CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. FRANCESCO CAPOTORTI, PRÉSENTÉES LE 11 JANVIER 1979 [1]

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Le recours formé le 27 février 1978 par M[me] Hélène Martin contre la Commission tend à l'annulation d'une procédure de concours interne dans laquelle la requérante était candidate; elle a participé à l'épreuve écrite et n'a pas été admise à l'épreuve orale. Ce concours (portant le n° COM/680/75) a été marqué par trois circonstances sur lesquelles l'intéressée fonde les trois moyens de son recours, à savoir: a) le membre du jury désigné par le comité du personnel n'est intervenu lors de la première réunion de ce même jury que pour déclarer qu'il ne participerait pas aux travaux; en effet, par la suite, il n'y a pas participé. La requérante soutient qu'il y aurait ainsi violation du principe selon lequel la présence de tous les membres du jury serait une condition de validité de tout concours; b) le sujet choisi par le jury a coïncidé avec la matière traitée au cours des deux années précédentes par l'autre candidat qui, en qualité d'agent temporaire, a exercé les fonctions afférentes au poste mis en concours. Cette circonstance serait contraire au principe de l'égalité de traitement des candidats; c) le résultat du concours a consisté dans la «titularisation» de l'agent temporaire M. Ferrandi. Cela révélerait que la procédure a été mise en œuvre à une fin particulière qui était celle de satisfaire l'intérêt personnel de M. Ferrandi: d'où le vice d'excès de pouvoir. Nous examinerons les trois problèmes dans l'ordre dans lequel nous venons de les résumer.

2. Il résulte de la documentation annexée au dossier de l'affaire que le comité local du personnel de Bruxelles a, par note du 26 septembre 1977, informé le jury du concours dont il s'agit que M. Alonso, désigné comme «représentant du personnel» au sein de ce jury, avait reçu mandat «de s'abstenir de toute participation aux travaux». La lettre rappelait le point de vue exprimé par la Commission paritaire en faveur de la suppression des concours individuels ainsi que l'avis défavorable au concours COM/680/75 exprimé par cette même commission. La lettre précisait enfin que l'abstention de la participation à l'activité du jury constituait pour M. Alonso une instruction de service au sens de l'article 21 du statut et de l'article 1 de l'annexe II.

Le rapport du jury indique, quant à lui, au point 2, qu'en début de séance (du 14 novembre 1977) le «représentant du comité du personnel» a lu puis remis au président la note précitée en demandant qu'elle soit annexée au procès-verbal. «Les autres membres» — poursuit le rapport — «prennent acte du contenu de la note en question et décident de pour-

1 — Traduit de l'italien.

suivre leurs travaux». A partir de ce moment le rapport parle toujours de l'activité et des décisions *du jury,* mais il est évident que celui-ci fonctionnait en l'absence du membre M. Alonso.

Les deux parties en cause portent naturellement une appréciation divergente sur les effets de cette absence. Nous avons déjà dit que la requérante invoque le principe selon lequel un jury ne peut valablement fonctionner qu'avec la participation de tous ses membres. En outre, elle considère comme un cas d'illégalité particulièrement flagrant l'absence du membre désigné par le comité du personnel — que l'article 3 de l'annexe III du statut mentionne spécifiquement — et elle souligne que le résultat du concours a été nécessairement influencé par le fait que le jury est resté incomplet pendant toute la durée des travaux. Toujours selon la requérante, la nature d'organe interne du comité du personnel aurait dû amener la Commission à essayer, à tout le moins, de remplacer M. Alonso lorsque celui-ci a fait connaître son attitude. Mais la partie défenderesse affirme avoir agi conformément au principe de la continuité du service public face aux procédés d'obstruction automatique adoptés par le comité du personnel et elle observe qu'en présence d'une ligne de conduite de ce genre, explicitement déclarée, il était inutile de chercher à remplacer M. Alonso.

Il nous semble d'abord nécessaire de rappeler que le fonctionnaire désigné par le comité du personnel est, à tous égards, un membre du jury: cela résulte clairement de l'article 3 précité de l'annexe III du statut. Partant, on ne saurait avancer l'hypothèse formulée par la Commission, selon laquelle la présence de ce fonctionnaire est une garantie accordée au personnel, garantie à laquelle le comité du personnel pourrait également renoncer: cette possibilité de renonciation ne peut pas être admise. D'autre part, il est également erroné de comparer le jury d'un concours à un organe paritaire qui ne peut évidemment pas fonctionner si tous ses membres titulaires (ou, à défaut, les suppléants) ne sont pas présents (article 3 de l'annexe II du statut). Ce point de vue a été évoqué par la requérante; mais il est démenti par le caractère strictement unitaire d'un jury au sein duquel on ne pourrait concevoir une exigence d'équilibre entre les intérêts de l'institution et les intérêts du personnel. D'autre part, il ne nous semble pas non plus correct de voir dans le fonctionnaire désigné par le comité du personnel un «représentant» du comité, ou du personnel; dans un jury, tout membre jouit d'une position individuelle et indépendante et il n'exerce donc pas son activité au nom et pour le compte d'autres personnes et il ne peut pas non plus protéger des intérêts de catégories.

