

N° 397363

Mme B...

6<sup>ème</sup> et 1<sup>ère</sup> chambres réunies

Séance du 15 novembre 2017

Lecture du 6 décembre 2017

## CONCLUSIONS

### M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

1. Cette affaire vous permettra de préciser l'office du Conseil supérieur de la magistrature lorsqu'il est appelé à émettre un avis sur la nomination d'un magistrat du siège. Mme B..., magistrate du siège, s'est portée candidate pour occuper le poste de président de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de N... à compter de janvier 2016. Le garde des sceaux a proposé sa candidature au Conseil supérieur de la magistrature mais celui-ci a émis un avis défavorable le 25 novembre 2015. Mme B... attaque cet avis qui est susceptible de recours (CE, 29 octobre 2013, n° 346659, Rec.). Le Conseil supérieur de la magistrature a estimé qu'un autre des candidats, non proposé par le ministre, « *présentait un dossier de meilleur qualité* » et qu'il était préférable de ce fait de ne pas nommer Mme B... aux fonctions en cause. Sa requête est recevable, en l'absence de preuve de la notification.

2. Mme B... soulève d'abord plusieurs moyens de procédure. Aucune disposition ne prévoit qu'un tel avis doit être motivé (voir CE, 24 février 2006, n° 282455, T.). Le moyen s'appuie sur votre décision d'assemblée du 8 juin 2016 (CE, 8 juin 2006, n° 382736 e.a. : *Lebon*), mais cette décision concernait un avis défavorable relatif à la nomination d'un magistrat placé, qui a en principe droit à être nommé à l'expiration de sa période de placement. Il ressort du procès-verbal de l'avis que la règle de quorum fixé par l'article 14 de la loi organique du 5 février 1994 relative au Conseil supérieur de la magistrature a été respectée et que l'ensemble des avis a été adopté de façon consensuelle, sans méconnaître les règles de majorité.

Mme B... critique également, par plusieurs moyens, le respect de la procédure prévue à l'article 35 du décret n° 94-199 du 9 mars 1994 relatif au CSM. Selon cet article, l'ordre du jour de la séance est fixé par le président de la formation du CSM, qui inscrit à une séance un certain nombre des propositions du garde des sceaux. L'ordre du jour est fixé au moins huit jours avant la séance et communiqué au ministre : ce délai permet au ministre de demander le retrait de l'ordre du jour de certaines propositions. Une convocation est également adressée aux membres de la formation, accompagnée de l'ordre du jour. L'article 36 précise explicitement que les séances peuvent être préparées par des réunions où les représentants du ministère peuvent être invités. Les membres ont accès aux dossiers des magistrats, notamment le rapporteur.

Mme B... soutient d'abord que rien ne prouve que les membres aient été convoqués et que la convocation ait comporté l'ordre du jour. Mais le secrétaire général vous indique que les convocations sont distribuées par le courrier interne du CSM, où chaque membre dispose d'une boîte aux lettres. Les membres, qui connaissent cet usage, se sont rendus en nombre

suffisant à la réunion, comme le montre le procès-verbal et n'ont pas contesté l'ordre du jour. Même s'il est toujours difficile de statuer sur un moyen sans les pièces, vous pouvez dans ces conditions l'écarter.

En revanche, comme l'indique Mme B..., le délai de huit jours n'a pas été respecté puisque l'ordre du jour a été arrêté le 23 novembre pour une séance le 25. Vous savez qu'en pratique, ainsi que cela ressort de ce dossier, les réunions préparatoires prévues à l'article 36 du décret sont d'une grande importance : c'est dans ces réunions que mûrit la réflexion des membres du CSM, en dialogue avec la chancellerie, et la séance formelle du CSM avalise le plus souvent le résultat de ces discussions, ainsi que cela ressort du procès-verbal de l'avis attaqué. D'après le texte de l'article 35, le délai de huit jours doit permettre au garde des sceaux de demander le retrait d'une proposition mais, en l'espèce, le garde des sceaux a explicitement renoncé à cette faculté et à ce délai de huit jours, étant d'accord avec l'ordre du jour. Cela ressort explicitement du procès-verbal. Nous ne sommes pas sûr qu'un ministre puisse ainsi « renoncer » à un délai prévu par décret mais cela vous permet, en tout état de cause, d'affirmer que sa méconnaissance n'a pas eu, de ce point de vue, d'influence sur l'avis rendu.

Le délai de huit jours pour fixer l'ordre du jour implique aussi qu'en principe la convocation des membres doit avoir lieu un peu moins de huit jours avant la séance, et en tout cas dans un délai suffisant pour la préparer. Mais, dès lors que les membres de la séance connaissaient déjà tous les dossiers inscrits et qu'il ne s'agissait que de confirmer les conclusions des discussions préparatoires et de discuter, le cas échéant, quelques points faisant encore difficulté, nous pensons que vous pourrez, en l'espèce admettre ce délai de convocation très bref. Le secrétaire général vous explique qu'une fois que le dossier semble prêt à passer en séance, le CSM essaye d'aller le plus vite possible pour que les magistrats soient rapidement informés d'une éventuelle nomination. Il s'agissait ici d'être averti au mieux fin novembre d'une nomination à N... au 1<sup>er</sup> janvier...

3. Reste la critique de l'avis au fond : Mme B... soutient que l'appréciation selon laquelle une autre candidature était de meilleure qualité que la sienne pour le poste en cause est entachée d'erreur manifeste. Pour répondre à ce moyen, il vous faut préciser l'office du Conseil supérieur de la magistrature, il vous faut savoir s'il peut aller au-delà d'un avis sur l'adéquation au poste de la seule candidature retenue par le ministre au poste à pourvoir, c'est à dire s'il peut comparer cette proposition aux autres candidatures pour le même poste et fonder un avis défavorable sur le fait qu'une autre candidature, selon ses termes, « *présente un dossier de meilleur qualité* ». Etonnamment, vous ne vous êtes jamais, à notre connaissance prononcés sur cette question.

Nous vous invitons à admettre cette faculté de comparaison. L'article 65 de la Constitution prévoit que les magistrats du siège sont en principe nommés sur son « avis conforme ». L'article 15 de la loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 relative au Conseil supérieur de la magistrature prévoit que cet avis est « *donné sur les propositions du ministre de la justice et après un rapport fait par un membre* » mais ni la Constitution ni la loi organique n'encadrent ni ne limitent les motifs pouvant justifier l'avis favorable ou défavorable du conseil. Celui-ci est bien sûr tenu de se fonder sur des motifs matériellement exacts, des appréciations justes et qui ne méconnaissent aucune règle s'imposant à lui, comme le principe de non discrimination, mais rien n'indique qu'il devrait se contenter de donner un avis sur la seule adéquation de la candidature proposée par le ministre à l'emploi à pourvoir, sans pouvoir s'interroger sur la meilleure adéquation des autres candidatures à ce même poste.

Trois éléments nous semblent conforter cette interprétation :

- d'abord, vous jugez que l'avis du Conseil supérieur de la magistrature ne porte pas sur la seule vérification des aptitudes du candidat proposé à occuper l'emploi à pourvoir ; pour un magistrat dit « placé », et il en va de même à plus forte raison dans le droit commun, vous jugez que le conseil supérieur de la magistrature peut refuser son avis conforme si la candidature lui paraît « *inadéquate au regard des aptitudes de l'intéressé, (...) des exigences déontologiques et des besoins de l'institution judiciaire* » (CE, Ass., 8 juin 2016, n° 382736 préc.). Le souci que l'emploi soit le mieux pourvu au regard des « *besoins de l'institution judiciaire* » implique logiquement de comparer les candidatures ;
- la procédure dite de « transparence », organisée par les textes, y conduit d'ailleurs assez naturellement. L'article 17 de la loi organique du 5 février 1994 prévoit que le ministre de la justice transmet sa proposition de candidat « *avec la liste des candidats pour chacun des postes concernés* ». Le rapporteur a accès aux dossiers de tous les magistrats candidats. En parallèle, l'article 27-1 du statut organique des magistrats (ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958) prévoit que les propositions de nomination du garde des sceaux sont communiquées aux principaux chefs de juridiction et diffusées auprès de tous les magistrats ainsi qu'à leur syndicats. Chaque magistrat peut alors faire une observation sur le projet de nomination et cette observation est, en vertu de la loi, adressée au garde des sceaux et au Conseil supérieur de la magistrature. Il s'agit en particulier d'observations des candidats non proposés par le ministre qui peuvent défendre leurs candidatures, et qui aident donc le CSM dans son travail de comparaison ;
- enfin et surtout, il nous semblerait paradoxal que le CSM, dans l'exercice d'une prérogative constitutionnelle, dispose d'une moindre capacité qu'une commission administrative de droit commun créée par la loi ou un décret pour rendre un avis conforme sur certaines nominations. Or, à notre connaissance, votre jurisprudence ne limite pas les motifs pouvant justifier un avis non conforme à la seule inaptitude du candidat proposé, il est toujours possible de le fonder sur le fait qu'une autre candidature apparaît plus adéquate. Vous jugez que l'organe chargé d'émettre un avis conforme est coauteur de l'acte et qu'une absence de recueil de cet avis « affecte la compétence de l'autorité » qui prend la décision finale (CE, 29 janvier 1969, Dame veuve C..., n° 66080, Rec. ; CE, 5 février 1990, Mme B..., n° 70595, T. CE, 8 juin 1994, Mme L..., n° 127032, T.). Lorsqu'il y a avis conforme, les deux autorités doivent être d'accord pour que l'acte puisse être pris ; en ce sens, les deux autorités, même si l'une exerce son choix avant l'autre, ont en principe la même faculté d'appréciation.

