CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. FRANCESCO CAPOTORTI, PRÉSENTÉES LE 22 FÉVRIER 1979 [1]

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Commençons vous rappeler brièvement les faits essentiels. La requérante, M^me^ Gilbeau, fonctionnaire de catégorie B de la Commission, a participé en 1975 au concours interne de réserve COM/LA/11 destiné à pourvoir des postes vacants de la carrière LA 8/LA 7 (traducteur adjoint). Ayant obtenu, dans les épreuves obligatoires et facultatives, le nombre total de 61 points, elle a été classée première parmi les lauréats francophones, ex aequo avec une autre concurrente, M^lle^ F. Le classement comprenait également un troisième nom, celui de M. L., qui avait obtenu un nombre de points inférieur.

Tant à M^me^ Gilbeau qu'à M^lle^ F., l'administration a offert une nomination dans les services de la Commission de Luxembourg, mais elles ont refusé cette offre; il n'en a pas été de même du troisième concurrent, qui l'a acceptée et qui a donc été régulièrement nommé. Ultérieurement, au cours de l'année 1976, deux postes de traducteurs francophones devinrent vacants dans les services de Bruxelles de la Commission: M^lle^ F. fut nommée à l'un de ces postes tandis que l'autre était pourvu par transfert à Bruxelles d'un fonctionnaire qui était en service à Luxembourg. La liste d'aptitude du concours interne mentionné, qui aurait dû être valable jusqu'au 31 décembre 1976, fut prorogée jusqu'au 28 février 1977. Toutefois, après l'expiration de ce délai, la liste cessa d'être valable et M^me^ Gilbeau est donc restée la seule, parmi les candidats estimés aptes, à ne pas avoir obtenu sa nomination dans la carrière LA 8/LA 7.

Telle est l'origine de la réclamation, adressée par l'intéressée le 27 mai 1977 à l'autorité investie du pouvoir de nomination et fondée sur l'affirmation que «la décision de ne pas la nommer traductrice adjointe à Bruxelles» constituait un traitement discriminatoire qui lui avait causé préjudice. M^me^ Gilbeau demandait qu'il soit porté remède à cette situation en la nommant «à un poste de traductrice adjointe auprès du service de traduction de la Commission à Bruxelles». La réclamation étant restée sans réponse, la demanderesse a introduit un recours devant la Cour en date du 23 décembre 1977 afin de faire déclarer la nullité du rejet, implicite, de la réclamation, et du refus de la Commission de la nommer à un poste de traducteur adjoint dans la catégorie LA, ou bien, à titre d'alternative, de proroger ultérieurement la validité du concours interne de 1975.

2. Une *exception d'irrecevabilité* du recours a été soulevée par la Commission qui soutient que la réclamation introduite par M^me^ Gilbeau ne serait pas conforme à l'article 90, paragraphe 2, du statut et que, par conséquent, la première condition fixée par l'article 91, paragraphe 2, pour la recevabilité du recours juridictionnel ultérieur ne serait pas remplie. En effet, selon la Commission, la réclamation ne ferait état d'aucun *acte préjudiciable*, mais se limiterait à demander à l'autorité investie du pouvoir de nomination de remédier à une situation consi-

1 — Traduit de l'italien.

dérée comme injuste. En outre, même si on estimait que la réclamation en question était dirigée contre une mesure imposée par le statut et non adoptée par la Commission, il resterait toujours qu'elle aurait dû être précédée d'une demande de l'intéressée, au sens de l'article 90, paragraphe 1; à défaut de cette demande, elle serait de toute manière irrégulière.

A notre avis, les considérations développées par la Commission ne suffisent pas à faire estimer que le recours est irrecevable.

