CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. PHILIPPE LÉGER

présentées le 17 janvier 1995 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. En vue de constituer une liste de réserve de dactylographes C5/C4 de langue anglaise, la Commission a organisé le concours général de recrutement COM/C/741 qui a fait l'objet d'un avis publié le 24 décembre 1991 [1].

2. Aux termes du point II, B, 2, de cet avis, les candidats possédant un diplôme donnant accès aux concours de niveau A ou LA n'étaient pas admis à concourir.

3. Par lettre du 9 juin 1992, M^me^ Noonan, défenderesse au pourvoi, a été informée de la décision du jury de rejeter sa candidature au motif qu'elle avait achevé un cursus universitaire et obtenu un Honours Degree en littérature française et italienne délivré par le University College de Dublin.

4. Le 21 août 1992, M^me^ Noonan a saisi le Tribunal de première instance d'un recours en annulation contre cette décision en faisant valoir que l'interdiction faite aux titulaires de diplômes universitaires de participer aux concours de la catégorie C serait contraire aux dispositions du statut des fonctionnaires des Communautés européennes (ci-après le « statut »), au principe général d'égalité de traitement et à la liberté de poursuivre des activités professionnelles.

5. Avant toute défense au fond, la Commission a soulevé une exception d'irrecevabilité en faisant valoir qu'un fonctionnaire ne saurait invoquer, au soutien d'un recours formé contre une décision d'un jury, des moyens tirés de la prétendue irrégularité de l'avis de concours lorsqu'il n'a pas attaqué en temps utile les dispositions de cet avis dont il estime qu'elles lui font grief. Elle s'appuyait principalement sur l'arrêt de la Cour du 11 mars 1986, Adams e.a./Commission [2], et sur

* Langue originale: le français.

1 — JO C 333 A, p. 11 (édition anglaise).

2 — 294/84, Rec. p. 977.

l'arrêt du Tribunal de première instance du 16 octobre 1990, Gallone/Conseil [3].

6. Pour rejeter l'exception et déclarer le recours recevable, le Tribunal de première instance a, par arrêt du 16 septembre 1993 [4], relevé, en premier lieu, que la jurisprudence de la Cour admet « ... la recevabilité de moyens tirés de l'irrégularité d'un avis de concours non contesté en temps utile, lorsque ces moyens visent la motivation de la décision d'exécution attaquée » [5].

7. En second lieu, le Tribunal a observé que l'arrêt Adams e.a./Commission ne contredisait pas cette jurisprudence puisque « ... dans cette espèce, les moyens tirés de l'irrégularité de l'avis de concours, rejetés comme irrecevables, n'avaient pas été développés par les requérants en relation avec la motivation des décisions de non-admission aux épreuves du concours, qui faisaient l'objet du recours » [6].

8. Enfin, constatant qu'en l'espèce les moyens tirés de l'irrégularité des conditions d'admission imposées par l'avis de concours, à savoir l'exigence d'une absence de diplôme, concernaient la motivation de la décision attaquée (celle-ci est motivée par le fait que M[me] Noonan est précisément titulaire d'un diplôme universitaire) [7], le Tribunal a conclu à la recevabilité du recours par arrêt du 16 septembre 1993, précité.

9. C'est cet arrêt que la Commission vous demande d'annuler.

10. Le pourvoi se fonde sur trois moyens:

— l'arrêt ne serait pas conforme à la jurisprudence de la Cour et n'en découlerait pas: il y aurait donc insécurité juridique;

— l'arrêt serait source d' « insécurité administrative »;

— le délai fixé par le statut serait indûment étendu.

11. Examinons ces trois moyens tour à tour.

3 — T-132/89, Rec. p. II-549, point 20.
4 — Noonan/Commission (T-60/92, Rec. p. II-911).
5 — Point 24 de l'arrêt attaqué.
6 — Point 25.
7 — Point 29.

I — La jurisprudence de la Cour et du Tribunal admet-elle qu'un recours en annulation d'une décision individuelle de non-admission à un concours puisse être fondée sur l'illégalité des conditions énoncées dans l'avis de concours?

