# CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. JEAN MISCHO
## présentées le 8 décembre 1987

*Monsieur le Président,*
*Messieurs les Juges,*

1. Par décision du 13 août 1981 prise par le président de la Cour en sa qualité d'autorité investie du pouvoir de nomination, M. Leslie Brown, commis de grade C 2, échelon 5, a été nommé assistant adjoint de grade B 5, échelon 4, avec effet au 1er août 1981. M. Brown se voyait en même temps allouer une indemnité différentielle égale à la différence entre la rémunération nette afférente à son ancien classement au grade C 2, échelon 5, et celle de son classement au grade B 5, échelon 4. Selon le système en vigueur à l'époque, cette indemnité différentielle était destinée à se résorber au fur et à mesure que la rémunération nette dans le nouveau grade augmentait.

2. Brown n'a pas tardé à s'ériger contre cette nomination, en tant qu'elle lui faisait subir, à terme, un manque à gagner important par rapport au traitement qu'il aurait eu dans son ancien grade s'il avait continué à y bénéficier des avancements biennaux d'échelon et des augmentations générales de traitement communes à tous les fonctionnaires.

3. Dans une réclamation introduite le 12 novembre 1981 au titre de l'article 90, paragraphe 2, du statut des fonctionnaires, il s'appuyait surtout sur la deuxième phrase de l'article 46, paragraphe 2, du même statut, qui stipule que:

« En aucun cas, le fonctionnaire ne reçoit dans son nouveau grade un traitement de base inférieur à celui qu'il eût perçu dans son ancien grade. »

4. Le président de la Cour, dans la lettre du 5 février 1982 par laquelle il a rejeté cette réclamation, a réfuté cet argument dans les termes suivants:

« L'article 46 du statut des fonctionnaires sur lequel se fond le plaignant ne saurait être appliqué ni directement ni par analogie à sa situation. Cet article concerne uniquement l'échelon dans lequel un fonctionnaire est à classer lors d'une promotion à l'intérieur d'une même catégorie (voir arrêt du 13 juillet 1972 dans les affaires jointes 55 à 76, 86, 87 et 95/71, Besnard et autres/Commission, Rec. p. 543).

En classant le plaignant dans le grade B 5, l'autorité investie du pouvoir de nomination s'est tenue strictement au principe exprimé dans le second tiret de l'article 31, paragraphe 1, du statut, qui prévoit qu'en principe les fonctionnaires sont nommés au grade de base correspondant à l'emploi pour lequel ils ont été recrutés. »

5. Brown n'est pas allé au terme de son action et s'est abstenu d'introduire un recours devant la Cour de justice.

6. Le 5 février 1985, M. Brown s'est adressé une nouvelle fois au président de la Cour pour lui demander de réexaminer sa

réclamation du 12 novembre 1981 à la lumière de l'arrêt que la Cour venait de rendre, le 29 janvier 1985, dans l'affaire 273/83 (Michel/Commission, Rec. p. 347). Dans cet arrêt, la Cour avait jugé, notamment, que,

« pour éviter qu'un fonctionnaire d'un des grades les plus élevés d'une catégorie subisse une perte, quelquefois importante, d'ancienneté et de traitement par rapport à ses collègues lors de son passage à la catégorie supérieure, il est... nécessaire de lui appliquer les principes prévus à l'article 46 du statut » (point 22).

Elle avait ajouté plus loin que

« l'article 46 a justement pour effet de maintenir, lors du passage à la nouvelle catégorie, l'ancienneté ... obtenue » (point 24).

7. L'arrêt Michel a donc adopté, au sujet de l'applicabilité de l'article 46 en cas de passage d'un fonctionnaire d'une catégorie à une catégorie supérieure, une position différente de celle de la jurisprudence antérieure, sur laquelle s'était fondé le président de la Cour lorsqu'il avait rejeté, le 5 février 1982, la première réclamation de M. Brown.

8. Tout en continuant à opposer une fin de non-recevoir à la demande de M. Brown, le président indiquait, dans sa réponse du 4 juin 1985, que « les institutions sont en train d'examiner les conséquences à tirer de l'arrêt Michel », mais précisait qu'il ne pouvait « prévoir quelle serait l'issue de cet examen ni dans quelle mesure un changement éventuel pourrait avoir des effets rétroactifs ou s'appliquer à ceux promus antérieurement ».