Il est opportun de dire tout d'abord que la réclamation obligatoire, introduite par les modifications apportées en 1972 au statut des fonctionnaires, vise à réduire le volume du contentieux, en assurant un premier filtrage des litiges au niveau administratif et en ouvrant ainsi la voie à leur composition amiable. C'est pourquoi il faut interpréter les règles qui le régissent de manière non formaliste, afin d'éviter le risque que des complications de procédure superflues compromettent la possibilité de protection juridictionnelle dans le cas où le litige ne serait pas réglé par voie administrative. Cette orientation, souple et respectueuse des divers intérêts en jeu, trouve sa confirmation dans la jurisprudence récente de la Cour: rappelons l'arrêt du 12 mars 1975 dans l'affaire 23/73, Küster (Recueil 1975, p. 353), dans lequel vous avez affirmé que «même si la demande ou la réclamation ... doivent préciser ... l'objet de la réclamation et les motifs qui l'inspirent, il n'est pas nécessaire ... de formuler déjà des moyens d'illégalité éventuels»; rappelons encore les arrêts du 30 octobre 1974 et du 1er juillet 1976 dans les affaires 188/73, Grassi (Recueil 1974, p. 1099) et 58/75, Sergy (Recueil 1976, p. 1139), dans lesquels, à propos du problème de la correspondance entre l'objet de la réclamation et celui du recours juridictionnel, vous avez affirmé que la disposition de l'article 90 du statut na pas pour but de délimiter de manière rigoureuse et définitive l'objet de la phase contentieuse éventuelle.

En l'espèce, la requérante a estimé que le fait de ne pas avoir été nommée traductrice adjointe à Bruxelles, dans les délais de validité du classement du concours qu'elle avait réussi, constituait un acte qui non seulement lui portait préjudice mais était illégal et discriminatoire, par rapport à la nomination de l'autre lauréate ex aequo du même concours. Contre cet acte, elle a présenté une réclamation, «en vertu de l'article 90 du statut», en demandant d'être nommée à un poste de traductrice adjointe; elle l'a fait dans les trois mois à compter du jour où la validité du classement du concours est venue à expiration. Elle s'est donc fondée, semble-t-il, sur la conviction que compte tenu des résultats du concours (la requérante s'y était classée première) et des vacances existantes, l'administration était obligée de la nommer, dans les délais de validité du classement, au poste pour lequel elle avait été jugée apte.

Or, nous savons qu'en ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article 90, l'acte préjudiciable, objet de la réclamation, peut également prendre la forme d'un comportement négatif de l'autorité investie du pouvoir de nomination lorsque celle-ci «n'a pas pris une mesure imposée par le statut». Dans le cas qui nous occupe actuellement, le fait de ne pas avoir nommé la requérante constituerait précisément la mesure non adoptée, illicitement, par l'administration. Il nous semble, par conséquent, que dans cette circonstance, il soit possible de considérer que la condition établie par l'article 90, paragraphe 2, a été respectée. On ne pourrait pas faire observer au contraire que la requérante aurait dû tout d'abord inviter l'administration à agir en vertu de l'article 90, paragraphe 2, troisième tiret, et que ce

n'est qu'après avoir satisfait à cette condition qu'elle aurait pu introduire la réclamation: en effet, il faut considérer, qu'en l'espèce, la demande, ou mise en demeure, n'était pas nécessaire dans la mesure où l'avis de concours fixait le délai de validité de la liste de réserve, à l'expiration duquel l'omission de l'administration revêtait une signification définitive. Il restera bien entendu à vérifier, quant au fond, si l'obligation d'agir de l'administration, que la requérante a supposé violée, est effectivement prévue par le statut; et si, par conséquent, l'attitude de l'administration doit être qualifiée d'illicite ou non. Mais cette recherche ultérieure concerne le fond de l'affaire: dans l'appréciation préliminaire de l'exception d'irrecevabilité, la manière dont l'intéressée a formulé son recours nous semble de nature à permettre de passer à l'examen du fond.

3. Dans l'acte introductif, la requérante a soutenu que la décision implicite de rejet de la réclamation par la Commission était nulle pour défaut de motivation; mais par la suite, tant dans le mémoire en réplique qu'au cours de la procédure orale, elle n'a plus fait mention de ce grief.

A ce sujet, il suffit de rappeler la dernière phrase de l'article 90, paragraphe 2, selon laquelle le défaut de réponse à la réclamation, après expiration du délai de quatre mois à partir du jour de l'introduction de la réclamation, «vaut décision implicite de rejet susceptible de faire l'objet d'un recours» juridictionnel. Conformément aux principes en vigueur en la matière dans les droits internes de nombreux États membres, cette disposition réglementaire prévoit donc, expressément, que le silence de l'administration équivaut à une décision non motivée. D'autre part, il faut noter que le recours juridictionnel, tout en visant à priver de tout effet la décision de rejet de la réclamation, est dirigé en substance contre les actes ou les omissions de l'administration qui ont eu une incidence directe dans la sphère juridique du fonctionnaire et ont ainsi donné lieu à la réclamation.

4. A l'appui de sa thèse, selon laquelle la Commission aurait agi illicitement en omettant de nommer M^me^ Gilbeau au poste de traductrice adjointe et en refusant de proroger une nouvelle fois la validité de la liste d'aptitude, la requérante allègue la violation de l'obligation des Communautés d'assurer à leurs fonctionnaires une carrière normale, et d'une manière plus générale des obligations prévues par l'article 24 du statut, ainsi que le détournement de pouvoir, qui résulterait, à l'evidence, d'un traitement discriminatoire à ses dépens.

Comme la requérante l'a précisé au cours la procédure orale, le prétendu droit du fonctionnaire à une carrière normale ne serait qu'une des manifestations de son droit à être assisté par les Communautés (article 24, alinéa 1); mais en définitive, l'aspect de cette «assistance» sur lequel elle a insisté davantage est celui du perfectionnement professionnel. Il suffit donc de se référer aux alinéas 3 et 4 de l'article 24, en vertu desquels les Communautés «facilitent le perfectionnement professionnel du fonctionnaire, dans la mesure où celui-ci est compatible avec les exigences du bon fonctionnement des services et conforme à leurs propres intérêts»; «il est tenu compte également de ce perfectionnement pour le déroulement de la carrière».

Nous observons tout d'abord que la référence à l'alinéa 3 de l'article 24 ne nous semble pas pertinente: en effet, s'il est vrai que la requérante a fait beaucoup d'efforts pour atteindre un niveau professionnel plus élevé, il n'existe pas d'éléments qui incitent à estimer que la Commission a entravé, ou a même seule-

ment manqué de faciliter, son perfectionnement professionnel. N'oublions pas que la requérante a eu la possibilité de participer au concours pour le poste qui l'intéressait, qu'elle a bénéficié de la «préparation accélérée» organisée par la Commission, qu'elle a vu son niveau d'aptitude reconnu dans le classement, qu'elle s'est vu offrir un poste de traductrice adjointe, même si c'est à un siège qui ne lui convenait pas.

En considérant ensuite la disposition contenue dans le dernier alinéa de l'article 24, nous observons que le «déroulement de la carrière» à l'intérieur de la catégorie ou du cadre dans lequel le fonctionnaire a été nommé — déroulement qui se réalise par promotions décidées selon le critère du mérite comparatif — diffère du passage à une catégorie ou cadre supérieur, qui ne peut avoir lieu qu'après concours (article 45, paragraphe 2, du statut). Eu égard à la nette différence qui existe entre les deux formes de progression, nous estimons que les institutions sont obligées par l'article 24 cité de tenir compte du perfectionnement professionnel acquis par les fonctionnaires (études accomplies et autres) essentiellement à l'occasion des promotions par mérite comparatif. En revanche, lorsqu'il s'agit du passage de catégorie ou cadre, c'est dans le cadre du concours (et par conséquent selon les règles générales qui le régissent et les dispositions spécifiques contenues dans l'avis) que l'on tiendra compte éventuellement des titres des candidats, et que l'on procédera normalement au contrôle direct de la préparation professionnelle (article 29 du statut). C'est à bon droit, croyons-nous, que la Commission a relevé dans sa défense que, dans l'hypothèse de passage de catégorie, l'autorité investie du pouvoir de nomination s'acquitte des obligations visées au dernier alinéa de l'article 24, en organisant des concours internes pour ses fonctionnaires et en leur offrant ainsi l'occasion d'acquérir certains avantages de carrière.

5. Outre cela, et même si l'on voulait admettre la thèse selon laquelle le dernier alinéa de l'article 24 serait applicable aux passages de catégorie par concours, les griefs de la requérante ne semblent pas fondés sur le plan des faits.

