

*Le syndicat de la magistrature a saisi la haute autorité des rejets opposés à une magistrate membre de cette organisation, concernant ses candidatures pour un poste de chargé de formation à l'Ecole Nationale de la Magistrature, par le ministre de la justice. La haute autorité considère que les éléments versés au dossier laissent présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'appartenance syndicale. Elle estime également que la procédure de recrutement, modifiée en dernier lieu par le décret n°2007-591 du 24 avril 2007, ne présente pas de protection suffisante des magistrats contre les discriminations et que les garanties doivent être renforcées. La haute autorité recommande notamment que le principe de non discrimination soit incorporé à l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.*

Le Collège :

Vu la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ;

Vu le Préambule de la Constitution de 1946 ;

Vu la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée ;

Vu la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, notamment son article 11 ;

Vu le décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

Sur proposition du Président,  
Décide :

La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie par courrier du 22 juin 2006 d'une réclamation du syndicat de la magistrature relative aux rejets des candidatures présentées par Mme X, magistrate membre de ce syndicat, à un poste de chargé de formation fonction « siège pénal – application des peines » auprès de l'Ecole Nationale de la Magistrature (E.N.M.).

Mme X était, à la date de ses candidatures, conseiller national du syndicat de la magistrature et déléguée de la section du syndicat au tribunal de grande instance de D, avant d'être élue, au cours de l'instruction, présidente de ce syndicat.

Selon le syndicat, ces candidatures auraient été rejetées en raison de l'appartenance syndicale de l'intéressée. Il évoque également le manque de transparence du processus de recrutement.

Mme X et le syndicat de la magistrature ont introduit un recours devant le Conseil d'Etat contre la décision du 29 août 2006 portant nomination de Y, magistrat dont la candidature a été retenue pour le poste concerné. L'instance est toujours pendante devant cette juridiction.

La procédure de recrutement des chargés de formation à l'E.N.M. est prévue par les articles 10 et suivants du décret n° 99-1073 du 21 décembre 1999, modifié par le décret n° 2004-422 du 12 mai 2004, ainsi que par le décret n° 2007-591 du 24 avril 2007, non applicable lors de l'examen des candidatures de l'intéressée.

La nomination à un emploi de chargé de formation à l'E.N.M. constitue un avancement. Il s'agit d'un avancement d'échelon pour les magistrats appartenant déjà au premier grade et les fonctionnaires détachés dans un tel emploi et d'un avancement de grade pour les magistrats du second grade.

La procédure applicable se déroule en trois étapes.

Dans un premier temps, les candidats aux fonctions de chargé de formation sont entendus par une commission, qui était composée lors de l'examen des candidatures de Mme X, de certains membres dirigeants de l'Ecole et de son équipe pédagogique.

Cette commission transmet ensuite au directeur de l'Ecole un avis motivé sur le mérite de chaque candidature.

Enfin, la nomination est prononcée par arrêté du Garde des sceaux après avis du directeur de l'Ecole, pour une durée de trois ans renouvelable une fois.

Ainsi, deux avis doivent successivement intervenir afin de parvenir au choix d'un seul candidat : l'avis de la commission de recrutement et l'avis du directeur de l'Ecole lui-même.

Cette procédure est destinée à déterminer le candidat le plus compétent pour le poste envisagé, par l'examen de son dossier professionnel, son audition et l'adéquation au profil recherché pour chaque spécialité.

Toutefois, le Garde des sceaux n'est pas lié par l'avis du directeur. La procédure ne prévoit pas l'adoption d'une décision de rejet motivée émanant du Garde des sceaux à l'attention du candidat par ailleurs retenu par la commission de recrutement ou par le directeur de l'Ecole.

En l'espèce, Mme X s'est portée candidate à trois reprises, en 2005 et 2006, à un poste de chargé de formation fonction « siège pénal – application des peines » à l'E.N.M. Les deux premières fois, sa candidature n'a pas été retenue par l'Ecole.

La troisième fois, elle a présenté sa candidature le 8 mars 2006, avec une autre candidate, Mme Y, qui exerçait également la fonction de juge de l'application des peines au tribunal de grande instance de F depuis le 13 août 2004.

La candidature de Mme X a alors été retenue par le directeur de l'Ecole, après qu'elle ait été entendue par la commission de recrutement réunie en avril 2006.

Dans son avis au Garde des sceaux en date du 25 avril 2006, le directeur de l'E.N.M., M. B, souligne « *qu'après un examen attentif des candidatures, (...) Madame X (...) présente le*

*profil requis pour occuper ces fonctions. Le parcours diversifié et l'expérience confirmée dans des fonctions pénales et à l'application des peines de ce magistrat me paraissent constituer des atouts importants pour la qualité de la formation dispensée aux auditeurs de justice.».*

A la haute autorité, par un courrier en date du 23 avril 2007, ce directeur confirme le choix de l'Ecole, l'autre candidate (Mme Y) ayant selon lui « *une expérience professionnelle moins étendue en cette matière* ». Toutefois, c'est la candidature de Mme Y qui a été retenue par la Chancellerie.

L'article 64 de la Constitution du 4 octobre 1958 prévoit que le statut des magistrats de l'ordre judiciaire relève d'une loi organique. Ainsi, c'est l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature qui régit leur situation. Néanmoins ce texte ne comporte aucune disposition tendant à assurer la protection des magistrats contre les discriminations.

De même, l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, qui interdit les discriminations à l'encontre des fonctionnaires et agents publics, ne s'applique pas aux magistrats en vertu de son article 2.

Toutefois, la liberté pour les magistrats judiciaires d'exercer une activité syndicale est protégée par les dispositions constitutionnelles. Ainsi, aux termes de l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution de 1946, « *Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix* ».

De même, le principe constitutionnel d'égal accès aux emplois et fonctions publics posé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qui dispose que « *Tous les citoyens (...) sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans aucune distinction que celle de leur vertu et de leurs talents* », et celui qui en découle d'égalité de traitement des fonctionnaires d'un même corps dans le déroulement de leur carrière, sont applicables aux magistrats judiciaires.

En effet, le Conseil d'État a expressément reconnu que le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires d'un même corps, autant que le principe d'égal accès aux emplois et fonctions publics, étaient applicables aux magistrats judiciaires (CE, 29 juin 1983, Pacaud et autres, n° 47876, 47882, 47883, 47884, 47915, 47931).

En outre, le Conseil Constitutionnel a reconnu un principe d'égalité de traitement des magistrats dans le déroulement de leur carrière (Cons. const. déc. n° 93-336 DC, 27 janv. 1994, Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature ; Cons. Const. n° 2001-445 DC 19 juin 2001, Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature).

Lors de l'instruction menée par la haute autorité, la Chancellerie a fait valoir que le pouvoir de nomination du Garde des Sceaux ne s'exerce pas arbitrairement mais se fonde sur deux critères précis tenant, à titre principal, à la compétence des candidats et, à titre complémentaire, aux contraintes de gestion du corps judiciaire.

En premier lieu, s'agissant des compétences, le ministre met principalement en avant le fait que chaque candidature « *fait l'objet d'un examen attentif fondé sur l'étude de son dossier*

*administratif - notamment de ses évaluations - », qu'« il est ainsi essentiellement tenu compte de la formation théorique et pratique, de l'expérience universitaire et professionnelle des candidats au regard de la fonction qu'ils envisagent d'enseigner à l'Ecole. ». Par ailleurs, d'après le ministre, sont prises en compte « certaines qualités qui tendent à favoriser l'ouverture du corps judiciaire vers des activités extérieures et vers l'international (maîtrise d'une langue étrangère, acquis d'expérience dans d'autres emplois que judiciaires...). ».*

La Chancellerie souligne également le fait qu'elle s'attache à retenir « *les candidats dont les qualités de dynamisme, d'animation et d'aptitude au travail en équipe, d'ouverture d'esprit et de dialogue ont été (...) mises en évidence au cours de leur carrière professionnelle.* ».

En l'espèce, il ressort des pièces du dossier que le parcours professionnel de la réclamante était particulièrement en adéquation avec le profil recherché pour le poste de chargé de formation fonction « siège pénal-application des peines », par rapport à celui de Mme Y.

En effet, Mme X a une expérience des fonctions de juge d'application des peines depuis septembre 2001 à la Cour d'appel de D puis au tribunal de grande instance de D depuis septembre 2002 (soit plus de 4 ans à la date de sa dernière candidature), tant en milieu fermé qu'ouvert, supérieure à celle de Mme Y (plus de 1 an à la date de sa candidature) qui a exercé de telles fonctions au tribunal de grande instance de F depuis août 2004.

En outre, l'expérience de Mme X est plus diversifiée. Après avoir pris ses fonctions dans la magistrature en 1992, elle a successivement occupé le poste de substitut du Procureur au tribunal de grande instance de A (1992-1994), puis elle a été affectée à la direction des services B (1994-1996). Elle a ensuite occupé les fonctions de juge près la Cour d'appel de C (1996-2000), puis près celle de D (2000-2002) avant d'être nommée juge d'application des peines au tribunal de grande instance de D (septembre 2002).

L'expérience de Mme Y dans la magistrature est moins variée car depuis la nomination à son premier poste en septembre 1995, elle a exercé ses fonctions de magistrat exclusivement au Parquet.