9. C'est le 10 avril 1986 que le président de la Cour devait finalement adopter la décision générale concernant le « passage » d'une catégorie à une catégorie supérieure, contre laquelle M. Brown introduisait, le 5 août 1986, une réclamation au titre de l'article 90, paragraphe 2, du statut. M. Brown a appris l'existence de cette décision par le biais d'une communication du comité du personnel du 14 mai 1986 et d'un « décompte — état comparatif » de la division financière de la Cour du 3 juillet 1986, qu'il a reçu le 22 juillet 1986.

10. En instaurant un système d'indemnité différentielle évolutive, cette décision générale (dont le contenu a été officiellement porté à la connaissance du personnel par une communication du greffier du 26 mars 1987) donnait, en substance, satisfaction aux revendications de M. Brown qui continuait toutefois à contester la date de son entrée en vigueur, fixée au 1er mars 1986, et demandait qu'elle soit appliquée à compter de la date de nomination des fonctionnaires concernés dans une catégorie supérieure ou, à tout le moins, à compter de la date de l'arrêt Michel.

11. Il s'ensuivait encore un échange de correspondance avec le président de la Cour qui, dans un premier temps, souhaitait traiter la réclamation de M. Brown comme une demande au sens de l'article 90, paragraphe 1, du statut, avant que le comité ad hoc de la Cour, en date du 30 janvier 1987, ne rejette explicitement sa réclamation, au motif qu'en vertu du principe de sécurité juridique une décision d'ordre général ne peut que très exceptionnellement sortir des effets rétroactifs.

12. Dans sa requête introduite le 10 avril 1987, M. Brown demande, d'une part, l'annulation de la décision de rejet de sa réclamation contre la décision générale du

10 avril 1986 et, d'autre part, que la Cour dise qu'il est en droit de percevoir l'indemnité différentielle calculée selon la nouvelle méthode, majorée d'intérêts moratoires, et ce de façon rétroactive à partir du jour de sa nomination au grade B 5 ou, à tout le moins, à partir de la date de l'arrêt Michel.

13. Que faut-il en penser? Notons tout d'abord que, aux termes de l'article 90, paragraphe 2, premier tiret, du statut, les fonctionnaires ont le droit d'introduire une réclamation et ensuite un recours contre une « mesure de caractère général » de l'autorité investie du pouvoir de nomination qui leur fait grief sans devoir être « individuellement concernés » par cette mesure au sens de l'article 173 CEE [1] . La Cour a effectivement reconnu la recevabilité de tels recours dans les affaires De Dapper/Parlement (arrêt du 29 septembre 1976, 54/75, Rec. p. 1381) et Diezler et autres/Comité économique et social (arrêt du 27 octobre 1987, 146 et 431/85, Rec. p. 4283). En l'occurrence, M. Brown a introduit, en respectant les délais prescrits, une réclamation et ensuite un recours contre la décision générale du président de la Cour du 10 avril 1986. On peut aussi considérer que M. Brown est à même de faire valoir un intérêt personnel, né et actuel à ce que la décision générale du 10 avril 1986 ait un effet rétroactif plus prononcé que celui qui lui a été attribué.

14. On peut noter, par ailleurs, que la commission de la Cour chargée de statuer sur les réclamations des fonctionnaires n'a pas déclaré la réclamation du requérant irrecevable, mais qu'elle l'a rejetée quant au fond.

15. A première vue, on a donc l'impression que ce recours devrait être considéré comme recevable.

16. La Cour, en tant qu'administration et partie défenderesse, est cependant parvenue à la conclusion contraire. Elle a en effet soulevé une exception d'irrecevabilité à l'encontre du recours au motif que celui-ci aurait en réalité pour objet de mettre en cause les modalités de l'indemnité différentielle qui avait été fixée le 13 août 1981 à l'occasion de la nomination du requérant au grade B 5. Le recours serait donc tardif.

17. Il est certain qu'en vertu d'une jurisprudence constante

« les délais des articles 90 et 91 du statut sont d'ordre public et ne constituent pas un moyen à la discrétion des parties ou du juge, ayant été institués en vue d'assurer la clarté et la sécurité des situations juridiques » [2] .

18. Il en résulte que, même si,

« aux termes de l'article 90, paragraphe 1, du statut, tout fonctionnaire peut demander à l'autorité investie du pouvoir de nomination de prendre à son égard une décision, ... cette faculté ne permet pas aux fonctionnaires d'écarter les délais prévus par les articles 90 et 91 pour l'introduction d'une réclamation ou d'un recours, en mettant indirectement en cause, par le biais d'une demande, une décision antérieure qui n'avait pas été contestée dans les délais. *Seule l'existence de faits nouveaux substantiels*

1 — Voir, à cet égard, nos conclusions du 11 juin 1986 dans les affaires jointes 269 et 292/84, Fabbro et Scharf, arrêt du 21 octobre 1986, Rec. p. 2983, 2996.