12. Le raisonnement de la Commission peut être résumé ainsi:

— l'avis de concours est une décision de l'AIPN susceptible de faire grief à un particulier et de faire l'objet d'un recours en annulation dans les conditions des articles 90 et 91 du statut;

— passé le délai de trois mois à compter de sa publication, l'avis de concours devient inattaquable;

— le candidat destinataire d'une décision individuelle de non-admission à un concours ne peut, pour obtenir l'annulation de cette décision, se fonder sur l'illégalité de l'avis de concours, sauf à faire revivre le délai de trois mois précité et à porter atteinte au principe de sécurité juridique;

— depuis l'arrêt Adams e.a./Commission [8], qui se démarquerait de la jurisprudence antérieure, « ... le délai fixé pour attaquer l'irrégularité alléguée d'un avis de concours ne peut pas recommencer à courir sauf si l'origine d'une quelconque irrégularité intervenue lors du déroulement du concours peut se trouver dans la formulation de l'avis de concours » [9];

— une irrégularité intervenue lors du déroulement du concours ne saurait trouver son origine dans une disposition claire et non susceptible d'interprétation de l'avis de concours [10].

13. Disons-le tout de suite, nous ne voyons pas dans la jurisprudence de la Cour et du Tribunal les deux tendances que distingue la Commission. Nous voyons, au contraire, un affinement progressif de la position des juridictions communautaires qu'il y a lieu, ici, d'exposer.

14. Votre jurisprudence est sous-tendue par une distinction capitale.

8 — Précité.
9 — Pourvoi, p. 10 de la traduction française.
10 — Ibidem.

15. D'une part, l'avis de concours est un acte général et impersonnel émis par une institution communautaire qui s'adresse à tous les candidats potentiels. Il peut faire l'objet d'un recours en annulation exercé par un particulier dans les trois mois de sa publication (article 90, paragraphe 2, du statut). Conformément aux prescriptions de l'article 173, paragraphe 4, du traité CE, le requérant devra prouver que l'acte lui fait grief et le concerne directement et individuellement.

16. D'autre part, la décision de non-admission au concours est une décision individuelle prise en exécution de l'avis de concours dont elle applique les prescriptions. Le destinataire démontrera sans difficultés qu'elle lui fait grief. Cette décision fait référence aux conditions posées par l'avis de concours.

17. Un candidat peut-il, pour obtenir l'annulation d'une décision de non-admission, invoquer l'illégalité de l'avis de concours? Autrement dit, peut-il se prévaloir d'une sorte d'*exception d'illégalité*, en réponse à la décision du jury de ne pas l'admettre au concours?

18. Vous avez défini cette exception, prévue à l'article 184 du traité CE, comme « ... l'expression d'un principe général assurant à toute partie le droit de contester, en vue d'obtenir l'annulation d'une décision qui la concerne directement et individuellement, la validité des actes institutionnels antérieurs, constituant la base juridique de la décision attaquée, si cette partie ne disposait pas du droit d'introduire, en vertu de l'article 173 du traité, un recours direct contre ces actes, dont elle subit ainsi les conséquences sans avoir été en mesure d'en demander l'annulation » [11].

19. Depuis l'arrêt Simmenthal/Commission [12], vous considérez que l'exception d'illégalité peut être soulevée à l'encontre de tout acte de portée générale qui produit des effets analogues à ceux créés par un règlement [13].

20. Vous exigez qu'un « *lien juridique direct* » existe entre la décision individuelle attaquée et l'acte de portée générale qui fait l'objet de l'exception [14].

21. Vous appliquez l'exception d'illégalité au contentieux de la fonction publique communautaire fondé sur l'article 179 du traité CE et l'article 91 du statut. Vous avez posé en principe, dans l'affaire Acton e.a./Commission [15], concernant des recours en annulation de décisions individuelles de rete-

11 — Arrêt du 6 mars 1979, Simmenthal/Commission (92/78, Rec. p. 777, point 39).

12 — Précité note précédente.

13 — Point 40.

14 — Arrêt du 31 mars 1965, Macchiorlati Dalmas e Figli (21/64, Rec. p. 227, 245).