Concernant le domaine de la formation, Mme X disposait, à la différence de la candidate retenue, d'une expérience très importante. Elle avait, en effet, déjà effectué de nombreuses interventions à l'E.N.M., dans le cadre de la formation initiale des magistrats sur des modules « application des peines » et des modules « entretiens judiciaires ». Elle a, en outre, enseigné pendant de nombreuses années à l'Ecole Nationale de l'Administration Pénitentiaire au titre de la formation des conseillers d'insertion et de probation. La réclamante était également, depuis 2002, chargée d'un cours sur les aménagements de peine au sein du Master de droit de l'exécution des peines de l'université de E.

Dans son mémoire en défense devant le Conseil d'État, le ministre de la justice invoque simplement le fait que Mme Y avait collaboré : « *à une formation organisée par l'Ecole nationale de la magistrature, membre du réseau des écoles du service public* ».

Par ailleurs, Mme X, qui figurait depuis 2002 sur le tableau d'avancement, bénéficiait d'appréciations particulièrement élogieuses de la part de sa hiérarchie.

Si la direction des services judiciaires insiste sur les évaluations très favorables de Mme Y, alors que les qualités tenant au dynamisme, à l'animation, l'ouverture d'esprit et au dialogue de Mme X n'auraient pas été mises en évidence par l'évaluateur en 2005 et 2006, de tels

éléments qui ne sont que partiellement établis ne suffisent pas, à eux seuls, à considérer la candidature de Mme Y comme étant la plus adéquate pour le poste susmentionné.

Enfin, la direction des services judiciaire fait valoir, dans son courrier en date du 19 juin 2008, que Mme Y étant bilingue en anglais, cette compétence a « *compté dans le choix de la Chancellerie (...)* ».

Outre que le *curriculum vitae* de Mme X montre qu'elle disposait également d'une bonne connaissance de la langue anglaise, il ne ressort pas du profil de poste susmentionné que la connaissance d'une langue étrangère pouvait être un élément déterminant, et n'a d'ailleurs pas été mis en avant par le directeur de l'Ecole dans son avis au Garde des Sceaux.

Le ministre a donc porté son choix sur une candidate moins expérimentée, tant dans les fonctions de juge de l'application des peines, que dans le domaine de la formation et qui, de surcroît, n'avait pas été proposée par le directeur de l'Ecole.

S'agissant, en second lieu, des contraintes de gestion du corps judiciaire, le ministre fait valoir, par un courrier en date du 27 avril 2007, que la nomination des candidats prend en compte également leur « *mobilité géographique et fonctionnelle, conforme au bon fonctionnement du service public de la justice* » qui peut même « *devenir un critère décisif de choix entre deux candidatures de qualité équivalente* ». Il précise qu'« *actuellement, la quasi-totalité des magistrats détachés en qualité de chargés de formation était précédemment affectée dans des ressorts géographiques autres que celui de la Cour d'Appel de Bordeaux* ». Il s'agit pour la Chancellerie d'« *éviter que ne se multiplient les mouvements entre les juridictions de Bordeaux et l'école* ».

Par un courrier en date du 19 juin 2008, le ministre ajoute que les impératifs liés à la mobilité fonctionnelle et géographique des magistrats ont été mis en avant par le Conseil supérieur de la magistrature et qu'ils découlent également de plusieurs dispositions de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958.

Il précise « *qu'afin que tous les magistrats puissent exercer des fonctions à l'Ecole, la chancellerie cherche à atteindre un juste équilibre, en nommant à la fois des magistrats ayant été affectés précédemment dans des juridictions du ressort de la cour d'appel de Bordeaux et des magistrats venant d'autres cours.* ».

Le Conseil d'État s'est déjà prononcé sur la mobilité des magistrats en considérant que la doctrine fondée sur une volonté de mobilité des personnels, consistant à s'opposer par principe aux promotions sur place, crée une discrimination illégale entre les magistrats de même grade (CE, 19 janv. 1994, Obrego, n° 134096 ; CE, 5 mai 1999, Leroux, n° 182085).

Dès lors, si pour s'opposer à une promotion, l'administration ne peut légalement fonder sa décision sur l'exigence de mobilité des magistrats, cette exigence semble pouvoir être retenue, à titre subsidiaire, lorsque l'administration doit examiner des candidatures de qualité équivalente.

L'instruction a montré que certains magistrats enseignants à l'E.N.M. sont originaires de juridictions de Bordeaux, ce qui est le cas de Mme Y, candidate retenue, qui est issue du tribunal de grande instance de F, qui se trouve dans le ressort de la Cour d'appel de Bordeaux,

et qu'inversement, de nombreux magistrats ayant enseigné à l'E.N.M. ont été nommés dans la juridiction bordelaise, ce que finalement admet la Chancellerie.

Par ailleurs, à supposer même que les deux candidates aient été d'égale valeur, il ne ressort pas du dossier que Mme X n'aurait pas suffisamment satisfait à la mobilité professionnelle au cours de sa carrière puisqu'elle a successivement exercé ses fonctions à A, B, C avant d'être affectée à D en 2000.

En outre, l'argument tiré de ce que Mme X était en fonction dans le ressort de la Cour d'appel de Bordeaux depuis six ans et demie, à la date de sa candidature, alors que Mme Y ne l'était que depuis deux ans, n'est pas à lui seul déterminant.

Dès lors, le critère de mobilité géographique et fonctionnelle avancé par la direction des services judiciaires, s'il n'est pas illégal en ce qu'il peut intervenir pour départager des candidats d'égale valeur, semble néanmoins insuffisant pour justifier un refus de nomination. Il présente de surcroît un risque potentiel de discrimination en ce qu'il pourrait conduire l'administration à s'abriter derrière lui pour masquer un comportement qui pourrait se révéler discriminatoire.

La direction des services judiciaires fait en dernier lieu valoir que Mme X vient d'être nommée, par décret du 27 août 2008, vice-présidente à la Cour d'appel de D, conformément à ses souhaits, après une précédente promotion au 1<sup>er</sup> grade en août 2006, au T.G.I. de F (au moment du rejet de sa candidature à l'E.N.M.) ce qui tendrait à montrer qu'il n'aurait jamais été porté atteinte à sa carrière.

Toutefois, les nominations successives dont elle a bénéficiées, dans des délais relativement rapprochés, ne permettent pas d'établir que sa candidature n'aurait pas été écartée à tort.

Ainsi, les deux critères tenant à la compétence des candidats et aux contraintes de gestion sur lesquels se fonde le pouvoir de nomination du Garde des Sceaux ne paraissent pas suffisants pour établir la transparence et l'objectivité de la procédure de nomination.

En effet, la procédure de nomination qui autorise en fait des nominations totalement discrétionnaires, le choix étant pris sans tenir compte de l'évaluation des candidats préalablement réalisée au sein de l'Ecole, ne comporte pas de garanties suffisantes contre le risque de pratiques discriminatoires, alors que toute procédure d'avancement et de nomination se doit de garantir l'indépendance des magistrats et donc, de satisfaire à des critères de transparence et d'objectivité.

Dès lors, l'absence d'éléments objectifs convaincants permettant de justifier les choix opérés par la Chancellerie, et de toute motivation de la décision d'écarter la dernière candidature de Mme X, alors que son parcours professionnel correspondait particulièrement au profil recherché et que le directeur de l'Ecole avait retenu sa candidature, laissent présumer l'existence d'une discrimination à son encontre en raison de ses responsabilités syndicales, dont il n'est pas contesté qu'elles étaient connues de la Chancellerie à la date du rejet de sa candidature.

Au regard de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 qui fonde sa compétence, la haute autorité peut ainsi se livrer à une appréciation de la pertinence des explications données en l'espèce, par le ministre de la justice, et de manière générale, par toutes les personnes

publiques ou privées mises en cause. Devant les juridictions, le législateur a prévu un aménagement de la charge de la preuve au profit des victimes de discrimination. S'il appartient à ces personnes de présenter des éléments de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination, c'est au mis en cause de prouver que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à toute discrimination.

Ce principe, réaffirmé par l'article 4 de loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, a été notamment étendu aux fonctionnaires et agents publics relevant de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, mais ne bénéficie donc pas aux magistrats.

Le Collège estime donc nécessaire de faire bénéficier les magistrats, des mêmes garanties offertes aux fonctionnaires par l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 et la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, par l'introduction du principe de non discrimination et de son corollaire relatif à l'aménagement de la charge de la preuve, dans l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958.

Afin de permettre la vérification de l'égalité de traitement des candidats, le Collège de la haute autorité recommande également au ministre de la justice, en application de l'article 11 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, de renforcer les garanties contre le risque de pratiques discriminatoires, en instaurant une obligation de motivation de sa décision portant rejet d'une candidature qui a été proposée par la commission de recrutement ou par le directeur de l'E.N.M., qui devra mentionner les critères sur lesquels son choix a été fondé.

En effet, si les dispositions du décret n° 2007-591 du 24 avril 2007 ont élargi la composition de la commission de recrutement en y introduisant deux membres du conseil d'administration de l'E.N.M., elles demeurent insuffisantes pour assurer la transparence de la procédure, le recours à la motivation du ministre paraissant seule de nature à atteindre le but poursuivi.

La haute autorité devra être informée des mesures prises conformément à ses recommandations, dans un délai de six mois à compter de la notification de la présente délibération.

Enfin, le Collège décide, conformément à l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004 susmentionnée, de présenter des observations dans l'instance en cours devant le Conseil d'État.

Le Président

Louis SCHWEITZER