En vérité, quel qu'ait été le mécanisme de désignation de l'une ou l'autre composante d'un jury, tous les membres occupent la même position dès lors qu'ils sont désignés (hormis, bien entendu, les assesseurs qui ne disposent que d'une voix consultative). En l'espèce, il ne fait pas de doute que les désignations ont été régulières: le jury se composait, conformément aux dispositions de l'article 3 précité de l'annexe III du statut, du président, de 3 personnes désignées par l'autorité investie du pouvoir de nomination et du fonctionnaire désigné par le comité du personnel (plus une secrétaire dont la position est incertaine: sa signature n'apparaît pas au bas du rapport). En conséquence, nous devons seulement nous demander, d'une manière générale, si un jury régulièrement formé peut fonctionner en l'absence d'un de ses membres.

Dans la jurisprudence de la Cour de justice un précédent utile, encore qu'il ne soit pas décisif, est constitué par l'arrêt rendu le 1er avril 1971 dans l'affaire 76/69, Rabe (Recueil 1971, p. 297 et suiv.). L'un des aspects de cette affaire consistait dans le fait qu'un membre du jury de concours, absent le jour de l'entrevue avec les candidats, avait signé le procès-verbal et déclaré se rallier aux conclusions du jury. La Cour a considéré qu'il y avait illégalité du fait que le membre absent, «en se ralliant aux conclusions du jury . . . a donné l'impression d'avoir été renseigné d'une manière aussi complète que les autres membres du jury sur chacun des candidats, alors qu'en réalité, il n'a pas participé audit entretien . . .». La Cour a ajouté: «L'on ne saurait exclure que, en raison de l'ensemble des irrégularités qui viennent d'être constatées, le jury, autant que l'autorité investie du pouvoir de nomination, aurait pu statuer dans un sens différent». Dans ses conclusions, l'avocat général Dutheillet de Lamothe avait rappelé que « . . . dans certains droits de la fonction publique, qui ont tendance à assimiler les règles de délibération d'un jury de concours à celles de fonctionnement d'une juridiction, cette circonstance serait à elle seule, et sans qu'il soit besoin de rechercher les effets qu'elle a pu avoir, de nature à entraîner l'annulation du concours». Et encore, à propos des arrêts rendus par le «Consiglio di Stato italiano» et le Conseil d'État français qui reflètent une telle orientation: «ces jurisprudences dérivent toutes de l'idée qu'il est impossible de connaître ce qui aurait pu se passer au sein du jury si tous ses membres avaient été présents . . .».

Il nous semble que la «*ratio*» sur laquelle l'arrêt Rabe précité s'est fondé consiste dans la nécessité de mettre tous les membres du jury également en mesure d'apprécier les candidats. Cela suppose que tous les membres participent effectivement et constamment aux travaux du jury. Si la Cour, dans l'affaire Rabe, avait estimé que le fonctionnement du jury était licite malgré l'absence d'un de ses membres, la signature, pour approbation, du procès-verbal par ce membre aurait été sans importance et, partant, elle n'aurait pas pu avoir pour effet de vicier la procédure. D'une manière générale on peut ensuite formuler deux remarques qui vont dans le même sens que la jurisprudence que nous venons de mentionner. En premier lieu, la pluralité des membres d'un jury de concours est une garantie pour les candidats qui savent que la décision finale résultera d'une confrontation entre des expériences techniques et des points de vue différents; en conséquence il est juste que les jury de concours ne puissent pas délibérer s'ils ne réunissent pas le plenum de leurs membres. En second lieu, lorsque des règles sur le *quorum* font défaut (comme c'est le cas pour les concours régis par le statut du personnel), il est impossible de déterminer quel est le nombre minimum suffisant pour que le jury délibère valablement; l'affirmation selon laquelle la présence d'une majorité simple des membres du jury suffit se heurte à l'objection selon laquelle, dans cette hypothèse, une décision prise à la majorité des membres présents serait le fruit de la volonté d'une minorité des membres du jury (ou qu'elle serait en fait impossible dans l'hypothèse d'un jury de trois membres).

