CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. MARCO DARMON

présentées le 1er décembre 1988 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. La requête de M. Bossi concerne, quant au fond, une question hélas courante dans le contentieux de la fonction publique communautaire: dans quelle mesure l'absence de rapports de notation d'un fonctionnaire influe-t-elle sur la régularité d'une procédure de promotion qui n'a pas tourné à son avantage? Votre jurisprudence a déjà dégagé les principes permettant de répondre à une telle question.

2. Mais avant d'aborder le fond, vous devez statuer sur plusieurs exceptions d'irrecevabilité soulevées par la Commission.

3. L'une d'elle ne nous paraît pas prêter à discussion. IL nous semble, en effet, que, s'agissant du deuxième chef de demande en annulation, la requête vise un acte qui, à la date où elle a été déposée, n'existait pas. Comme l'a justement indiqué la Commission, la « liste des fonctionnaires effectivement promus au titre de l'exercice 1987 » n'avait été ni dressée ni publiée lors du dépôt, par M. Bossi, de sa requête, soit le 11 novembre 1987. Cette liste n'a été publiée que dans le n° 545 des « Informations administratives » du 14 décembre 1987.

4. Au demeurant, une telle liste ne constitue pas, à proprement parler, la décision de promotion en tant que telle. Elle est un mode d'information de décisions antérieurement intervenues. Aussi, une personne estimant y avoir intérêt peut soit attaquer une ou plusieurs décisions de promotion dont elle a eu distinctement connaissance, soit les attaquer à l'occasion de la publication de la liste si c'est elle qui les lui fait connaître. En revanche, la requête de M. Bossi, qui ne vise précisément ni des décisions de promotion intervenues antérieurement à son dépôt, ni une liste de promotion déjà dressée et publiée, ne peut sur ce point s'analyser comme étant recevable. La recevabilité d'une demande d'annulation « par provision », en quelque sorte, ne nous paraît pas concevable.

5. Les autres exceptions d'irrecevabilité, relatives au troisième chef de demande d'annulation et aux trois chefs de demande d'indemnisation doivent retenir un peu plus l'attention.

6. Nous ne vous dissimulerons pas que les arguments développés par la Commission au soutien des exceptions en cause nous paraissent d'une rigueur excessive, traduisant en cela, notamment, une insuffisante prise en compte des implications de la procédure préalable de réclamation instituée par le législateur communautaire à l'article 90 du statut des fonctionnaires des Communautés européennes.

7. Cette procédure préalable, obligatoire en vertu de l'article 91, paragraphe 2, du statut,

* Langue originale: le français.

nous paraît essentiellement conçue comme une voie de conciliation entre l'administration communautaire et son fonctionnaire, et donc comme un mode de prévention du contentieux devant votre Cour. Dans le cadre de cette procédure, la solution des différends pourra passer aussi bien par la considération de la légalité que par celle de l'opportunité. Aussi, il convient de lui permettre de se dérouler avec souplesse, à l'abri d'un formalisme excessif.

8. Or, c'est précisément faire preuve, nous semble-t-il, d'un tel formalisme que d'exiger une stricte identité entre les demandes formulées au stade de la réclamation devant l'AIPN et celles présentées dans la requête contentieuse.

9. Suivant votre jurisprudence constante,

« dans les recours de fonctionnaires, les conclusions présentées devant la Cour ne peuvent avoir que le même objet que celles exposées dans la réclamation et ... ne contenir que des chefs de contestation reposant sur la même cause que ceux invoqués dans la réclamation » [1].

Que doit-on entendre par conclusions ayant « le même objet »?

10. La Commission s'en tient à une conception très formelle, en concluant à l'irrecevabilité des chefs de demande d'indemnisation, aucune demande de dommages-intérêts n'ayant été formulée dans le cadre de la réclamation devant l'AIPN. M. Bossi demandait alors l'« annulation de la décision de ne pas (le) faire figurer sur la liste des fonctionnaires jugés les plus méritants pour obtenir une promotion au grade B 1 — exercice 1987 ». Selon la Commission, il ne pourrait, devant votre Cour, que répéter cette demande sans pouvoir l'élargir.

11. Une telle conception pourrait assez largement se justifier au sujet de l'identité d'une demande en appel par rapport à une demande en première instance. Mais il nous semble que la procédure de réclamation préalable devant l'AIPN n'est pas assimilable à la saisine d'une juridiction de premier degré. Dans le cadre de la réclamation préalable, le litige, encore récent, peut, nous l'avons vu, trouver une solution non strictement juridique.

12. De plus, il nous paraît que la conception défendue par la Commission doit conduire nécessairement le fonctionnaire à « charger la barque » dans sa réclamation, autrement dit à donner, dès le départ, un impact maximal au différend l'opposant à l'administration, ce qui ne peut que rendre plus malaisé, plus conflictuel le déroulement de cette procédure préalable, et diminuer ses chances de parvenir à une conciliation. Ainsi, paradoxalement, l'exigence d'identité d'objet, strictement entendue, porte en germe une diminution d'efficacité de la prévention du contentieux de la fonction publique communautaire, partant, un accroissement de celui-ci.

13. Votre jurisprudence ne paraît pas définitivement fixée entre formalisme et souplesse, puisque, si dans votre arrêt Jänsch du 10 décembre 1987 [2] vous avez

1 — Affaire 242/85, Geist/Commission, arrêt du 20 mai 1987, Rec. p. 2181, point 9.

2 — Affaire 277/84, Rec. p. 4923, point 10.

déclaré « irrecevable comme présentée pour la première fois dans la requête » une demande en indemnisation pour préjudice de carrière, vous n'avez soulevé aucune irrecevabilité et avez rejeté au fond, dans votre arrêt Vincent du 10 juin 1987 [3], une demande d'indemnisation formulée pour la première fois dans le mémoire en réplique, alors que votre avocat général avait conclu à l'irrecevabilité. Il faut également rappeler que votre décision du 5 juin 1980, Oberthür [4], vous a vus « condamner d'office la partie défenderesse », en l'espèce la Commission, « au paiement d'une indemnité pour le dommage moral causé par sa faute de service », alors que la requérante n'avait formé aucune demande de dommages-intérêts.

14. Puisque votre jurisprudence paraît encore hésiter, l'affaire qui vous est aujourd'hui soumise fournit l'occasion de la fixer. Nous vous invitons à le faire dans le sens d'une application de la notion d'identité d'objet moins stricte que celle qui semble avoir les préférences de la Commission.

15. Toute réclamation d'un fonctionnaire vise un agissement déterminé de l'administration, ou une abstention d'agir déterminée. Elle tend à la suppression des effets de l'agissement ou de l'abstention au moyen d'une modification du comportement de l'administration, ou d'une compensation accordée par celle-ci, ou des deux cumulativement. Son objet englobe donc les différents moyens permettant de parvenir à la suppression des effets en question. Devant votre Cour, la requête ne pourrait porter sur un autre agissement ou une autre abstention, parce qu'il y aurait changement de cause de la demande. Mais il serait, en revanche, indifférent, au regard de l'exigence d'identité d'objet, que le même agissement ou la même abstention donne lieu, devant vous, également à une demande de dommages-intérêts, alors que la réclamation ne comportait qu'une demande d'annulation. Annulation et dommages-intérêts ont, dans ce cas, pour même objet la suppression des mêmes effets juridiques.

16. Plus concrètement, à partir des données de l'espèce qui vous est soumise, il y aurait lieu de considérer que la demande d'annulation de la décision de ne pas faire figurer M. Bossi sur la liste des fonctionnaires jugés les plus méritants pour obtenir une promotion au grade B 1 — exercice 1987, formulée dans la réclamation préalable, et les demandes de dommages-intérêts exprimées dans la requête contentieuse ont un seul et même objet: le rétablissement des droits de M. Bossi dans le cadre de la procédure de promotion mise en œuvre à la Commission en 1987.

17. Une telle analyse nous semble demeurer en harmonie avec la jurisprudence, rappelée dans votre arrêt Rihoux du 7 mai 1986 [5], selon laquelle:

« l'article 91 du statut a pour objet de permettre et de favoriser un règlement amiable du différend surgi entre les fonctionnaires et l'administration. Pour satisfaire à cette exigence, il importe que cette dernière soit en mesure de connaître avec une précision suffisante les griefs ou desiderata de l'intéressé. Par contre, cette disposition n'a pas pour objet de lier, de façon

3 — Affaire 7/86, Rec. p. 2473.

4 — Affaire 24/79, Rec. p. 1743, point 14.

5 — Affaire 52/85, Rec. p. 1555, point 12.

rigoureuse et définitive, la phase contentieuse éventuelle, dès lors que le recours contentieux ne modifie ni la cause ni l'objet de la réclamation ».

Dès lors qu'un de ses agissements voit sa régularité mise en cause par un fonctionnaire, la Commission ou une autre institution communautaire est, selon nous, parfaitement consciente de ce que les conséquences dommageables éventuelles de cette possible irrégularité pourront donner lieu à réparation.

18. C'est pourquoi nous vous proposons de rejeter les exceptions d'irrecevabilité soulevées par la Commission en tant qu'elles allèguent une absence d'identité d'objet entre les demandes formulées au contentieux et la réclamation préalable, sauf en ce qui concerne le deuxième chef de demande indemnitaire, relatif aux promotions des exercices postérieurs à 1987, c'est-à-dire à des procédures de promotion distinctes de celle visée par la réclamation et, au surplus, postérieures au dépôt de la requête.

19. La Commission soutient également que le caractère irrecevable des demandes indemnitaires résulterait de ce que le requérant n'a pas expressément invoqué l'existence d'un lien de causalité entre la faute alléguée et le préjudice prétendument subi, et de ce qu'il ne peut à la fois réclamer l'annulation de certains actes et une indemnisation pour le préjudice que lui causent ces actes, puisque, en cas d'annulation de ces actes, il n'y aurait plus préjudice.

20. Contrairement à la Commission, il nous semble que le lien de causalité entre la non-promotion de B 2 en B 1, critiquée par le requérant, et la demande d'indemnisation correspondant à la différence annuelle entre les traitements et autres avantages des grades B 1 et B 2 se dégage très évidemment de la requête, et que cela ne pose aucun problème de recevabilité. Par ailleurs, nous voudrions pouvoir souscrire à une vision aussi optimiste de la responsabilité administrative que celle où l'annulation des actes fait, par elle-même, disparaître tout dommage. Il nous semble que la réalité du droit de la fonction publique des Communautés ne permet nullement de poser un tel postulat et d'en déduire l'irrecevabilité suggérée. Le lien entre annulation et dommage nous paraît étroitement lié aux circonstances concrètes d'une annulation, donc au fond. Nous vous proposons également, par conséquent, de rejeter les exceptions d'irrecevabilité en tant qu'elles reposent sur les deux arguments que vous venons d'évoquer.

21. La discussion sur l'irrecevabilité nous contraint à examiner spécifiquement l'exception tenant à la circonstance que la requête de M. Bossi tendrait à l'annulation de la décision implicite de rejet de la réclamation préalable, celle-ci étant, selon la Commission, un acte confirmatif non susceptible de recours.

22. Nous sommes à nouveau en présence d'une position formaliste de la Commission, qui nous paraît aller directement à l'encontre de la lettre du règlement ayant fixé le statut des fonctionnaires communautaires, et constituer de surcroît un contresens sur la notion d'acte confirmatif.

23. Le statut, tout d'abord. Rappelons que, selon son article 91, paragraphe 2:

« ...

2. Un recours à la Cour de justice des Communautés européennes n'est recevable que:

— si l'autorité investie du pouvoir de nomination a été préalablement saisie d'une réclamation au sens de l'article 90, paragraphe 2, et dans le délai y prévu, et

— si cette réclamation a fait l'objet d'une décision explicite ou implicite de rejet.

3. Le recours visé au paragraphe 2 doit être formé dans un délai de trois mois. Ce délai court:

...

— à compter de la date d'expiration du délai de réponse, lorsque le recours porte sur une décision implicite de rejet d'une réclamation présentée en application de l'article 90, paragraphe 2. »

A la lecture de ces dispositions, il nous paraît clair que, bien qu'il soit dans la nature de la décision implicite de rejet de confirmer l'administration dans une attitude antérieure, le législateur communautaire n'en a pas moins prévu expressément une règle relative à la computation du délai de recours lorsque celui-ci « porte sur une décision implicite de rejet d'une réclamation ». Devrions-nous tenir cette règle comme non écrite sur la base de l'argument de la Commission? Nous ne pouvons le penser.

24. En outre, il nous semble que la notion d'acte confirmatif appliquée à la décision implicite de rejet d'une réclamation n'a pas grand sens. Cette notion, en droit administratif général, sert à écarter la possibilité d'un recours contre un acte qui ne fait que reprendre une décision antérieure à l'égard de laquelle le délai de recours est expiré. Cela n'a rien à voir avec la situation précédemment analysée, où le législateur communautaire organise un recours administratif préalable et prévoit expressément que cette procédure obligatoire conserve le délai du recours contentieux, le silence gardé par l'administration pendant quatre mois étant, en vertu des termes formels du statut, constitutif d'une décision susceptible de recours.

25. Aussi, ni la lettre du statut, ni l'esprit de la notion d'acte confirmatif ne nous paraissent aller dans le sens de l'irrecevabilité alléguée par la Commission.

26. Il est vrai que celle-ci invoque votre arrêt Plug du 9 décembre 1982 [6] où, vous référant à l'arrêt Kuhner [7], vous avez, contrairement aux conclusions de M. l'avocat général Reischl, déclaré irrecevables des demandes tendant à l'annulation de décisions implicites de rejet de réclamation en affirmant que:

« toute décision de rejet, qu'elle soit implicite ou explicite, ne fait, si elle est pure et simple, que confirmer l'acte ou l'abstention dont le réclamant se plaint, et ne constitue pas un acte attaquable » [8].

6 — Affaire 191/81, Rec. 1982, p. 4229.

7 — Affaires jointes 33 et 75/79, arrêt du 28 mai 1980, Rec. p. 1677.

8 — Affaire 191/81, précitée, point 13.

27. Mais d'autres décisions de votre Cour reposent sur un point de vue différent. Vous n'avez nullement analysé comme confirmative et insusceptible de recours la décision implicite de rejet d'une réclamation dans l'arrêt Morbelli du 21 mai 1981 [9] et dans l'arrêt Andersen du 19 janvier 1984 [10]. Dans ce dernier, vous avez relevé que,

« dans le cadre du contentieux des fonctionnaires, organisé de telle façon que la procédure de réclamation précède nécessairement l'introduction du recours, l'intérêt des requérants à demander l'annulation de la décision portant rejet de leur réclamation en même temps que celle de l'acte leur faisant grief ne saurait être nié, quel que soit l'effet concret de l'annulation d'une telle décision dans un cas déterminé » [11].

Cette position nous paraît en parfaite conformité avec la lettre du statut et l'esprit de la notion d'acte confirmatif, notion sans pertinence à l'égard d'un acte survenu, par définition, à l'intérieur du délai de recours. Dans la mesure où votre jurisprudence semblait hésiter entre deux attitudes, nous vous proposons de consacrer définitivement la position retenue dans le précédent arrêt Andersen et de rejeter l'exception d'irrecevabilité à l'égard du troisième chef de demande d'annulation.

8. Enfin, s'agissant du premier chef de demande d'annulation, à l'égard duquel la Commission ne fait état d'aucune irrecevabilité, il n'y a pas lieu, selon nous, de soulever d'office une telle exception, qui résulterait de ce que la liste des fonctionnaires jugés les plus méritants pour une promotion au grade B 1 s'analyserait comme un acte simplement préparatoire des décisions effectives de promotion, seules susceptibles de recours, et que le requérant n'a pas régulièrement contestées. Votre arrêt Castille du 6 février 1986 [12] ne vous a pas permis de trancher cette question et de vous prononcer sur l'analyse développée devant vous par M. l'avocat général Lenz, qui observait que

« la liste des fonctionnaires les plus méritants, qui doit être arrêtée par l'autorité investie du pouvoir de nomination, constitue un acte définitif, puisqu'un fonctionnaire n'y figurant pas ne peut pas être promu » [13].

Mais on peut relever que, dans un précédent arrêt Ditterich [14], vous avez écarté sur le fond les griefs d'une requête visant une liste des fonctionnaires les plus méritants établie par l'AIPN. Vous avez ainsi considéré qu'une telle liste n'est pas qu'un acte simplement préparatoire, et qu'elle est susceptible de recours. Nous vous demandons de confirmer cette position aujourd'hui.

29. Les exceptions d'irrecevabilité nous ont longuement retenu. Mais elles avaient fait l'objet, dans les mémoires de la Commission, de si longs développements qu'il nous a paru nécessaire d'en traiter de façon circonstanciée. Et nous constatons que nous l'avons fait suivant une analyse largement convergente avec celle développée par M. l'avocat général Tesauro dans l'affaire 224/87. Qu'il nous soit permis de vous suggérer, pour le cas où vous partageriez cette analyse, de statuer de façon motivée

9 — Affaire 156/80, Rec. p. 1357.
10 — Affaire 260/80, Rec. p. 177.
11 — Point 4.
12 — Affaires jointes 173/82, 157/83 et 186/84, Rec. p. 497, point 12.
13 — Rec. 1986, p. 502.
14 — Affaire 86/77, arrêt du 12 octobre 1978, Rec. p. 1855.

sur le sort de ces exceptions, de façon à éviter, dans les procédures qui vous seront soumises à l'avenir, de voir soulever des fins de non-recevoir dépourvues de pertinence.

30. Nous voici parvenu à l'examen du fond. La requête développe en quatre moyens une argumentation qui peut être résumée ainsi qu'il suit. Dans la procédure de promotion du grade B 2 au grade B 1 pour l'exercice 1987, les instances compétentes n'auraient pas eu connaissance des rapports de notation de M. Bossi pour les périodes 1981-1983 et 1983-1985, ces rapports n'ayant pas été établis. Ainsi, ces instances n'auraient pas été en mesure d'apprécier les mérites de l'intéressé qui satisfaisait aux conditions statutaires pour prétendre à une telle promotion. Dans ces circonstances, l'absence des rapports de notation constituerait une irrégularité viciant l'établissement, par l'autorité investie du pouvoir de nomination, de la liste des fonctionnaires jugés les plus méritants pour obtenir une promotion au grade B 1, et une faute de service causant un préjudice matériel et moral.

31. De l'examen du dossier, il ressort effectivement que la décision attaquée, publiée le 2 mars 1987, est intervenue alors que les rapports de notation de M. Bossi pour les périodes considérées n'avaient pas encore été établis ni, par conséquent, versés au dossier de l'intéressé. Ainsi, l'établissement de la liste des fonctionnaires jugés les plus méritants, de même que les opérations qui l'ont préparé, à savoir la consultation du comité de promotion et la mise au point des propositions de la direction où servait M. Bossi, sur la base desquelles le comité avait délibéré, se sont déroulés sans prise en considération de ces rapports de notation. Le dossier fait très clairement apparaître que le processus d'établissement des rapports litigieux n'a commencé à se concrétiser que dans le courant du mois de mai 1987, c'est-à-dire après le dépôt, par M. Bossi, de sa réclamation tendant à l'annulation de la décision de ne pas le faire figurer sur la liste des fonctionnaires les plus méritants.

32. En présence de ces faits, qui sont donc constants, le requérant dénonce une violation des articles 43 et 45, paragraphe 1, du statut des fonctionnaires des Communautés ainsi que de l'article 6 des dispositions générales d'exécution concernant la notation du personnel, en précisant que des informations essentielles le concernant n'ont pu être prises en considération dans le déroulement de la procédure de promotion: l'acquisition d'une spécialisation dans l'aménagement des locaux pour ordinateurs, la participation à des cours de formation en langue anglaise. Il prétend, en outre, que la décision attaquée est intervenue sans qu'ait été consulté son supérieur hiérarchique pour la période non couverte par des rapports de notation.

33. La Commission, pour sa part, soutient que, conformément à votre jurisprudence, le déroulement de la procédure de promotion n'a pas vu sa validité entachée par l'absence des rapports de notation de M. Bossi, puisque les instances qui sont intervenues dans cette procédure ont disposé de tous éléments d'information utiles pour apprécier les mérites de l'intéressé, et que l'irrégularité constituée par l'absence desdits rapports a été sans incidence sur les choix de ces instances qui ont porté sur des fonctionnaires plus âgés, plus anciens ou plus brillants que le requérant.

34. Selon votre arrêt Oberthür, précité, le rapport de notation, qui, d'après l'article 43 du statut, doit être établi au moins tous les deux ans,

« constitue un élément indispensable d'appréciation chaque fois que la carrière du fonctionnaire est prise en considération par le pouvoir hiérarchique »,

et vous avez rappelé à ce propos

« que, en vertu de l'article 45, paragraphe 1, du statut, la promotion des fonctionnaires ne peut intervenir qu'après examen comparatif des mérites des fonctionnaires ayant vocation à la promotion ainsi que des rapports dont ils ont fait l'objet »,

avant de conclure que

« ne satisfait pas à l'exigence de l'examen comparatif prévu par l'article 45 l'examen des mérites de candidats dont, pour certains, le rapport de notation avait déjà été établi, conformément à l'article 43, tandis que pour d'autres ce n'était pas encore le cas » [15].

Toutefois, vous avez indiqué, dans votre arrêt Gratreau du 18 décembre 1980 que,

« dans des circonstances exceptionnelles, l'absence de rapports de notation peut être compensée par l'existence d'autres informations sur les mérites du fonctionnaire » [16].

Vous avez également adopté une position nuancée lorsque vous avez souligné que votre jurisprudence n'impliquait pas

« que tous les candidats doivent se trouver ... exactement au même stade en ce qui concerne l'état de leurs rapports de notation, ni que l'AIPN a l'obligation de reporter sa décision si le rapport le plus récent de l'un ou l'autre des candidats n'est pas encore établi »,

ajoutant qu'il ne suffisait pas, pour annuler des nominations ou des promotions,

« que le dossier personnel d'un seul des candidats soit irrégulier et incomplet, sauf s'il est établi que cette circonstance a pu avoir une incidence décisive » [17]

sur la procédure en cause.

35. En définitive, il nous semble que votre jurisprudence s'est exprimée sur deux questions.

36. Sur la question de savoir si une procédure de promotion satisfait aux exigences, formulées à l'article 45, paragraphe 1, du statut, d'un examen comparatif des mérites des candidats, vous répondez par la négative, en l'absence de rapports de notation d'un fonctionnaire à moins que cette absence ne soit compensée par d'autres informations pertinentes, le recours à un tel palliatif étant cependant conçu par vous comme exceptionnel, ce qui nous semble signifier que cette possibilité ne doit pas constituer pour l'administration une commodité pouvant lui permettre de ne pas établir les rapports de notation.

15 — Point 8.

16 — Affaires jointes 156/79 et 51/80, Rec. 1980, p. 3943, point 22.

17 — Affaire 263/81, List, arrêt du 27 janvier 1983, Rec. p. 103, point 27, et 7/86, Vincent, arrêt du 10 juin 1987, Rec. p. 2473, point 17.

37. Sur la question de savoir si une irrégularité de la procédure de promotion, tenant au non-respect de l'exigence d'un examen comparatif des mérites des candidats, doit conduire à l'annulation des promotions effectivement prononcées, vous répondez négativement s'il n'est pas établi que cette irrégularité a pu avoir une incidence décisive sur ces décisions de promotion.

38. Nous devons donc d'abord nous demander si, dans la procédure de promotion litigieuse, les instances compétentes ont pu régulièrement procéder à un examen comparatif des mérites des candidats malgré l'absence des rapports de notation de M. Bossi, et grâce à d'autres éléments d'information.

39. La Commission répond positivement à cette question. Elle souligne que les propositions soumises au comité de promotion par la direction où servait M. Bossi ont été établies après consultation des directeurs, chefs de division et chefs de services spécialisés, qui sont en mesure de fournir une appréciation circonstanciée quant aux mérites de chacun des fonctionnaires promouvables, qu'ils sont amenés à côtoyer très fréquemment et dont ils peuvent régulièrement juger de la qualité des travaux. Elle s'est référée sur ce point à la lettre de M. le directeur Volpi, en date du 22 mai 1987, qui indique que les supérieurs actuels et antérieurs de M. Bossi ont participé aux discussions au sein de la direction, et que leurs appréciations ont pu être prises en compte, mais qu'il en a été conclu que, « compte tenu de l'âge et de l'ancienneté de l'intéressé ainsi que de ses prestations comparées à celles de ses collègues, il n'était pas opportun de le faire figurer sur la liste des propositions ».

