

N° 424326

M. C...

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 27 mai 2019

Lecture du 14 juin 2019

CONCLUSIONS

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

1. En vertu de l'article 14 du décret du 24 septembre 2015 relatif à l'organisation et au régime administratif et financier de l'Ecole polytechnique, « *Le président du conseil d'administration est nommé par décret en conseil des ministres, sur proposition du ministre de la défense, pour une durée de cinq ans renouvelable.* ».

Ce même article précise qu'« *Il est choisi, après appel public à candidatures, publié au Journal officiel, parmi les personnalités justifiant d'une compétence scientifique dans les domaines d'activité de l'école ou ayant une expérience de l'enseignement supérieur ou de la recherche* ».

Un avis de concours et de vacance d'emplois a été publié au Journal officiel du 22 février 2018. Par un décret du 3 août 2018, le Président de la République a nommé M. B... président du conseil d'administration de l'Ecole Polytechnique.

Ce décret de nomination est attaqué devant vous, par M. C..., candidat non retenu.

2. Avant d'entrer dans le vif du sujet, deux précisions nous apparaissent utiles.

Premièrement, le décret du 24 septembre 2015 a eu pour objet de transformer l'Ecole polytechnique, qui est un établissement public administratif d'enseignement supérieur, en établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel constitué sous la forme d'un grand établissement, au sens de l'article L. 717-1 du code de l'éducation. Il a fixé les règles particulières d'organisation et de fonctionnement de l'Ecole polytechnique. Elle continue à relever de la tutelle du ministre de la défense et n'est pas dotée d'un conseil académique. Le rôle de ce dernier est assuré par le conseil d'administration de l'école et un conseil d'établissement.

Deuxièmement, l'Ecole polytechnique est dotée à la fois d'un président de conseil d'administration et d'un directeur général, qui sont tous deux nommés par décret en conseil des ministres, étant précisé que le décret¹ impose, pour le seul directeur général, qu'il soit un officier général.

3. Quatre moyens sont d'abord soulevés s'agissant de la légalité externe de ce décret.

¹ Article 16

Sous des angles différents, ils portent sur l'existence d'un comité de sélection. La nomination du président a, en effet, été précédée d'un examen des candidatures par un cabinet de recrutement qui a transmis une synthèse à un comité de sélection. Celui-ci a auditionné certains candidats avant de remettre son avis à la ministre des armées.

Premièrement, différents arguments tendent à mettre en cause la légalité de l'existence même de ce comité de sélection ou de sa composition.

Contrairement à ce qui est soutenu, l'existence d'un « comité de sélection » dans la procédure de choix ne nous paraît pas poser en soi un problème de légalité. Vous en avez, certes implicitement, validé l'existence dans votre décision Mme D... (26 janvier 2018, Mme D..., n° 401796, aux Tables). Compte tenu de la publicité large de l'appel à candidatures et des enjeux en présence, le ministre de la défense a souhaité recourir à un tel comité pour examiner les candidatures. Aucune disposition légale ou réglementaire ne l'interdit. Et nous ne voyons pas en quoi une telle procédure poserait une difficulté légale, dès lors que deux conditions sont respectées : d'une part, ce comité ne saurait avoir un rôle décisionnaire, d'autre part, le principe d'impartialité doit évidemment être respecté.

Précisément, est également soulevé un défaut d'impartialité, notamment parce que l'un des membres de ce comité est président du conseil d'administration de l'Institut Mines-Télécom, également vice-président du CGEIET (Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies). Mais vous avez déjà jugé que la présence, au sein d'un organe consultatif du même type, de membres ayant entretenu des relations de nature professionnelle avec le candidat finalement retenu ne pouvait être regardée par elle-même comme caractérisant un défaut d'impartialité (Mme D..., précitée, aux Tables sur ce point). En l'espèce, aucun élément ne permet d'établir un manque d'impartialité de l'un des membres du comité.

Par ailleurs, le fait que le cabinet de recrutement ait été choisi et financé par l'Ecole polytechnique alors même que l'un des candidats était le président sortant de l'Ecole n'est pas de nature à vicier le processus.

Enfin, la circonstance que le candidat retenu ait été, par ailleurs, auditionné dans le cadre d'une mission de réflexion sur le regroupement des écoles du plateau de Saclay n'est pas de nature à méconnaître le principe d'égalité.

Deuxièmement, la présence d'un cabinet de recrutement et celle d'un comité de sélection constituerait une délégation illégale de sa fonction de sélection par l'autorité de nomination. Mais d'une part le recours à un cabinet de recrutement avait pour objet de procéder à une évaluation des candidats. D'autre part le comité de sélection a apporté un avis. La ministre n'était pas liée par l'avis du comité de sélection, qui était en quelque sorte un « appui à sa décision », sans s'y substituer. Elle a bien, seule, proposé au Président de la République, qui a décidé.