Nous nous rendons compte que la thèse que nous soutenons comporte le risque d'une pratique d'obstruction efficace de la part du comité du personnel lorsque celui-ci adopte l'attitude qu'il a manifestée en l'espèce et dans d'autres cas

analogues. A cet égard nous voudrions cependant formuler quelques observations. D'une part, il ne nous semble pas que le comité du personnel ait le pouvoir de lier par de prétendues «instructions de service» le fonctionnaire qu'il a désigné pour faire partie d'un jury de concours. Ce fonctionnaire — qui, comme nous l'avons déjà dit, ne saurait être valablement qualifié de «représentant du personnel» — est donc personnellement responsable de l'attitude qu'il adopte au sein du jury de concours. D'autre part, déclarer ne pas vouloir participer aux travaux d'un jury équivaut à démissionner de celui-ci. L'institution qui a organisé le concours devrait donc en tirer les mêmes conséquences que dans les hypothèses de démissions: elle doit engager la procédure aboutissant à une nouvelle désignation. Ce n'est que si cette procédure ne donnait aucun résultat ou si la situation «d'impasse» qui a suivi la désignation précédente se renouvelait que l'institution pourrait faire valoir qu'il s'est avéré impossible de respecter les dispositions de l'article 3 de l'annexe III en ce qui concerne la participation au jury d'un membre désigné par le comité du personnel et que cette impossibilité l'autorise à former un jury composé uniquement des personnes désignées par l'autorité investie du pouvoir de nomination.

Rien de tel ne s'est produit en l'espèce. Le jury, face au refus opposé par le membre désigné par le comité du personnel, a tranquillement poursuivi ses travaux; l'institution communautaire responsable n'a pas non plus tenté de remplacer ce membre du jury. En conséquence, la requérante soutient à juste titre que les résultats du concours ont été viciés par l'absence d'un des membres du jury. A notre avis, cette circonstance détermine l'invalidité de la procédure.

3. Nous passons à la deuxième des questions exposées au début des présentes conclusions. Le sujet de l'épreuve écrite du concours en cause était libellé comme suit: «la Communauté dans ses relations avec les pays du Bassin méditerranéen: association ou régime non préférentiel». Il était indiqué dans l'avis de concours que l'épreuve écrite consisterait en un exposé sur un sujet ayant trait aux pays du Bassin méditerranéen (point III, 1). En effet, le service spécialisé au sein duquel se trouvait le poste mis en concours (dans le cadre de la direction générale des relations extérieures) était celui des relations avec les pays de l'Europe méridionale; il a pour mission particulière «la coordination avec la direction générale du développement de la coopération au sujet des problèmes d'ensemble relatifs aux pays du Bassin méditerranéen, Portugal, Espagne, Malte, Grèce, Turquie, Yougoslavie et Chypre».

La partie défenderesse dans la présente affaire a admis que le candidat M. Ferrandi avait traité, pendant sa période d'emploi en qualité d'agent temporaire auprès du service précité, d'abord le dossier «Turquie» puis le dossier «Yougoslavie». Quant aux tâches accomplies par la requérante entre le 1er juillet 1975 et la date du concours, la Commission a indiqué en réponse à une question posée par la Cour de justice, que Mme Martin s'était occupée de programmes et de projets spécifiques de formation financés par le Fonds européen de développement en effectuant également des missions dans trois pays ACP. Ces activités se situaient donc dans un domaine tout à fait différent de celui qui était prévu dans l'avis de concours.

Il est évident que M. Ferrandi était avantagé par le fait d'avoir déjà exercé pendant deux ans les fonctions correspondant au poste mis en concours. Cette

circonstance favorable ne pouvait évidemment pas porter atteinte à son droit de participer audit concours. Mais le jury, ayant connaissance des activités antérieures des candidats (on sait qu'il avait dû déterminer au préalable lesquels d'entre eux possédaient l'expérience appropriée à la fonction!), aurait dû s'attacher à ne pas encore accentuer l'avantage d'un concurrent par rapport à l'autre de façon à compromettre l'égalité des chances de réussite. Par conséquent, le sujet de l'épreuve écrite aurait bien pu porter, d'une manière tout à fait conforme à l'avis de concours, sur des problèmes généraux concernant dans leur ensemble les pays méditerranéens avec lesquels la Communauté entretient des relations, ou même avoir trait à des problèmes relatifs à des pays méditerranéens autres que la Yougoslavie et la Turquie. Au contraire, le sujet choisi par le jury a permis à M. Ferrandi de mettre à profit son expérience particulière pour illustrer le problème de l'association (cas de la Turquie) et celui du régime non préférentiel (cas de la Yougoslavie). Dans ces conditions, il nous semble que le grief de la requérante mérite d'être accueilli: le principe de l'égalité de traitement des candidats d'un concours est un aspect important du principe plus large de l'égalité, et il devait être scrupuleusement respecté surtout par un jury qui dès le début de ses travaux avait été accusé d'avoir choisi le lauréat dès le départ (voir la lettre précitée du comité du personnel du 26 septembre 1977, post-scriptum: «selon les informations en possession du comité ... M. Ferrandi sera lauréat ...»).

