴⁵ CEDH, 18 janvier 1978, Irlande c/Royaume Uni.

¹⁴⁶ C'est ainsi que le Conseil d'Etat a jugé, avant d'être approuvé ou contredit selon les cas, qu'étaient compatibles avec les stipulations de l'article 6-1, le fait de sanctionner les recours juridictionnels abusifs (C.E., 25 juillet 1986, Casanovas), l'obligation du ministère d'avocat (C.E., 8 février 1999, Mme Andas), la règle du désistement d'office (C.E., 10 octobre 1997, Comité de sauvegarde de l'environnement de Simandres et des communes limitrophes, et Demirdjian), l'absence de communication aux parties des conclusions du commissaire du gouvernement (C.E., 29 juillet 1998 ; Esclatine). Sur ce point, M. GUYOMAR, op.cit., in A.J.D.A., 6/2001, p. 524.

juridiques »¹⁴⁷, le Conseil d'Etat, tout en respectant la hiérarchie des normes et la supériorité de la Convention européenne, se considère comme l'interprète naturel des valeurs nationales, notamment dans ses relations avec le juge européen¹⁴⁸. Au-delà de l'attachement aux traditions juridiques et aux spécificités françaises, notamment à propos de la place et du rôle du Commissaire du gouvernement dans le procès, le juge administratif a considéré que cette institution était un moyen parmi d'autres de parvenir à une bonne justice, sans méconnaître les exigences du procès équitable.

La réception des droits garantis par la Convention européenne, s'exerce de trois manières selon M. Guyomar :

- ou bien il existe en droit interne un droit équivalent compatible avec la règle européenne, et alors il suffit d'appliquer la norme nationale, éventuellement à la lumière des exigences conventionnelles ;

- ou bien le droit interne ne remplit pas toutes les exigences européennes, sans être incompatible pour autant, et alors il sera fait une application combinée de la norme interne et de la règle européenne ;

- ou bien la règle interne contestée ou invocable se révèle totalement incompatible avec les exigences de la Convention, et alors dans le cadre du contrôle de conventionnalité elle ne sera pas appliquée¹⁴⁹.

S'il est normal que la jurisprudence européenne l'emporte, cette prééminence doit cependant être contrebalancée par le principe de subsidiarité qui est au fondement du système conventionnel. Sa logique repose en effet sur le fait que le juge national est le premier garant des droits protégés par la Convention, et c'est après épuisement des voies de recours internes que la Cour européenne intervient éventuellement et à titre subsidiaire. Cela laisse aux juges nationaux une marge d'appréciation quant à l'équilibre à instaurer entre les spécificités nationales et les exigences européennes, quitte à manifester certaines divergences naturelles. La possibilité ainsi donnée au juge national de se faire entendre, sans être lié mécaniquement par la jurisprudence de la Cour européenne, contribue au bon fonctionnement du système européen. Si la coopération avec les juridictions nationales est indispensable, le caractère subsidiaire de l'intervention européenne confie au juge national le soin de donner, à son stade, leur plein effet aux exigences conventionnelles. Cela conduit à ce que « la Cour soit appelée à dire le droit, sans avoir elle-même à rendre, dans chaque cas, la justice »¹⁵⁰. Evidemment et pour que la saisine de la Cour européenne soit sans objet, encore faut-il que les juges nationaux aient une bonne connaissance de sa jurisprudence.

Cet édifice juridique repose donc sur une coopération loyale entre juridictions

¹⁴⁷ E. ZOLLER, Introduction au droit public, Dalloz, 2006, p. 217.

¹⁴⁸ D'où le reproche de « nationalisme juridique » qui lui a parfois été adressé.

¹⁴⁹ M. GUYOMAR, op. cit., in Mélanges J.P. COSTA, p. 312.

¹⁵⁰ B. GENEVOIS, op. cit., in Mélanges J.P. COSTA, p. 290.

nationales et juge européen des droits de l'Homme. Le juge national est le mieux placé pour apprécier au plan interne la portée de certaines jurisprudences européennes et leurs inconvénients éventuels, ainsi que les ajustements à opérer. Il appartient au juge européen de faire prévaloir notamment les principes fondamentaux du procès équitable. Mais cette mise en concordance doit être respectueuse des spécificités nationales, car les particularismes des droits internes et la variété des solutions nationales ne sont pas forcément incompatibles avec les stipulations de la Convention. Le légitime « pluralisme au sein même de l'ordre public européen, impose de ne pas juger au nom de principes abstraits la réalité juridique nationale »¹⁵¹.

Ce qui dans le cas français est considéré comme regrettable, c'est que « le travail d'interprétation de l'article 6-1 par la Cour, débouche moins sur l'amélioration (toujours) possible de cet état du droit, que sur la prévalence d'une conception anglo-saxonne du procès, donnant une place excessive aux apparences »¹⁵². Cette prévalence des apparences sur la réalité se concilie mal avec les principes les plus fondamentaux d'organisation de notre juridiction administrative, dont l'œuvre a été considérable dans le renforcement de l'Etat de droit, des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, dont la jurisprudence et le droit administratif qui en est issue sont à la fois des garants de la cohésion interne et un élément majeur de la compétitivité internationale de nos institutions juridiques¹⁵³.