Troisièmement, et dans la poursuite du précédent moyen, la procédure serait entachée d'irrégularité dès lors que la candidature du requérant n'aurait pas été étudiée par l'autorité en charge de la nomination. M. C... a présenté sa candidature puis il a demandé à être entendu par le comité de sélection. Il lui a été répondu par mail, par un conseiller ministériel, que la candidature avait fait l'objet d'un examen attentif de la part du comité de sélection, mais avait

été écartée par celui-ci. Cette formulation un peu maladroite ne signifie pour autant rien d'autre que le fait que le comité de sélection n'a pas proposé la candidature du requérant. Mais il n'a pas pour autant décidé de l'issue du recrutement. En outre, les textes n'imposent pas que toutes les candidatures soient présentées au conseil des ministres, mais seulement la proposition du ministre compétent (23 octobre 1985, N..., n° 42752, aux Tables).

Enfin, le requérant soutient que sa demande de communication des motifs est restée sans réponse. Toutefois, cette décision n'a pas à être motivée : une nomination sur un tel emploi n'est pas un avantage dont l'attribution constitue un droit au sens de l'article L. 211-2 du code des relations entre le public et l'administration. En tout état de cause, le courriel déjà évoqué du cabinet de la ministre lui a précisément apporté des éléments de réponse.

4. S'agissant ensuite de la légalité interne, il est soutenu que le candidat retenu ne correspondrait pas aux exigences du décret.

Rappelons au préalable que lorsque des nominations laissent une large liberté de choix au Gouvernement, vous rappelez que « *l'appréciation des candidats, à laquelle se livre l'autorité investie du pouvoir de nomination, doit s'effectuer en tenant compte des attributions confiées aux membres du corps dont il s'agit et des conditions dans lesquelles ils exercent leurs fonctions* » (Assemblée, 16 décembre 1988, L... c/ S..., n° 77713, au Recueil).

Il nous faut d'abord qualifier ce moyen qui ne l'est pas vraiment dans la requête. Nous y voyons un moyen d'erreur manifeste d'appréciation ou d'erreur d'appréciation, selon le contrôle que vous déciderez d'exercer en la matière. Cette question mérite précisément attention. Des arguments plaident dans les deux sens.

Un contrôle d'erreur manifeste d'appréciation serait, en première approche, acceptable.

Nous sommes en présence d'une nomination par décret en Conseil des ministres, pour un poste à responsabilité, qui requiert une large marge d'appréciation de l'autorité de nomination.

De plus, votre jurisprudence a globalement privilégié un contrôle restreint.

Pour les nominations au tour extérieur, comme pour les nominations à des corps d'inspection par décret en conseil du ministre, vous appliquez un contrôle restreint.

Vous reprenez également un contrôle restreint pour des nominations à des emplois de direction au sein d'un établissement public lorsque les textes n'imposent pas de compétence précise (décision *Mme D...* précitée pour l'Ecole nationale supérieure des métiers de l'image et du son ; 13 novembre 2002, *Mme A...et autres*, n° 239064, au Recueil, pour la nomination du directeur du musée d'Orsay).

Mais tel a aussi été le cas lorsque de tels critères ont été fixés (19 décembre 2007, *Commission de recherche et d'information indépendante sur la radioactivité*, n° 300451, aux Tables, s'agissant des membres du collège de l'Autorité de sûreté nucléaire, qui doivent être nommés « en raison de leur compétence dans les domaines de la sûreté nucléaire et de la radioprotection » ; 16 mars 2001, *Société coopérative Greenpeace Energy EG et Association de consommateurs*, n°s 221255, 221392, au Recueil, s'agissant des membres de la

Commission de régulation de l'énergie, nommés « en raison de leur qualification dans les domaines juridique, économique et technique »).

En troisième lieu, même si le décret qui nous intéresse ici apporte des précisions en termes de critères de sélection, elle nous semble en réalité correspondre à des exigences assez évidentes : les critères sont fondés soit sur les compétences scientifiques dans les domaines d'activité de l'école, soit sur l'expérience de l'enseignement supérieur ou de la recherche. Même en l'absence de tels critères, vous n'auriez sans doute guère de difficulté à retenir une erreur manifeste d'appréciation dans le cas d'une personne ayant une connaissance trop faible du domaine scientifique ou du milieu de l'enseignement supérieur pour un tel poste. Un contrôle restreint n'est pas une absence de contrôle, comme vous l'avez montré dans votre décision d'Assemblée L... précitée.