40. La Commission ajoute que le comité de promotion est à même, si un fonctionnaire le saisit, de se livrer à une appréciation comparative particulière de sa situation et, ainsi, de redresser éventuellement des oublis critiquables. Or, M. Bossi ne se serait pas plaint auprès du comité de n'avoir pas été retenu dans les propositions de sa direction générale. Elle souligne que l'AIPN a adopté la recommandation unanime du comité de promotion.

41. Nous ne sommes que très modérément convaincu par cette argumentation. Il convient d'observer qu'elle repose en partie sur une déclaration a posteriori de l'administration, singulièrement de M. Volpi, qui donne des assurances sur la connaissance des qualités et mérites de M. Bossi au moment de l'établissement des propositions de la direction. En l'absence d'éléments d'appréciation plus objectifs, par exemple de témoignages des supérieurs hiérarchiques directs ou proches de M. Bossi ayant participé aux discussions sur les propositions de la direction, une simple déclaration unilatérale de la partie défenderesse, postérieure à la réclamation de l'intéressé, ne nous paraît pas suffire à établir une conviction.

42. De plus, les éléments du dossier relatifs aux appréciations de M. Delhez, supérieur hiérarchique direct de M. Bossi durant les périodes non couvertes par des rapports de notation, ne permettent pas de déterminer s'il a été consulté dans le cadre de la procédure de promotion, en particulier pour l'établissement des propositions de la direction. La Commission ne fait précisément état à aucun moment d'une telle consultation et se borne à relever que M. Delhez a quitté le service alors que les propositions étaient faites. L'allégation suivant laquelle « c'est à l'issue de discussions approfondies

au sein de chaque direction, auxquelles participèrent les supérieurs actuels et antérieurs de M. Bossi », que furent établies les propositions [18], nous paraît, à défaut de plus amples précisions, bien vague. A cet égard, la précision, donnée à l'audience, de l'identité des supérieurs hiérarchiques de ce fonctionnaire, ne rapporte pas, à elle seule, la preuve que les personnes en question ont effectivement fourni des informations substantielles sur ses mérites.

43. En outre, les indications données par la Commission ne permettent nullement d'établir qu'un examen de la situation de M. Bossi s'est déroulé devant le comité de promotion. Elles nous semblent même convaincre du contraire. En effet, la Commission déclare que ce comité est à même de réparer les « oublis » éventuels des directions, à condition qu'on le saisisse des cas particuliers. A défaut d'une telle saisine, le comité délibère « sur la base des propositions des services et de leur ordre de priorité » [19], ce qui signifie, en clair, qu'il ne procède pas à un réexamen de la situation de tous les fonctionnaires promouvables. Or, M. Bossi n'a pas saisi le comité du fait qu'il ne figurait pas sur les propositions de sa direction.

44. A cet égard, nous voudrions vous donner lecture d'un passage du mémoire en duplique de la Commission qui nous paraît très révélateur. A la page 5 de ce document, elle indique que le comité de promotion

« n'avait pas eu son attention attirée par le requérant sur son cas, en sorte qu'on a peine à imaginer comment, alors qu'il avait à réduire considérablement le nombre de fonctionnaires à retenir aux fins de l'inscription sur la liste des plus méritants par rapport aux fonctionnaires proposés, ce comité aurait pu retenir le nom du requérant qui n'avait pas protesté en particulier auprès de lui contre le fait qu'il n'ait pas été proposé par sa direction générale ».

On ne saurait dire plus clairement qu'aucun examen particulier des mérites de M. Bossi ne s'est déroulé devant le comité de promotion. Dès lors, il paraît difficile d'estimer que des informations fournies à ce comité ont permis de compenser l'absence des rapports de notation pour l'appréciation des mérites de l'intéressé.

45. IL nous semble que le fait que M. Bossi n'ait pas lui-même signalé sa situation au comité de promotion ne peut lui être opposé dans cette affaire. Cela reviendrait, sinon, à lui faire supporter les conséquences de la carence de l'administration, qui n'a pas établi ses rapports de notation en temps utile. Nous estimons que, dans le cadre du statut, le fonctionnaire a un droit à ce que ses mérites soient appréciés lors d'une procédure de promotion, à partir de ses rapports de notation ou, lorsque ceux-ci font exceptionnellement défaut, de tous autres éléments utiles. Il n'a pas à demander spécialement le bénéfice de ce droit, et on ne peut le lui refuser parce qu'il ne l'a pas demandé.

46. Enfin, l'AIPN ayant arrêté la liste des fonctionnaires les plus méritants en retenant la recommandation unanime du comité de promotion, rien ne permet de penser que cette dernière phase a comporté un examen particulier des mérites de M. Bossi.

18 — Mémoire en duplique de la Commission, p. 8.

19 — Point 8 de l'annexe 2 du mémoire en défense de la Commission, et p. 15 de ce mémoire.

47. Selon votre arrêt Oberthür, il appartient à la Commission d'établir que l'absence du rapport de notation d'un fonctionnaire est compensée par d'autres éléments susceptibles de renseigner le comité de promotion et l'autorité investie du pouvoir de nomination sur les mérites du fonctionnaire pendant la période considérée [20].

48. Nous estimons, au vu des considérations qui précèdent, que la Commission n'a pas, dans la présente espèce, établi que l'absence du rapport de notation a été compensée par d'autres éléments propres à renseigner les instances compétentes. Nous en concluons que les exigences de la règle de l'examen comparatif des mérites des fonctionnaires ayant vocation à la promotion, posée à l'article 45, paragraphe 1, du statut, n'ont pas été satisfaites, et que la disposition statutaire en cause n'a pas été respectée.

49. Peut-on, dès lors, conclure à l'annulation de la décision attaquée, ou faut-il encore établir que l'irrégularité au regard de l'article 45, paragraphe 1, du statut a pu avoir une incidence décisive sur la procédure de promotion?

50. Nous pensons que la mise en évidence d'une incidence décisive n'est pas nécessaire ici. Votre jurisprudence montre clairement que la condition assez stricte, sinon sévère, de « l'incidence décisive » n'a été posée que pour éviter l'annulation automatique des promotions, souvent nombreuses, intervenues au terme d'une procédure entachée d'une irrégularité liée à l'appréciation des mérites d'un seul candidat. En effet, seule la perspective grave d'une remise en cause de situations individuelles parfois nombreuses justifie que, en présence d'une irrégularité caractérisée de la procédure de promotion, vous ne considériez pas l'annulation des promotions finalement décidées comme inévitable. Or, la requête de M. Bossi est, nous l'avons vu, irrecevable à l'égard des décisions de promotion effectivement prises. Elle ne concerne donc, sur le terrain de l'annulation, que la décision de l'AIPN établissant la liste des fonctionnaires jugés les plus méritants, ainsi que la décision implicite de rejet de la réclamation.

51. Les décisions de promotion du grade B 2 au grade B 1 intervenues au titre de l'exercice 1987 sont aujourd'hui définitives en l'absence de contestation régulière à leur endroit. Les situations de leurs bénéficiaires ne peuvent plus être remises en cause. Ainsi que l'a indiqué à l'audience le représentant de la Commission, l'annulation de la décision de l'AIPN établissant la liste des fonctionnaires jugés les plus méritants pour une promotion au grade B 1 serait sans conséquence sur ces situations. Dès lors, il nous semble qu'aucune considération d'opportunité administrative ou de préservation de situations individuelles n'est, en l'espèce, de nature à faire obstacle à ce que l'irrégularité de la procédure de promotion au grade B 1 reçoive la sanction que dicte le principe de légalité, à savoir l'annulation de la décision établissant la liste des fonctionnaires les plus méritants. Nous vous invitons donc à prononcer cette annulation.

52. Une telle décision nous paraît d'autant plus souhaitable qu'elle revêtirait certainement, à l'égard des carences administratives répétées dans l'établissement des rapports de notation, un caractère exemplaire.

20 — Affaire 24/79, précitée, point 10.

53. En effet, la situation de M. Bossi, qui a vu se dérouler la procédure des promotions pour 1987, alors qu'il n'avait plus fait l'objet d'une notation depuis 1981, ne constitue pas un fait isolé. La liste des arrêts que vous avez rendus dans des cas semblables est longue. Le retard que vous avez, dans l'arrêt List, qualifié de « considérable et inexplicable » [21] ne semble malheureusement pas exceptionnel dans les pratiques administratives des institutions communautaires. Aussi, les sanctions contentieuses de telles pratiques doivent, selon nous, être conçues dans la perspective d'inciter l'administration à en éviter le renouvellement et à améliorer son fonctionnement.

54. Dans ses conclusions sur l'affaire Gratreau [22], M. l'avocat général Mayras avait clairement posé le problème de la sanction adéquate des carences dans l'établissement des rapports de notation. Se référant à votre précédent arrêt Oberthür, où, constatant une irrégularité dans la procédure de promotion due à l'absence de rapports de notation et au défaut d'éléments d'information susceptibles d'y suppléer, vous aviez pourtant estimé que l'annulation des promotions de 40 fonctionnaires constituerait une sanction excessive et préféré condamner d'office la Commission au paiement d'une indemnité pour le dommage moral causé par sa faute de service [23], votre avocat général vous avait fait part des doutes que lui inspirait semblable solution. L'octroi de dommages-intérêts n'était pas, à ses yeux,

« le remède approprié pour sanctionner les irrégularités commises dans une procédure de promotion » [24],

et il vous avait rappelé ce passage de ses conclusions sur l'affaire Oberthür:

« Tout n'est pas forcément qu'une question d'argent, et le meilleur moyen de moraliser la gestion administrative ne consiste pas à monnayer le préjudice. [25] »

Aussi estimait-il que l'annulation des décisions de promotion pouvait, dans certaines conditions, constituer la sanction appropriée des irrégularités commises, l'administration pouvant parfaitement en assumer les conséquences, au moyen du procédé de la reconstitution de carrière, par exemple.

55. Nous partageons sur ce point l'opinion de notre prédécesseur. Nous sommes conscient des réticences de votre Cour à sanctionner par l'annulation des promotions les irrégularités du type de celles constatées dans la présente affaire, mais nous pensons qu'une telle solution ne pourra pas toujours être évitée, sauf à installer l'administration dans une situation d'immunité.

56. Dès lors, l'annulation non des promotions, mais de la décision de l'AIPN établissant la liste des fonctionnaires jugés les plus méritants aurait la signification d'un « coup de semonce » adressé à la Commission, d'un avertissement dont on pourrait espérer qu'il serait suffisamment entendu pour prévenir tant semblables carences que le recours à des sanctions aux conséquences dommageables pour d'autres fonctionnaires.

57. Il nous reste à examiner les demandes de dommages-intérêts.

21 — Affaire 263/81, précitée, point 28.
22 — Affaires jointes 156/79 et 51/80, précitées, Rec. p. 3943.
23 — Affaire 24/79, précitée.
24 — Conclusions, Rec. 1980, p. 3965.
25 — Rec. 1980, p. 1766.

58. Le premier chef de demande à ce titre nous paraît devoir être, en l'état, rejeté. L'irrégularité précédemment relevée a consisté non pas à ne pas promouvoir M. Bossi, mais à ne pas avoir procédé à un examen régulier de ses mérites. La faute de l'administration a résidé dans le fait d'avoir méconnu non pas un droit de M. Bossi à être promu, mais celui, consacré par l'article 45, paragraphe 1, du statut, à bénéficier de l'examen comparatif des mérites des fonctionnaires ayant vocation à la promotion. Si cet examen comparatif avait eu régulièrement lieu, rien ne permet d'affirmer qu'iL aurait finalement abouti à la promotion de l'intéressé. Dans ces conditions, le préjudice matériel invoqué par celui-ci, et consistant dans la « différence annuelle de traitement et autres avantages entre les grades B 2 et B 1 » ne nous semble, en l'état, ni suffisamment direct, ni surtout suffisamment certain, pour justifier une réparation.

59. En revanche, il nous paraît difficile d'écarter toute réparation du préjudice moral. Dans votre arrêt Castille, vous avez estimé que

« le retard survenu dans l'établissement des rapports de notation est de nature, en lui-même, à porter préjudice au fonctionnaire, du seul fait que le déroulement de sa carrière peut être affecté par le défaut d'un tel rapport à un moment où des décisions le concernant doivent être prises » [26].

Vous avez également, dans votre arrêt Vincent, rappelé, en citant l'arrêt Geist du 14 juillet 1977, qu'un

« requérant 'subit un préjudice moral résultant du fait de posséder un dossier personnel irrégulier et incomplet, alors que la notation obligatoire est une garantie du fonctionnaire pour le déroulement régulier de sa carrière' et que l'absence de rapports de notation, due à la seule institution, peut le placer dans un état d'incertitude et d'inquiétude pour son avenir professionnel » [27].

60. Dans la présente affaire, où le premier signe perceptible du processus d'élaboration des rapports de notation de M. Bossi pour les périodes 1981-1983 et 1983-1985 n'est apparu qu'après le dépôt de la réclamation et après l'établissement de la liste des fonctionnaires jugés les plus méritants, sans que la procédure de promotion soit alors reprise pour examiner la situation de l'intéressé sur la base des nouveaux éléments, il nous semble que celui-ci justifie de l'existence d'un préjudice moral. Et ce préjudice ne serait pas réparé par l'annulation de la décision de l'AIPN établissant la liste des fonctionnaires jugés les plus méritants. En effet, le non-établissement des rapports de notation a, à lui seul, indépendamment de ses conséquences sur la régularité de la procédure de promotion, constitué une faute entraînant un préjudice. C'est là, pensons-nous, le sens de vos arrêts Castille et Geist, précités.

61. Dans ces conditions, nous estimons qu'il y a lieu de condamner la Commission à réparer le préjudice souffert. Nous vous proposons de l'évaluer, ex aequo et bono, à 25 000 BFR.

26 — Affaires jointes 173/82, 192/83 et 186/84, précitées, point 36.

27 — Affaire 7/86, précitée, point 25.

62. En définitive, nous concluons:

1) à l'irrecevabilité du deuxième chef de demande en annulation et du deuxième chef de demande en dommages-intérêts, les autres exceptions soulevées par la Commission devant être rejetées;

2) sur le fond,

   a) à l'annulation de la décision de l'AIPN portant établissement de la liste des fonctionnaires jugés les plus méritants pour obtenir une promotion au grade B 1, au titre de l'exercice budgétaire 1987, publiée le 2 mars 1987; en conséquence, à l'annulation de la décision implicite de rejet de la réclamation formée par M. Bossi le 15 avril 1987;

   b) à la condamnation de la Commission au versement de 25 000 BFR en réparation du préjudice moral subi par M. Bossi;

   c) en l'état, au rejet de la demande de réparation d'un préjudice matériel;

3) à la condamnation de la Commission aux dépens de l'instance.