4. Il reste à examiner la question de l'excès de pouvoir. Selon la requérante, le but poursuivi par la partie défenderesse en publiant l'avis de concours aurait été non pas l'intérêt du service mais la nomination de la personne qui occupait le poste en qualité d'agent temporaire. A l'appui de cette thèse, la requérante mentionne les faits suivants: un premier avis de vacance du poste en cause a été publié en septembre 1974 (COM 1440/74) mais il a été annulé en mars 1975; M. Ferrandi a été recruté comme agent temporaire en mai 1975; un deuxième avis de vacance a été publié en juillet 1975 (COM/680/75) et pourtant la procédure de promotion ou de transfert (à laquelle M. Ferrandi n'était pas en mesure de participer) n'a pas été suivie; deux années encore s'écouleront avant que l'avis de concours interne ne soit publié et lorsque celui-ci est publié, il prévoit des conditions plus favorables que celles qui étaient prescrites par l'avis de vacance (ce dernier exigeait une connaissance approfondie des problèmes connexes aux relations entre la Communauté et les pays méditerranéens, alors que pour le concours la connaissance pure et simple de ces problèmes a été considérée comme suffisante). L'attitude adoptée par la commission paritaire et par le comité du personnel à l'égard du concours en question — avis négatif de la première et prévision du succès de M. Ferrandi par le deuxieme — confirmerait, selon la requérante, que la procédure avait été conçue au profit d'une personne déterminée, aboutissant ainsi à «un concours bidon».

Il est indubitable que si un concours interne apparaît ouvert aux seules fins de nommer au poste vacant le candidat qui est effectivement choisi, la procédure est entachée d'un excès de pouvoir (voir à cet égard l'arrêt rendu le 28 septembre 1976 dans l'affaire 105/75, Giuffrida, Recueil 1976, p. 1395 et suiv.). Il faut cependant que ce détournement par

rapport à la finalité générale inhérente à tout concours soit démontré par des preuves appropriées: dans l'affaire Giuffrida, l'institution défenderesse au procès avait admis que le but réel du concours interne qui faisait alors l'objet du litige avait été «de pallier les anomalies d'une situation administrative concernant un fonctionnaire déterminé»; en outre, les conditions du concours apparaissaient comme définies en fonction du concurrent qui l'avait remporté. En l'espèce, la situation est différente et une preuve solide de l'excès de pouvoir ne nous semble pas avoir été apportée.

Nous avons résumé ci-dessus les arguments invoqués par la requérante. L'annulation en 1975 de l'avis de vacance publié en 1974 ne nous semble d'aucun poids puisqu'il s'agit d'un événement antérieur au recrutement de M. Ferrandi en qualité d'agent temporaire. Le fait que l'avis de vacance publié en juillet 1975 n'ait eu une suite que dans l'avis de concours de 1977 ne signifie pas nécessairement que l'administration attendait que M. Ferrandi ait acquis une plus grande expérience: celui-ci pouvait également se considérer comme lésé par le retard d'un concours auquel il désirait certainement se présenter. La différence entre l'avis de vacance et l'avis de concours est due au fait, selon la défenderesse, que celle-ci a tenu compte d'une suggestion de la commission paritaire. Le comportement de cette commission et du comité du personnel à l'égard du concours reflétait, comme nous l'avons vu, une orientation plus large. Enfin, quant à la prévision du succès de M. Ferrandi, il ne faut pas oublier qu'il partait avec l'avantage d'avoir déjà exercé les fonctions afférentes au poste mis en concours et qu'il se trouvait en compétition avec un seul concurrent valable.

Bien entendu, tout cela n'exclut pas que la perspective de la «titularisation» de M. Ferrandi ait pu entrer en ligne de compte au moment de la publication de l'avis de concours interne dont il s'agit; mais cela ne permet pas, à notre avis, de parler d'excès de pouvoir. Ce vice existerait s'il était prouvé qu'*au lieu* du but spécifique aux fins duquel un concours est organisé (choix de la personne la plus apte à occuper un emploi) *on a, dès la publication de l'avis,* eu pour objectif d'attribuer le poste à une personne déterminée. Or, les circonstances mises en lumière par la requérante ne constituent pas des éléments de preuve en ce sens.

5. Eu égard aux considérations qui précèdent et compte tenu, en particulier, du vice de procédure résultant du fonctionnement du jury de concours en l'absence d'un de ses membres et de la violation du principe de l'égalité de traitement des candidats, nous concluons en proposant à la Cour d'annuler la procédure de concours COM/680/75 et de condamner la Commission aux dépens.