Admettre que le Conseil supérieur de la magistrature procède à la comparaison des candidats présente un inconvénient pratique : dans la mesure où le ministre ne transmet qu'une proposition au conseil, l'avis conforme implique qu'il fasse une nouvelle proposition pour le poste afin qu'un accord puisse être trouvé et, en pratique, cela revient le plus souvent à attendre la prochaine procédure de transparence six mois plus tard. Mais un inconvénient pratique, qui ne résulte d'ailleurs pas, nous semble-t-il, de contraintes imposées par la Constitution ou la loi organique, ni même les décrets applicables, un inconvénient pratique ne peut pas vous conduire à réduire la portée d'une prérogative constitutionnelle.

Pour les mêmes raisons, nous ne pensons pas que vous puissiez juger que le Conseil supérieur de la magistrature ne pourrait émettre un avis tel défavorable que lorsqu'une autre candidature apparaît sensiblement meilleure, ou manifestement meilleure, que celle retenue par le ministre. Il vous faudrait un ancrage textuel incontestable pour limiter ainsi la faculté d'un organisme appelé à émettre un avis conforme sur une nomination parmi des candidats.

Si vous nous suivez, vous n'exercerez qu'un contrôle restreint sur l'avis non conforme fondé sur le fait qu'une autre candidature apparaît plus adéquate au CSM, puisqu'un tel avis n'est pas encadré par des critères ou des règles différentes de celles qui régissent un avis fondé sur le fait que la candidature proposée lui paraît en elle-même inadéquate, pour lequel vous exercez un contrôle restreint (v. par ex. CE, 24 février 2006, n° 282455, T.).

Un tel contrôle ne doit conduire à censurer l'avis que s'il est indubitable que Mme B... présentait un meilleur dossier que celui du candidat qu'on lui a opposé, M. A.... Une telle évidence ne ressort pas du dossier car les deux candidats ont de très bons dossiers : c'est donc une appréciation plus fine, fondée sur le parcours des intéressés et sur les besoins des juridictions de N..., qui a motivé la position du CSM. Nous n'avons pas au dossier de procès-verbal des délibérations préparatoires et finales suffisamment précis pour vous permettre de connaître en détail les motifs du conseil. Il ressort de la comparaison des dossiers que toutes les rubriques des dernières fiches d'évaluations de M. A... sont notées en « excellent » ou « exceptionnel », là où Mme B... a, pour certaines rubriques, des évaluations en « très bon », niveau juste inférieur, alors qu'elle a plus d'ancienneté dans la carrière. M. A... a suivi un grand nombre de formations et a fait preuve d'une grande « mobilité géographique et fonctionnelle ». En revanche, Mme B... a un profil particulièrement adapté pour un poste pénal, domaine qu'elle connaît bien ; elle a une grande expérience en matière d'instruction pénale et a parfaitement géré sa chambre. M. A... connaît moins bien le droit pénal et la procédure pénale, mais il n'est pas dénué de compétence en cette matière, ainsi qu'en attestent ses évaluations. Le CSM pouvait sans erreur manifeste choisir de privilégier un profil pluridisciplinaire, aux évaluations particulièrement élogieuses, tel que celui de M. A... qui, en plus d'une expérience pénale, a une bonne expérience des contentieux civils, y compris du contentieux commercial et du contentieux social. Il a en outre déjà eu une expérience à N... en début de carrière, en 1984. Si vous nous avez suivi sur le raisonnement de droit, il nous semble impossible de retenir une erreur manifeste d'appréciation.

**PCM nous concluons donc au rejet de la requête.**