15 — Arrêt du 18 mars 1975 (44/74, 46/74 et 49/74, Rec. p. 383).

nues sur traitements pour fait de grève prises en exécution d'une décision de caractère général de la Commission, que:

« ... dans le cadre de la voie de recours instituée par l'article 91 du statut des fonctionnaires et dans le cas d'un acte de caractère général destiné à être mis en œuvre au moyen d'une série de décisions individuelles affectant l'ensemble ou une grande partie des fonctionnaires d'une institution, le fonctionnaire, considéré individuellement, ne saurait être privé du droit d'invoquer l'illégalité de cet acte pour attaquer la décision individuelle qui lui permet de savoir avec certitude comment et dans quelle mesure ses intérêts particuliers sont affectés » [16].

22. Nous considérons que, de l'arrêt de la Cour du 31 mars 1965, Ley/Commission [17], à l'arrêt Gallone/Conseil, précité, la jurisprudence citée par les parties a précisément appliqué ce principe en en fixant, au fil du temps, les conditions de mise en œuvre au domaine particulier qui nous occupe:

1) L'acte général et impersonnel doit être non susceptible de recours immédiat par un particulier ou ne doit pouvoir être mis en cause par un particulier qu'exceptionnellement. En effet, aux termes de votre arrêt Simmenthal/ Commission, précité,

« (l') interprétation large de l'article 184 découle de la nécessité d'assurer un contrôle de légalité en faveur des personnes exclues par le deuxième alinéa de l'article 173 du recours direct contre les actes de caractère général, au moment où elles sont touchées par des décisions d'application qui les concernent directement et individuellement » [18]. C'est ainsi que, dans l'arrêt du 9 mars 1994, TWD [19], vous avez décidé que le destinataire d'une aide d'État qui intente une action contre l'acte administratif par lequel l'autorité nationale retire les attestations qui constituent la base juridique des subventions ne peut invoquer, à titre incident, l'illégalité de la décision de la Commission déclarant l'aide contraire au droit communautaire. Vous avez observé que « ... la requérante au principal ... aurait pu sans aucun doute l'attaquer en vertu de l'article 173 du traité » [20].

En matière de concours, il est remarquable que l'avis de concours est une mesure d'application générale (que la partie défenderesse au pourvoi compare à un appel d'offres [21]) qui ne pourra faire l'objet qu'exceptionnellement d'un recours en annulation exercé par un particulier. L'arrêt du 19 juin 1975, Küster/Parlement [22], est atypique à cet égard. L'avis de concours interne, dans cette affaire, imposait une condition d'accès à l'emploi tirée des connaissances linguistiques, ayant pour effet d'exclure la

16 — Point 7.
17 — 12/64 et 29/64, Rec. p. 143.
18 — Point 41.
19 — C-188/92, Rec. p. I-833.
20 — Point 24.
21 — Point 3.8 du mémoire en réponse.
22 — 79/74, Rec. p. 725.

candidature de M. Küster et de porter atteinte à sa vocation à la promotion.

Ajoutons que, en pratique, l'avis de concours ne sera pas contesté avant le dépôt des actes de candidatures. Il le sera avec la décision individuelle de non-admission. Ainsi le recours dirigé directement contre l'avis de concours n'est pas impossible. Il demeure exceptionnel [23].

2) Le recours est dirigé contre la décision individuelle de non-admission et *s'appuie* sur l'illégalité de l'avis de concours [24]. Le requérant doit établir l'existence d'un lien direct [25] entre les irrégularités invoquées de l'avis de concours et la décision de non-admission prise par le jury.

Vous avez résumé ce principe dans l'arrêt Simonella/Commission [26]:

« (Le) moyen (tiré de la non-conformité de l'avis de concours avec le statut) est à écarter en tant qu'il est dirigé contre l'omission d'indiquer la cotation de certaines épreuves dans l'avis de concours, mais ... doit être examiné pour autant qu'il concerne la motivation de la décision attaquée » [27],

ou, de manière plus nette encore, dans l'arrêt Agazzi Léonard/Commission [28]:

« ... ces moyens sont à écarter dans la mesure où ils visent l'irrégularité de l'avis de concours en tant que tel, mais ... ils doivent être examinés quant au fond dans la mesure où ils visent des irrégularités ayant vicié le déroulement même du concours » [29].

23. Il s'agit ainsi d'éviter qu'à travers la contestation d'une décision individuelle, en fait, l'avis de concours lui-même soit remis en cause alors que le vice ayant prétendument affecté cet avis a été sans effet sur la décision individuelle.