Enfin, des critères de compétences pourraient être distingués de conditions légales ou statutaires posées à une candidature, en termes par exemple d'ancienneté ou d'appartenance à un corps. C'est d'ailleurs le cas pour le directeur général de l'Ecole polytechnique (qui doit être officier général) mais pas pour son président.

Pour autant, des arguments militent en sens inverse. Nous en voyons trois.

D'abord, même s'il ne s'agit pas de conditions, des critères ont été fixés, que le juge est à même d'apprécier. Autant le contrôle restreint est la seule issue en l'absence de tout critère, autant leur existence conduit à en vérifier le respect. Leur caractère plus « subjectif », il est vrai, qu'une réponse qui peut être manichéenne en cas de condition légale ou statutaire, ne saurait en soi être un frein à son appréciation par le juge de l'excès de pouvoir, comme il le fait en d'autres domaines. S'agissant des conditions légales ou statutaires, le contrôle peut d'ailleurs être plutôt celui de l'erreur de droit, voire de l'erreur de fait. Pour des critères fixés, il y a, en tout état de cause, place pour un contrôle de la façon dont ils ont été appréciés par l'autorité de nomination.

Ensuite, si peu de précédents existent dans votre jurisprudence, c'est peut-être aussi parce qu'à ce stade, peu de nominations de ce niveau étaient accompagnées de critères préalables de sélection. Or, ceux-ci tendent à se développer. Nous pensons notamment aux nominations dans différentes autorités administratives indépendantes, qui appellent à une expérience ou des compétences dans le domaine technique et sur les plans juridiques, techniques ou économiques.

Enfin, la jurisprudence a pu varier sur ces sujets. Vous avez déjà exercé un contrôle normal sur des conditions posées en termes de compétences (6 mars 1987, Confédération nationale du logement Nord-Pas-de-Calais (T p 897) pour les membres des conseils d'administration des banques nationalisées et 11 décembre 1987, Syndicat des travailleurs de la recherche extra-métropolitaine (p. 416). Certes, dans les derniers précédents, vous avez appliqué un contrôle restreint malgré de tels critères. Mais ils datent, nous l'avons dit, de 2001 et 2007, il y a douze ans. Il serait trivial de dire que les temps ont changé, mais des attentes légitimes se manifestent quant au contrôle exercé sur les nominations dans les fonctions à responsabilité. Le passé nous enseigne modérément eu égard au faible nombre de précédents véritablement comparables, du moins il ne vous engage pas totalement. L'avenir davantage peut-être, par anticipation.

Au total, nous pensons que si un contrôle restreint est acceptable, un contrôle normal est préférable.

En l'espèce, pour la nomination qui nous intéresse, outre les critères posés par le décret déjà évoqués, l'avis de vacance soulignait que l'exercice de la fonction s'inscrivait dans un contexte en forte évolution et que le président du conseil d'administration devrait être l'un des acteurs majeurs du regroupement des grandes écoles du quartier de l'Ecole Polytechnique du campus Paris-Saclay. On y décèle à la fois une exigence de connaissance du monde de l'enseignement supérieur scientifique ainsi que des capacités importantes de management et de conduite de projet dans ce milieu. En fait, les critères posés par le décret permettent de caractériser un « vivier » mais au sein de celui-ci, il n'est pas anormal que l'administration précise les enjeux plus conjoncturels qui la conduiront à retenir tel ou tel candidat.

C'est bien la question de l'erreur d'appréciation sur la valeur intrinsèque du candidat retenu qui doit être examinée, et non une comparaison entre candidats.

Le candidat retenu, M. B..., est ingénieur, ancien élève de l'Ecole Polytechnique et de Télécom ParisTech et diplômé d'un MBA de l'INSEAD. Il occupait précédemment les fonctions de directeur associé chez McKinsey et Company. Il a, de plus, initié et codirigé un programme mondial de recherche sur la mixité des instances dirigeantes des entreprises. Certes, il n'a pas publié dans des revues scientifiques, puisque les écrits dont il est l'auteur ne relèvent pas de cette catégorie. Mais il est membre de plusieurs instances, à Télécom ParisTech, à l'Essec et à l'école d'affaires publiques de Sciences Po Paris. Il a ainsi une connaissance et une expérience du milieu de l'enseignement supérieur à travers d'autres écoles. Et le décret est bien fondé, en tout état de cause, sur deux compétences alternatives : la connaissance scientifique - dont l'intéressé dispose, ne serait-ce que compte tenu de ses études dans cette même école - et la connaissance de l'enseignement supérieur, qu'il possède par sa participation aux instances précitées.

Le décret ne nous paraît ainsi nullement entaché d'erreur d'appréciation.

Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête.