

N° 401796

Mme B...

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 17 janvier 2018

Lecture du 26 janvier 2018

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

C'est la deuxième fois en deux séances que nous devons vous entretenir des soupçons qu'entretient, au regard du principe général d'impartialité, le caractère microcosmique du milieu culturel, tel du moins qu'il est présenté par les requérants. Mais pas plus que dans l'affaire *Société MK2 quai de Seine et autres* à laquelle nous faisons allusion (15 décembre 2017, n° 397305-397309) nous ne pensons qu'il faille s'écarter du droit commun applicable, sans quoi d'ailleurs le risque serait une certaine paralysie de l'action administrative.

Le litige concerne la procédure de recrutement du directeur général de l'Ecole nationale supérieure des métiers de l'image et du son, plus connue sous le nom de Fémis. En l'occurrence, le directeur général est une directrice, Mme C..., nommée par décret du Président de la République du 13 juillet 2016. Ce décret est attaqué par Mme B... en sa qualité de candidate malheureuse, qui lui confère un intérêt pour agir.

Le premier moyen de légalité externe est infondé, mais révèle une bizarrerie. Il est tiré de ce que le Président de la République était incompétent pour prendre le décret de nomination, dans la mesure où la nomination du DG de la Fémis doit intervenir par arrêté ministériel. La requérante tire cette dernière idée de l'article 11 du décret n° 98-371 du 13 mai 1998 portant statut de l'Ecole nationale supérieure des métiers de l'image et du son, qui dispose que : « Le directeur est nommé pour une durée de trois ans renouvelable deux fois par arrêté du ministre chargé de la culture, après avis du conseil d'administration. » Il s'agit d'une innovation introduite par le décret en Conseil d'Etat n° 2015-1331 du 22 octobre 2015 portant dispositions relatives à certains établissements publics culturels : avant son intervention, l'article 11 disposait que le directeur général était nommé par décret.

Il semble que ce décret ait présumé de son pouvoir en introduisant une telle modification. Les grandes lignes de l'organisation de la Fémis sont en effet fixées au niveau législatif, par l'article 90 de la loi n° 96-1093 du 16 décembre 1996. C'est cet article législatif qui, dans sa version issue de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005, dote l'établissement d'un directeur général. Et il dispose que le directeur général est nommé « par décret ». Face à un tel conflit, c'est bien entendu la loi qui gagne et un arrêté ne pouvait donc suffire. Quant à l'autorité en charge de prendre le décret exigé, il s'agissait nécessairement du Président de la République. Vous jugez en effet de façon générale que « La disposition du statut d'un établissement public selon laquelle la nomination de son directeur doit avoir lieu "par décret" doit, compte tenu des termes de l'article 13 de la Constitution, s'interpréter comme réservant cette compétence au Président de la République » (CE, 20 décembre 2006, *M...*, n°s 278159-283019, T. p. sur ce point). Le moyen d'incompétence doit donc être écarté.

Les autres moyens de légalité externe concernent la procédure consultative qui a conduit à l'édiction du décret. Ce sont eux qui mobilisent le principe d'impartialité.

Pour pourvoir les fonctions de directeur général, la ministre de la culture et de la communication a souhaité mettre en place une procédure que les textes n'imposaient pas. Elle consistait à recueillir, après avoir suscité des candidatures par voie d'appel public, l'avis d'un comité de recrutement chargé d'éclairer l'autorité de nomination. Le résultat en a été la présentation de onze candidatures dont trois – incluant celle de la requérante et de la candidate nommée – ont été pré-sélectionnées par le comité en vue d'une audition. A l'issue de l'audition, le comité a donné un avis favorable à la seule candidature de Mme C.... Sa candidature a été soumise au conseil d'administration, qui n'a rien trouvé à y redire, avant d'être retenue par le Président de la République.

La requérante soutient d'abord que la publicité de l'appel à candidature a été insuffisante.

Parmi ses lignes de défense, le ministre suggère d'estimer le moyen inopérant, au motif que le défaut de publicité allégué n'a pas empêché Mme Barbaroux de se présenter. Il s'inspire d'une décision *M. F...* par laquelle vous avez jugé que : « le requérant, qui n'attaque pas la nomination d'un autre fonctionnaire, ne saurait utilement invoquer ce défaut de publicité à l'encontre d'une décision refusant de le nommer sur un poste auquel il s'est lui-même porté candidat » (CE, 11 décembre 2006, *M. F...*, n° 282204, inédite). Mais nous pensons que cette décision doit tout à l'incise selon laquelle l'intéressé contestait exclusivement le refus de le nommer lui sur le poste : la décision procède à une sorte de « *Danthonysation* » compactée avant l'heure, en jugeant que le défaut de publicité allégué n'a pas pu avoir d'incidence sur la décision de refus de nommer un candidat qui s'est présenté. Tout autre doit être le raisonnement quant à la légalité de la décision de nommer un candidat donné : par construction aussi, la compétition qu'il a remportée a pu être biaisée par la réfaction du nombre de concurrents induite par une publicité insuffisante. C'est pour cette raison que vous jugez, par ailleurs, qu'une nomination sur un emploi public doit être annulée dès lors que l'obligation de faire connaître la vacance a été méconnue (CE, 27 novembre 1996, *L...*, n° 139670, T. p.) ou irrégulièrement remplie (CE, 26 juin 1968, *A... et a.*, n° 69166, p.)

Un autre terrain d'inopérance pourrait tenir à l'inapplicabilité de dispositions statutaires à un emploi qui serait à la décision du gouvernement – encore que la publicité des vacances procède aussi du principe d'égalité qui excède le champ du statut général. La qualification en l'espèce d'emploi à la décision du gouvernement est atteignable compte tenu des conditions de nomination (par décret du Président de la République) et de la nature des fonctions, de direction, avec des responsabilités assez proches de celles de directeur du Centre national de la cinématographie pour lequel cette qualification a été retenue (mais par une décision ancienne : CE Section, 10 avril 1959, n° 22184, p. 233¹), avec des missions d'enseignement supérieur, de diffusion culturelle et un budget annuel de 10 millions d'euros (pour le cadre général, v. les critères issus de votre jurisprudence CE, 14 mai 1986, *R... et a.*, n° 60852-60853-61573, T. p., éclairée par les conclusions du président Stirn). Mais cette qualification n'est pas pour autant évidente (v. pour l'emploi de directeur du Centre national des œuvres universitaires et scolaires, CE, 27 janvier 2016, *Mme W...*, n° 384873, p.). Compte tenu des conséquences qu'elle emporte au regard, notamment, des conditions de révocation de la personne en poste, nous rechignons à la trancher dans une affaire où cette qualification n'est pas déterminante pour la solution.

¹ V. aussi : pour le directeur du Centre national de la recherche scientifique, CE Ass. 13 mars 1953, *Teissier*, n° 7423 p. 133 ; pour le directeur du Centre scientifique et technique du bâtiment, 2 janvier 1969, *I...*, p. 31 ; pour le directeur général de la Caisse nationale des marchés de l'Etat, CE, Assemblée, 3 décembre 1971, *G...*, p.737.

Or il n'est pas nécessaire de trancher la question pour répondre au moyen, dès lors que la publicité assurée nous semble suffisante : l'avis de vacance du poste a été diffusé en temps utiles sur le site internet de l'établissement public, sur le site de recherche d'emploi talents.fr, et publié dans deux hebdomadaires spécialisés – Ecran total et Le film français.

