

Délibération n° 2008-187 du 15 septembre 2008

Le syndicat de la magistrature a saisi la haute autorité des rejets opposés à une magistrat 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 « enfants » auprès de l'Ecole Nationale de la Magistrature (E.N.M.).

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.

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 l'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 retenu par la commission de recrutement ou par le directeur de l'Ecole.

En l'espèce, Mme X qui était, à la date de ses candidatures, déléguée régionale du syndicat de la magistrature à la Cour d'appel de A, a présenté sa candidature pour un poste de chargé de formation « enfants » en mars, juin et septembre 2004.

La commission de recrutement a, à trois reprises, retenu sa candidature, alors que la direction de l'Ecole l'a écartée à chaque fois.

Ainsi, lors des réunions des 15 juin et 2 juillet 2004, la commission de recrutement a estimé que sa candidature était « *valable car soutenue par une forte motivation et une expérience confirmée. Madame X intervient régulièrement et avec succès dans les formations initiales organisées par l'ENM* ». Ainsi, seule sa candidature a été considérée comme « utile », contrairement à ce qu'indique, en dernier lieu et sans l'établir, le ministre de la justice.

En comparaison, les deux autres candidats, M. Y et Mme Z, ont été considérés par la commission comme ayant une « *ancienneté et une expérience encore limitées* », s'agissant de M. Y, et comme n'étant « *pas apparu utile à la commission* », s'agissant de Mme Z.

En outre, la réclamante soutient qu'en juillet 2004, lors d'un entretien de recrutement, il lui aurait été demandé, en lui précisant qu'elle n'était pas obligée de répondre, comment elle pensait concilier sa fonction de chargé de formation avec son engagement syndical. Cet élément n'a pas été contesté par la direction de l'E.N.M.

Par ailleurs, lors des réunions de la commission de recrutement des 4 et 7 octobre 2004, à l'occasion desquelles a été examinée notamment la dernière candidature de Mme X, cette

commission a considéré que : « *les trois candidats (qui avaient postulé) présentent des profils différents, tous trois sont cependant susceptibles d'occuper le poste offert.* ».

Toutefois, reprenant sa précédente motivation, la commission a estimé que Mme X a été la seule dont la « *candidature a été jugée valable, car soutenue par une forte motivation et une expérience confirmée* », ajoutant que la réclamante « *intervient régulièrement dans les formations initiales organisées par l'école et est appréciée à ce titre par les chargés de formation « enfants » en poste à l'école. Son profil se rapproche de celui du dernier chargé de formation recruté dans l'équipe « enfants* ».

Concernant l'un des autres candidats, M. Y, la commission a notamment émis une réserve tenant au fait qu'il s'agissait d'un « *candidat jeune, ayant une bonne expérience des fonctions de juge des enfants, dans une seule juridiction cependant (seul poste occupé)* ». S'agissant du troisième candidat, M. F, la commission s'est montrée réservée en estimant qu'« *il a toutefois quitté les fonctions de juge des enfants depuis 4 ans.* ».

Pourtant, le directeur de l'Ecole a décidé le 15 octobre 2004 de porter son choix sur la candidature de M. Y, malgré les réserves exprimées par la commission, sans pour autant motiver sa décision, avis entériné par le ministre de la justice.

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 souligne qu'une fois l'avis du directeur de l'Ecole recueilli, chaque candidat « *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.*».

Il ressort du dossier que le parcours professionnel de Mme X était particulièrement en adéquation avec le profil recherché pour le poste de chargé de formation « enfants », qui mettait l'accent notamment sur l'expérience requise en matière de formation et sur la nécessité d'un profil plurifonctionnel.

En effet, la réclamante intervenait, à l'époque de sa candidature, depuis une dizaine d'années (1998) à l'E.N.M. dans différentes sessions de formation et notamment, dans le cadre du module « entretien judiciaire » et « application des peines ».

Ses interventions étaient très appréciées par les chargés de formation « enfants » en fonction à l'E.N.M, ce qui est d'ailleurs souligné par l'avis de la commission de recrutement, et ses compétences en matière notamment de formation étaient unanimement reconnues au sein de l'Ecole.

Elle a, en outre, avec l'aide d'un psychologue, rédigé un guide de l'entretien judiciaire, ce document étant distribué à toutes les promotions d'auditeurs de justice.

Par ailleurs, la réclamante avait exercé des fonctions de juge des enfants à D et à E, pendant une durée totale de onze ans à la date de sa candidature. Elle avait également exercé des fonctions de juge d'application des peines au sein de plusieurs juridictions. Alors que M. Y, candidat retenu, avait pris ses fonctions de magistrat depuis 7 ans, il n'avait au moment du dépôt des candidatures, qu'une expérience de juge des enfants et au sein d'une seule juridiction.

Si le ministre fait valoir concernant M. Y, qu'il était plus diplômé que la réclamante et qu'il bénéficiait d'évaluations particulièrement élogieuses, de tels éléments, qui ne sont que partiellement établis, ne paraissent pas suffisants.

Ainsi, c'est un candidat ayant une expérience moindre dans le domaine de formation, qui n'a d'ailleurs pas été mise en avant lors des réunions de la commission de recrutement, et avec une expérience et une ancienneté encore limitées dans la magistrature qui a été choisi par le directeur de l'Ecole et la Chancellerie.

S'agissant, en second lieu, des contraintes de gestion du corps judiciaire, le ministre a fait valoir, par un courrier en date du 27 avril 2007, que la nomination des candidats prend également en compte 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* ». Par ailleurs, 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, il 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.

Le ministre 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.

Toutefois, l'instruction a montré que certains magistrats enseignants à l'E.N.M. sont originaires de juridictions 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 candidats aient été d'égale valeur, il ne ressort pas du dossier, que Mme X n'aurait pas suffisamment satisfait à la mobilité professionnelle, d'autant qu'à la date de sa candidature elle était juge au tribunal de grande instance de D qui ne se trouve pas dans le ressort de la Cour d'appel de Bordeaux.

Ainsi, 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.

Enfin, la promotion de Mme X au tribunal d'instance de F postérieurement au rejet de sa candidature à l'E.N.M. (décret du 27 juin 2005) ne permet pas pour autant d'établir que celle-ci n'aurait pas été écartée à tort.

Par suite, 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 le choix opéré par la Chancellerie, et de toute communication écrite ou de motivation de la dernière décision d'écartier la candidature de Mme X, alors que son parcours professionnel correspondait particulièrement au profil recherché et que la commission de recrutement avait préféré 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 de l'adoption de la décision contestée.

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.

Le Président

Louis SCHWEITZER