2 — Voir arrêt du 7 mai 1986, Barcella et autres/Commission, affaire 191/84, Rec. p. 1541, point 12.

peut justifier la présentation d'une demande tendant au réexamen d'une telle décision » [3].

19. Il est vrai qu'en l'espèce M. Brown n'a pas formellement introduit une nouvelle demande auprès de l'AIPN. Au contraire, il s'est énergiquement opposé à ce que sa réclamation du 5 août 1986 soit traitée comme une demande.

20. Mais un fonctionnaire ne saurait pas non plus rouvrir un délai qu'il a laissé passer en introduisant une réclamation administrative ayant le même objet que l'acte devenu inattaquable [4].

21. Certes, en l'occurrence, la réclamation de M. Brown du 5 août 1986 a été expressément dirigée contre la décision générale du 10 avril 1986, et non contre la décision individuelle du 13 août 1981.

22. Mais M. Brown ne conteste pas la substance de la décision générale qui correspond à ce qu'il n'avait cessé de réclamer. Dans sa réclamation, il demande l'application rétroactive de cette décision jusqu'à « la date où tous les fonctionnaires concernés ont dû accepter un salaire plus bas à l'issue d'une promotion ou, en tout cas, à partir du 29 janvier 1985 (date de l'arrêt de la Cour dans l'affaire 273/83, Michel/Commission), celle-ci étant la date à partir de laquelle le système appliqué par la Cour aux fonctionnaires passant d'une catégorie à une autre doit être considéré comme illégal ».

23. Brown demande donc, à titre principal, que lui-même et les autres fonctionnaires qui n'ont pas introduit de recours contre l'indemnité différentielle qui leur avait été attribuée au moment de leur passage d'une catégorie vers une catégorie supérieure puissent bénéficier rétroactivement d'un ajustement de cette indemnité jusqu'à la date de cette nomination. Or, cela équivaut à remettre en question les conditions de sa nomination après que celle-ci est devenue définitive.

24. Dans son arrêt du 1er décembre 1983 (Blomefield/Commission, 190/82, Rec. p. 3981), la Cour a jugé

« inadmissible qu'un fonctionnaire remette en question les conditions de son recrutement initial après que celui-ci est devenu définitif ».

Elle a ajouté que,

« à plus forte raison, il ne saurait soulever de ce chef des revendications rétroactives ayant trait à son classement et, par voie de conséquence, à sa rémunération passée et future » (point 10).

25. Or, ce qui vaut pour les conditions de recrutement doit logiquement valoir également pour les conditions de nomination à la suite d'une promotion ou d'un changement de catégorie. L'indemnité différentielle octroyée à une telle occasion fait partie desdites conditions.

26. Seule la survenance d'un fait nouveau pourrait donc éventuellement justifier une réouverture des délais de procédure.

27. A cet égard, la partie défenderesse fait valoir à juste titre que l'arrêt Michel, précité, du 29 janvier 1985 ne saurait constituer un tel fait nouveau, étant donné qu'en vertu d'une jurisprudence constante,

3 — Voir ordonnance du 19 février 1987, Mogensen/Commission, affaire 101/86, Rec. p. 825, point 9.

4 — Voir arrêt du 15 décembre 1971, Tontodonati/Commission, affaire 17/71, Rec. p. 1059, point 3.

« les effets juridiques d'un arrêt de la Cour rendu au contentieux et portant annulation d'un acte ne concernent, outre les parties, que les personnes concernées directement par l'acte annulé lui-même »,

de sorte que

« un tel arrêt n'est susceptible de constituer un fait nouveau qu'à l'égard de ces personnes » [5].

28. Le requérant rétorque, et il l'a confirmé formellement à l'audience, que ce ne serait pas l'arrêt Michel, mais la décision générale du 10 avril 1986 qui constituerait un tel fait nouveau.

29. Considérée indépendamment de l'arrêt Michel, la décision du 10 avril 1986 se présente effectivement comme une modification assez fondamentale de la pratique administrative de la Cour. Or, dans son arrêt Schots-Kortner et autres/Conseil, Commission et Parlement [6], la Cour a constaté qu'un revirement général de la pratique administrative, même consécutif à des arrêts constatant par voie incidente l'inapplicabilité d'une disposition du statut, devait être considéré, « dans les circonstances de l'espèce, comme l'application anticipée d'un amendement formel du statut des fonctionnaires, mais ne saurait être compris comme permettant une remise en cause rétroactive d'une situation résultant de décisions prises à l'égard des requérantes et devenues définitives à l'expiration des délais de recours ». La Cour avait dès lors rejeté ces recours comme irrecevables.