CONCLUSION

Le droit européen a incontestablement joué son rôle de garant commun de la protection des libertés et des droits fondamentaux. Il a éventuellement conduit des pays européens à repenser, voire à restructurer leur procédure. La complémentarité des jurisprudences nationale et européenne a fait progresser partout la notion de droit au procès équitable. C'est cet échange qui a permis l'édification d'un droit nouveau issu de la circulation des modèles et l'enrichissement mutuel des jurisprudences. Ce processus qui fait intervenir le juge européen et les juges nationaux, et qui contribue à une intégration européenne de plus en plus poussée, a pu provoquer la remise en cause ou l'altération de certaines spécificités nationales. La sécurité juridique peut même en être affectée, dans la mesure où le droit interne devient plus complexe, certaines institutions se trouvant déstabilisées, l'identité juridique risquant même de se trouver diluée. Dans le cas français, les conflits ou divergences qui ont pu apparaître ont été limités, amortis dans leurs effets grâce à l'existence d'une communauté de valeurs. Si le poids de la Cour de Strasbourg et de sa jurisprudence est réel, il n'en est pas moins accepté, car cette

¹⁵¹ F. SUDRE, op. cit., in R.F.D.A., 2/2006, p. 297.

¹⁵² R. CHAPUS, op. cit., p. 147.

¹⁵³ D. PEANO, « Qualité et accessibilité des décisions des juridictions administratives », in A.J.D.A., 2011, pp.612 et s. L'auteur montre comment et pourquoi « la facilité d'accès et de compréhension de la jurisprudence administrative ...et fiscale, constituent un élément de l'attractivité d'un pays pour les investisseurs ».

influence s'inscrit dans une tradition juridique qu'elle a confortée plus qu'elle ne l'a révolutionnée. Le droit du contentieux administratif français a dû accepter une certaine normalisation et intégrer des contraintes nouvelles ¹⁵⁴. Aujourd'hui, la procédure devant le Conseil d'Etat est conforme aux exigences de l'article 6-1 tel qu'il est interprété par la Cour de Strasbourg ¹⁵⁵. L'évolution suivie confirme, que « dans les conflits de normes applicables en matière de droits fondamentaux, c'est le point de vue exprimé par le juge qui adopte la vision la plus protectrice de ces droits qui tend à prévaloir » ¹⁵⁶. L'harmonisation européenne des systèmes va toujours dans le sens de standards communs de protection élevés, et non pas vers un nivellement par le bas.

Si l'on a pu dire que le droit français a influencé la formation du droit européen, celui-ci a en retour exercé une emprise croissante sur notre système juridique national, notamment à travers la jurisprudence issue des deux Cours européennes ¹⁵⁷. C'est le Vice-Président du Conseil d'Etat lui-même qui a déclaré récemment, que « le droit européen, non seulement maintient, mais plus encore, amplifie la contribution apportée par ce modèle à la bonne gouvernance publique et à la protection des droits et libertés » ¹⁵⁸. A cet égard, le système européen des droits de l'Homme se révèle finalement moins contraignant que le système communautaire, car le premier impose aux Etats une obligation de résultat, alors que le second peut aller jusqu'à leur imposer en plus une obligation de moyens.

¹⁵⁴ H. PAULIAT, « Les convergences européennes dans le déroulement du procès administratifs » (précité), in R.F.D.A., 8/2008, p. 225.

¹⁵⁵ CEDH, 15 septembre 2009, Yvonne Etienne c/France. Le juge européen l'a admis, tant en ce qui concerne l'assistance du Rapporteur public au délibéré (dès lors que le requérant a la faculté de s'y opposer) et la communication de ses conclusions avec possibilité d'y répondre (depuis le décret du 7 janvier 2009), qu'en ce qui concerne la non-motivation des décisions de non admission des pourvois en cassation. Sur ce point, les observations de S. GIVERNAUD (précité), in R.F.D.A., 2/2010, p. 405.

¹⁵⁶ B. GENEVOIS, op.cit., in Mélanges J.P. COSTA, p. 287.

¹⁵⁷ R. ABRAHAM, op. cit., in Pouvoirs, 96/2001, p. 159.

¹⁵⁸ J.M. SAUVE, « Un modèle français pour l'Europe », Les Annonces de la Seine, 22/2011, p. 4.

FAIR ADJUDICATION PROCESS ACCORDING TO THE EUROPEAN COURT FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND THE STATE COUNCIL'S PRACTICE

The State Council, after much resistance, has harmonised its legal practice with that of the Strasbourg Court. Today, proceedings before the State Council are based on the provisions of article 1b of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Pursuant to the aforementioned, it is important to emphasise that the administrative judge plays or should play, a significant role in the important areas of protection of fundamental rights and the public interest. The application of law from the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is closely related thereto. Various aspects of law in fair trial are the subject of analysis in the rest of this paper. Sometimes it is very difficult to clarify the different aspects because they are extremely closely related.

Key words: *European Court of Human Rights, State Council, jurisprudence*