24. L'arrêt Adams e.a./Commission, précité, s'inscrit dans cette logique. Le recours en annulation de la décision du jury de ne pas admettre un candidat aux épreuves d'un

23 — Tel est également le cas du recours en annulation dirigé par un particulier contre un règlement. Voir l'arrêt du 18 mai 1994, Codorniu/Conseil (C-309/89, Rec. p. I-1853).

24 — Voir l'arrêt du 14 décembre 1965, Morina/Parlement (11/65, Rec. p. 1259, 1268): « ... les conclusions visant le concours ne sont recevables que dans la mesure où elles appuient le recours dirigé contre l'acte susdit. »

25 — Voir, par exemple, l'arrêt du 22 mars 1972, Costacurta/Commission (78/71, Rec. p. 163, point 12).

26 — Arrêt du 6 juillet 1988 (164/87, Rec. p. 3807).

27 — Point 19.

28 — Arrêt du 6 juillet 1988 (181/87, Rec. p. 3823).

29 — Point 24.

concours était fondé, notamment, sur les deux griefs suivants.

25. En premier lieu, l'avis de concours aurait violé l'article 1er, sous d), de l'annexe III du statut en ce qu'il ne spécifiait pas les diplômes et autres titres ou le niveau d'expérience requis pour les emplois à pourvoir. Les indications fournies dans des lettres ultérieures auraient été tardives.

26. En second lieu, la nature des épreuves telle qu'indiquée dans l'avis de concours aurait été en contradiction avec l'article 1er, sous e), de l'annexe III du statut qui requiert de spécifier « dans le cas de concours sur épreuves, la nature des examens et leur cotation respective ». Selon les requérants, les épreuves n'auraient pas été spécifiées.

27. Sur le premier point, il est clair qu'une plus grande précision de l'avis quant aux conditions d'expérience professionnelle n'aurait eu aucune influence sur les décisions individuelles de non-admission. Quant au second point, il n'a pas pu affecter les requérants puisqu'ils n'ont pas participé aux épreuves.

28. C'est parce que les irrégularités de l'avis invoquées dans ces griefs étaient sans lien avec la motivation des décisions de non-admission (qualifications et expérience insuffisantes) que la Cour les a rejetés comme irrecevables en relevant qu'ainsi, à travers la contestation des décisions individuelles, c'est la régularité de l'avis de concours qui était, en fait, visée [30].

29. Vous n'avez donc examiné au fond que les moyens tirés de l'illégalité de certains agissements du jury au cours de la procédure [31].

30. Enfin, l'analyse de l'arrêt Adams e.a./Commission, précité, conduit à souligner que l'annulation des décisions de non-admission est finalement intervenue pour des raisons autres que celles tirées de l'irrégularité de l'avis de concours. Il n'est, en outre, pas indifférent que la procédure de concours se soit étendue, dans cette affaire, sur une période de deux ans et demi.

31. Dans le cadre d'un recours dirigé contre une décision individuelle de non-admission, il n'est pas possible de soulever une illégalité de l'avis de concours qui est sans rapport

30 — Voir le point 17 de l'arrêt Adams e.a./Commission.
31 — Ibidem, point 18.

avec la décision de non-admission. Ainsi, le Tribunal a, à bon droit, déduit de l'arrêt Adams e.a./Commission que:

« ... dans cette espèce, les moyens tirés de l'irrégularité de l'avis de concours, rejetés comme irrecevables, n'avaient pas été développés par les requérants en relation avec la motivation des décisions de non-admission aux épreuves du concours, qui faisaient l'objet du recours » [32].

32. Si, au contraire, les dispositions contestées de l'avis sont celles sur lesquelles s'appuie la décision de non-admission, l'exception d'illégalité est-elle alors recevable? Retrouve-t-on le « lien juridique direct » qu'évoque votre jurisprudence relative à l'exception d'illégalité de l'article 184 du traité?

33. Cette question est laissée sans réponse dans l'arrêt Adams e.a./Commission.

34. Les arrêts ultérieurs rappellent le principe posé par cet arrêt selon lequel:

« ... le fonctionnaire qui estime qu'un avis de concours par son irrégularité lui fait grief doit attaquer celui-ci en temps utile. S'il en était autrement, il serait possible de remettre en question un avis de concours longtemps après qu'il a été publié et alors que la majeure partie ou toutes les opérations du concours se sont déjà déroulées, ce qui serait contraire aux principes de la sécurité juridique, de la confiance légitime et de la bonne administration » [33].