5 — Voir, à titre d'exemple, arrêt du 17 juin 1965, Müller/Conseils CEE, CEEA et CECA, affaire 43/64, Rec. p. 499, 515.

6 — Arrêt du 21 février 1974, affaires jointes 15 à 33, 52, 53, 57 à 109, 116, 117, 123, 132 et 135 à 137/73, Rec. p. 177 et 191-192).

30. A notre avis, le raisonnement suivi par la Cour dans l'arrêt Schots-Kortner est également valable en ce qui concerne la conclusion principale du recours de M. Brown.

31. Comme M. Brown n'a pas introduit en temps utile un recours pour faire annuler, éventuellement pour violation de l'article 46, la décision du 13 août 1981 fixant son indemnité différentielle, cette décision est devenue définitive. La demande de se voir attribuer de façon rétroactive à partir de cette date une indemnité différentielle plus élevée, couvrant la différence entre son traitement dans le *grade B 5, échelon 4*, et le traitement qu'il aurait obtenu s'il était resté dans son ancien grade C 2, échelon 5, est dès lors irrecevable.

32. Mais M. Brown a également présenté une conclusion subsidiaire tendant à lui faire reconnaître le « droit de bénéficier de l'indemnité différentielle destinée à combler la différence entre le traitement de son ancien grade C 2, échelon 5, et le traitement afférent au *grade B 4, échelon 2*, en conformité avec l'article 46 du statut, à partir du 1er février 1985 », soit le premier jour du mois suivant la date de l'arrêt de la Cour dans l'affaire Michel/Commission.

33. Dans sa réclamation du 5 août 1985, M. Brown a justifié cette demande par le fait que depuis la date de l'arrêt Michel le système appliqué antérieurement par la Cour lors du passage d'un fonctionnaire d'une catégorie à une autre devrait être considéré comme illégal.

34. La décision du président de la Cour du 10 avril 1986 ne ferait que tirer les conséquences qui découleraient *nécessairement* de l'interprétation du statut établie dans le cadre de l'arrêt Michel. Or, ces consé-

quences auraient dû être tirées dès le lendemain de cet arrêt, car il ne serait pas loisible à l'administration d'une institution de la Communauté de poursuivre, ne fût-ce que temporairement, une pratique non conforme au sens exact du statut.

35. La question de savoir si cette thèse du requérant est exacte relève évidemment du fond du litige au sujet duquel il ne nous appartient pas de nous prononcer à ce stade.

36. Nous devons simplement examiner si la conclusion subsidiaire de M. Brown, qui peut parfaitement être considérée de façon indépendante de ses autres conclusions, est ou non recevable.

37. Or, force est de constater que cette demande subsidiaire n'a pas pour objet de remettre en cause une décision prise antérieurement à l'égard du requérant, et devenue définitive à l'expiration du délai de recours. Le requérant fait simplement usage du droit de tout fonctionnaire, rappelé au début des présentes conclusions, d'attaquer une mesure de caractère général de l'AIPN lui faisant grief. M. Brown a introduit, dans les délais prescrits par le statut, une réclamation et, ensuite, un recours. Il a également un intérêt personnel, né et actuel à voir retenir la solution qu'il préconise.

38. Enfin, on ne saurait lui objecter que, puisqu'il prétend tirer des droits de l'interprétation du statut découlant de l'arrêt Michel, il aurait dû présenter une « demande » en relation avec cet arrêt et non pas une « réclamation » à propos de la décision du 10 avril 1986. Il a en effet, dès le 5 février 1985, demandé que sa réclamation de 1981 soit reconsidérée à la lumière de l'arrêt, ce qui peut aussi être considéré comme une « demande ». Il lui fut répondu à juste titre qu'un arrêt de la Cour n'a d'effet qu'entre les parties, mais que les institutions étaient en train d'examiner les conséquences à tirer de l'arrêt Michel sans qu'on puisse prédire l'issue de cet examen, notamment quant à la rétroactivité des mesures susceptibles d'être éventuellement prises. Dès qu'il a eu connaissance de la décision du 10 avril 1986, M. Brown a introduit une réclamation et ensuite le présent recours.

## Conclusion

39. Pour les raisons exposées ci-dessus, je vous propose de déclarer le recours de M. Brown recevable pour autant qu'il tend à faire constater que le nouveau régime d'indemnité différentielle aurait dû être appliqué à partir du 1er février 1985, de déclarer le recours irrecevable pour le surplus et de réserver les dépens jusqu'à l'arrêt sur le fond.