La requérante s'en prend ensuite à la composition du comité de recrutement, qui poserait un problème de défaut d'impartialité fonctionnelle. Nous entendons en cela qu'elle ne soutient pas que les membres du comité de recrutement auraient fait preuve d'une partialité se traduisant par un comportement inapproprié, mais qu'ils étaient placés, du fait des liens fonctionnels qu'ils entretenaient, en l'occurrence, avec la candidate retenue, dans une position les empêchant objectivement de faire preuve d'impartialité. Elle fait valoir, d'abord, qu'un membre du comité de sélection, M. N..., était en relation commerciale avec le groupe Canal + au moment où cette dernière y occupait un poste de direction ; ensuite, qu'une autre des membres, Mme J..., était collègue de Mme Coste Cerdan au groupe Canal +, et s'était même vraisemblablement trouvé dans un rapport hiérarchique avec elle ; enfin, que siégeaient au comité plusieurs membres du conseil d'administration de la Fémis, dont Mme C... faisait partie avant sa nomination.

Le fait que, s'agissant de recrutement, votre jurisprudence relative à l'impartialité concerne pour l'essentiel les jurys d'examen professionnel ou de concours ne doit pas laisser penser qu'elle n'est pas opérante à l'encontre d'une instance collégiale intervenant dans un processus de nomination². Ne joue pas non plus la circonstance que l'instance en cause n'intervient dans la nomination qu'à titre consultatif, même si votre décision de Section CE, 22 juillet 2015, *Zambon France SA*, n° 361962, consent dans ce cas un niveau d'exigence légèrement abaissé (v., pour l'opérance du moyen à l'encontre de commissions consultatives éclairant l'instance de nomination, CE, 13 novembre 1989, *Ministre de l'éducation nationale*, n° 73896, T. p. ; CE, 23 avril 1997, *O...*, n° 167862, T. p. ; CE, 15 novembre 2000, *M. V...*, n° 206572, inédite ; et même la célèbre décision CE, 26 décembre 1925, *R...*, n° 88369, p.).

Mais en la matière, vous jugez, y compris à propos des jurys de concours, que la préexistence de relations de nature professionnelles entre des membres de l'instance et le candidat examiné ne suffit pas à regarder le principe d'impartialité comme méconnu, ni à son avantage, ni à son détriment. Vous retenez cette solution y compris dans le cas de relations professionnelles en quelque sorte aggravées, par exemple en cas de rapport hiérarchique (CE, 4 novembre 1994, *H...*, T. p. 993 ; CE, 23 avril 1997, *U...*, n° 167862, T. p. précité) ou de connaissance particulière par le jury du candidat (CE, 13 mars 1991, *Mme T...*, T. p. 991, pour le cas d'un membre de jury ayant présidé le jury de thèse du candidat).

A la vérité, en matière de relations professionnelles³ entre le candidat à une nomination et l'autorité de recrutement, vous n'estimez le principe d'impartialité méconnu à raison de la simple présence au jury du membre concerné que dans deux configurations : quand, celui-ci a manifesté, avant le déroulement de la procédure, un comportement traduisant un pré-jugement quant aux mérites de la candidature (CE, 19 novembre 1958, *Butori*, p. 565 ; CE, Section, 9 novembre 1966, *Commune de Clohars-Carnoët*, p. 591) ; et lorsque, même sans comportement douteux à l'occasion du recrutement, s'ajoute à l'historique professionnel des relations avec le candidat un épisode particulièrement susceptible d'avoir laissé des traces, soit négatives (par exemple un

² attention : la décision CE, 3 octobre 2011, *Comité de recherche et d'information indépendante sur le génie génétique et SV...*, n° 328326, T. p. sur ce point en sol. impl., qui juge que le moyen d'impartialité est opérant à l'encontre d'une décision de nomination, est rendu dans une situation différente, où était en cause l'impartialité structurelle des candidats au regard des positions qu'ils seraient amenés à prendre s'ils venaient à être retenus.

³ En matière de relations personnelles, la jurisprudence comporte une branche plus stricte, qui estime le principe méconnu en cas de lien familial étroit (CE, 10 février 1995, *Mme P...*, T. p. 851).

conflit professionnel particulièrement violent : CE, 17 décembre 2003, Z..., n° 232154 ; ou le fait que l'un ait été à l'origine de procédures disciplinaires à l'encontre de l'autre : CE, 20 avril 2005, D..., n° 271995), soit positives (dans le cas où un membre du jury a secrètement préparé le candidat au concours et lui a posé ensuite des questions arrangeantes : CE, 6 novembre 2000, Y..., n° 289398, T. p. 1055 ; ou lorsque qu'il était chef du service dans lequel le candidat a réalisé une partie des travaux faisant l'objet de l'évaluation en cause : CE Sect., 18 mars 1983, S..., n° 33379, p. 124 et CE, 20 septembre 1991, K..., n° 100225, T. p. 990)⁴.

Autant vous dire qu'aucune des circonstances invoquées par Mme B... ne passe la barre de cette jurisprudence. Or nous ne vous proposons pas de la remettre en cause. On peut lui voir comme limite que l'impartialité subjective, qui reste donc seule opérante dans cette configuration, n'est pas évidente à faire valoir par un candidat évincé au soutien d'une argumentation selon laquelle le jury aurait favorisé le candidat choisi, pour la bonne et simple raison qu'il n'assiste pas à l'entretien de recrutement. Cette configuration est plus problématique que celle du candidat évincé qui dit avoir été victime d'un problème de partialité à son encontre, et qui peut étayer sa thèse par la reproduction des propos tenus par le jury devant lui. Pour autant, une asymétrie de la jurisprudence n'aurait aucun sens, car elle enverrait à l'administration le message contradictoire que les membres de l'instance de recrutement ayant entretenu des relations professionnelles avec le candidat peuvent siéger à condition que la candidature ne soit *in fine* pas retenue. En réalité, cela reviendrait à renverser la jurisprudence et à prescrire le déport systématique en cas de relations professionnelles. Sauf à vouloir empêcher, dans les milieux professionnels exigus ou spécialisés à l'extrême, que des personnes qualifiées se prononcent sur les mérites des candidats, nous ne croyons pas qu'un tel revirement soit souhaitable – il ne relèverait d'ailleurs pas de cette formation de jugement. Le double verrou de la prise en compte du contexte, d'une part, de la déontologie des autorités de nomination, d'autre part, devront donc continuer de se suffire à eux-mêmes. Pour le reste, c'est votre contrôle de l'appréciation portée sur les mérites intrinsèques de la candidature retenue qui permettra de déminer, en aval, les recrutements inspirés par un favoritisme professionnel, alors que le candidat ne présentait pas – car au final c'est bien cela qui compte – les qualités requises pour être recruté.

Dans un registre voisin, Mme B... invoque le principe d'égalité de traitement entre les candidats (que l'impartialité a pour objet de garantir) pour soutenir que l'appartenance de Mme C... au conseil d'administration de la Fémis l'a nécessairement méconnu. Elle fait valoir qu'en sa qualité de membre du conseil d'administration de l'établissement public, elle avait de ce dernier et des qualités recherchées pour le poste de directeur général une connaissance intime, lui conférant un avantage comparatif sur les autres candidats.

Il faut rappeler tout de même que le principe d'égalité entre les candidats à un poste administratif n'est pas une exigence d'anéantissement de tout avantage comparatif d'un candidat sur l'autre. Lorsqu'il s'agit d'avantages liés à l'expérience que le candidat a accumulée par son travail, il s'agit en réalité d'un mérite comparé, qui doit guider le choix de l'autorité de nomination. Ne sont pendables que les avantages indus dont le candidat aurait bénéficié de façon exogène, sans les devoir à ses mérites. Nous voulons dire par là que si Mme C... accumulé dans le cadre de sa participation au conseil d'administration de la Fémis une expérience de l'institution et des enjeux que sa direction soulève qui la rend particulière apte à occuper l'emploi, alors il y avait là une bonne raison de la recruter. Juger l'inverse nous semblerait absurde, et reviendrait d'ailleurs à interdire purement et simplement aux membres du conseil d'administration de candidater au poste de directeur général, ce qu'aucun texte ne prévoit.

⁴ v. en outre, sur le cadre général, CE Section, 18 juillet 2008, *Mme SS...* n° 291997, p. – il faut des liens professionnels « qui seraient de nature à influencer sur son appréciation ».

Ce qui serait problématique, ce serait si, comme l'allègue la requérante, Mme C... avait pu obtenir, via le conseil d'administration, des informations relatives à la procédure de recrutement nécessaires à la préparation de l'audition dont les autres candidats n'aurait pas bénéficié. Or rien de tel ne ressort des pièces du dossier. A l'inverse, l'ensemble des candidats a été informé de l'objet de l'audition, qui devait porter sur « les objectifs de l'école et les pistes disciplinaires, économiques et stratégiques envisagées pour son développement ». L'échange devait avoir pour support les informations contenues dans le livret de l'étudiant », le rapport d'activité de l'établissement et son contrat de performance, trois documents qui ont été adressés en temps utile à chacun des candidats, assortis d'un bref document prospectif indiquant les directions attendues pour la stratégie de l'école par les tutelles et le conseil d'administration.

Pour le reste, le fait que le conseil d'administration ait été consulté sur la nomination alors qu'un de ses membres en était candidat, dès lors bien sûr qu'il n'est pas allégué que Mme C... aurait eu son mot à dire sur sa propre candidature, doit être rapporté à la circonstance que cet avis a été émis en bout de course, alors que le comité de recrutement avait déjà sélectionné l'intéressée, et qu'il s'agissait de vérifier que le conseil d'administration n'entendait pas y mettre un veto.

Le reste de l'argumentation se place, en des termes très généraux, sur une méconnaissance des règles de déontologie dont la mise en place a été annoncée par la ministre de la culture, mais aucune norme n'est invoquée, de sorte que le moyen n'est pas assorti des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé.

Reste la contestation de fond, relative à l'erreur manifeste d'appréciation qu'aurait commise le Président de la République en retenant la candidature de Mme C.... Tel est bien le niveau de votre contrôle, sans que la qualification d'emploi à la décision du gouvernement ou non ait d'incidence, en l'absence de critère légal encadrant la nomination (pour le cas comparable de la nomination du directeur du musée d'Orsay, 13 novembre 2002, *Mme E... et autres*, n° 239064, p. ; v. d'ailleurs, pour un contrôle restreint même en présence d'une condition légale, CE, 19 décembre 2007, *Commission de recherche et d'information indépendante sur la radioactivité*, n° 300451, p., aux conclusions contraires de Yann Aguila sur ce point). Ce contrôle de l'erreur manifeste s'exerce sans examen des mérites comparés des candidats, au regard de la seule valeur intrinsèque, en termes de qualification et d'expérience professionnelle, du candidat retenu (CE Ass., 30 octobre 2009, *Mme X...*, n° 298348, p., qui distingue l'examen comparatif qui peut entrer en compte au seul regard de l'allégation de discrimination, de l'examen intrinsèque au stade de l'appréciation de droit commun).

Or il n'y a pas d'erreur manifeste à avoir estimé Mme C... compétente pour diriger la Fémis. Au titre de la qualification académique, l'intéressée est notamment diplômée de l'Ecole des hautes études commerciales de Paris. Au titre de l'expérience professionnelle, elle a dirigé deux chaînes thématiques du groupe Canal +, puis occupé au sein de ce groupe diverses fonction de direction, dont celles de directrice des chaînes de Ciné + et du pôle thématique cinéma, avant de devenir directrice du cinéma du groupe de 2014 à 2015. Tout cela est évidemment pertinent pour diriger la Fémis, pour laquelle elle avait manifesté un intérêt professionnel en intégrant son conseil d'administration. Tout ce que la requête trouve à redire à ce profil tient à ce que l'intéressée a fait sa carrière dans le privé, alors que la fiche de poste mentionnait la nécessité d'un attachement aux valeurs du service public, mais nous ne pensons pas qu'un tel attachement de principe soit l'apanage des fonctionnaires de carrière. Dans ces conditions, nous proposons d'écarter le moyen.

PCMNC – Rejet.