35. Ils ajoutent:

« Il est vrai que le fait de ne pas avoir attaqué l'avis de concours dans les délais n'empêche pas un requérant de se prévaloir d'irrégularités intervenues lors du déroulement du concours, même si l'origine de telles irrégularités peut être trouvée dans le texte de l'avis de concours » [34].

32 — Point 25 de l'arrêt attaqué.

33 — Point 13 de l'arrêt du 8 mars 1988, Sergio e.a./Commission (64/86, 71/86, 72/86, 73/86 et 78/86, Rec. p. 1399). Voir également le point 15 de l'arrêt Simonella/Commission, précité, et le point 22 de l'arrêt Agazzi Léonard/Commission, précité.

34 — Ibidem, point 15. Voir également le point 16 de l'arrêt Simonella/Commission, précité, le point 23 de l'arrêt Agazzi Léonard/Commission, précité, et le point 20 de l'arrêt Gallone/Conseil, précité.

36. L'irrégularité constatée doit avoir eu une incidence sur le déroulement même du concours.

37. Le Tribunal a ainsi justement pu relever que « ... lorsque le moyen tiré de l'irrégularité alléguée de l'avis de concours non attaqué en temps utile concerne la motivation de la décision individuelle attaquée, la Cour a admis la recevabilité de ce moyen » [35].

38. Nous considérons qu'il en va également ainsi lorsque le jury ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire dans l'application des conditions posées par l'avis de concours. Dans une telle hypothèse, il ne dispose d'aucune marge d'appréciation lui permettant d'éviter d'appliquer les prescriptions de cet avis.

39. Qu'en est-il en ce qui concerne M^me^ Noonan? Le refus de l'admettre à concourir trouve directement son explication dans la condition d'absence de diplôme universitaire figurant à l'avis de concours. Le moyen qui consiste à contester la légalité de cette condition est directement lié à la motivation de la décision attaquée. C'est ce qu'a constaté le Tribunal au point 29 de son arrêt.

35 — Point 27 de l'arrêt attaqué.

40. Celui-ci se situe, par conséquent, dans la ligne de votre jurisprudence sur laquelle il se fonde expressément et qu'il a exactement interprétée. Nous ne voyons donc ici nulle atteinte au principe de sécurité juridique.

II — La solution retenue par le Tribunal est-elle source d' « insécurité administrative »?

41. Selon la Commission, la solution retenue par le Tribunal a pour effet de permettre une remise en cause pendant un temps indéfini des conditions fixées dans l'avis de concours même lorsque celles-ci sont claires et non susceptibles d'interprétation.

42. Ce moyen n'appelle que de brèves observations.

43. Il n'y a pas extension indéfinie du délai pour agir en annulation pour la simple raison qu'il ne s'agit pas, en l'occurrence, d'un recours en annulation.

44. L'exception d'illégalité ne doit pas être confondue avec ce recours dont elle ne

partage pas les effets. « Le règlement ne sera pas annulé erga omnes. Il sera déclaré inapplicable dans la mesure où il se concrétise dans la décision individuelle. Cette constatation n'aura d'autorité qu'entre les parties et ne remettra pas en cause l'existence même du règlement » [36]. L'exception d'illégalité entraîne donc une remise en cause toute relative de l'acte réglementaire.

45. Par ailleurs, les dispositions claires de l'avis de concours ne peuvent être discutées que pour autant qu'elles ont un lien direct avec la motivation de la décision individuelle de non-admission.

III — Le délai fixé par le statut pour agir est-il « indûment étendu »?

46. Nous avons d'ores et déjà répondu à ce troisième moyen [37] qui n'appelle pas d'autres développements.

47. Nous concluons, en conséquence, à la confirmation de l'arrêt attaqué.

48. Votre arrêt ne mettra pas fin à l'instance au sens de l'article 69 du règlement de procédure. Il n'y a donc pas lieu de statuer sur les dépens qui doivent être réservés.

36 — Joliet, R.: *Le droit institutionnel des Communautés européennes — Le contentieux*, 1981, p. 137.

37 — Voir le point 43, ci-dessus.