En ce qui concerne la possibilité d'utilisation de la liste, de l'achèvement du concours à février 1977, les témoins entendus par la Cour (MM. Ciancio et Baxter, respectivement directeur du service de traduction et de reproduction et directeur du service du personnel auprès de la Commission) ont précisé, qu'au cours de cette période, deux postes seulement de traducteur francophone étaient devenus libres à Bruxelles; M[lle] F., qui s'était également classée première, a été affectée à l'un; tandis qu'un fonctionnaire de Luxembourg a été transféré à l'autre. En ce qui concerne ensuite la période ultérieure qui va de l'expiration de la validité de la liste à la présentation du recours juridictionnel, les mêmes témoins ont rapporté que deux autres postes devenus vacants à Bruxelles avaient été pourvus, ces mois-là, l'un, par transfert d'une fonctionnaire en service dans une autre institution et, l'autre, par un transfert de Luxembourg à Bruxelles.

M[me] Gilbeau ne conteste pas en substance la légalité de la nomination et de l'affectation aux services de Bruxelles de l'autre concurrente, M[lle] F.; mais elle se plaint — semble-t-il — du fait que l'autorité investie du pouvoir de nomination, au lieu de lui appliquer le même traitement, a préféré pourvoir d'une autre manière les deux autres postes devenus vacants à Bruxelles, tant avant qu'après l'expiration de la validité de la liste.

En ce qui concerne le comportement adopté par l'administration avant que la validité de la liste ne vienne à expiration, il nous semble que le nœud de la question réside dans le fait de déterminer si, lorsqu'une vacance se produit et qu'il est possible de pourvoir le poste, soit en transférant un fonctionnaire à l'intérieur de la même institution, soit en nommant un lauréat de concours inscrit dans la liste d'aptitude, l'autorité investie du pouvoir de nomination doit donner la préférence à la première ou à la seconde solution. La requérante a soutenu dans sa défense orale que, lorsqu'une vacance se produit, le lauréat d'un concours jouirait d'une priorité absolue; mais cette thèse ne trouve aucune confirmation dans l'article 29 du statut qui nous semble au contraire privilégier dans une certaine mesure le transfert à l'intérieur de chaque institution (voir en ce sens l'arrêt du 5 décembre 1974 dans l'affaire 176/73, Van Belle, Recueil 1974, p. 1361). De plus, en l'espèce, la préférence donnée au transfert ne portait pas préjudice à l'intérêt de la requérante à être nommée dans la catégorie supérieure (nomination refusée par M^me^ Gilbeau uniquement parce qu'elle était liée à l'affectation à Luxembourg), mais l'empêchait seulement et momentanément, d'être affectée aux services de Bruxelles. D'un autre côté, le fait que la Commission ait choisi un fonctionnaire ancien en le préférant à un autre non encore admis dans la catégorie supérieure, nous semble revéler une appréciation correcte tant des exigences de l'administration, qui sont garanties par l'expérience vraisemblablement plus grande d'un fonctionnaire déjà en service, que de celles du fonctionnaire qui aspire à être affecté à un siège qui lui plaît davantage et qui, en vertu de son ancienneté, a déjà une expectative en ce sens.

Il ne nous semble donc pas le comportement de l'administration qui, tandis que la liste était encore valable, n'a pas nommé M^me^ Gilbeau à un poste de traductrice adjoint à Bruxelles, constitue une violation des articles 24 ou 29 du statut.

A notre avis, on doit parvenir aux mêmes conclusions en se référant également à la conduite adoptée par l'administration après que la liste avait cessé d'être valable. A ce propos, nous devons tout d'abord observer qu'une fois exclu — comme nous pensons devoir l'exclure — que l'administration était obligée de procéder à la nomination de M^me^ Gilbeau avant que la validité de la liste ne vienne à expiration, et qu'elle était tenue d'en proroger la validité (nous nous occuperons de cet aspect dans un instant), la manière dont les postes de traducteur francophone à Bruxelles ont été pourvus après le 28 février 1977 ne semble pas revêtir d'importance pour le présent litige. De toute manière, nous faisons remarquer que, selon les affirmations du témoin, M. Baxter, les deux fonctionnaires affectés à Bruxelles dans la seconde moitié de 1977 avaient l'un et l'autre un grade supérieur (LA/6) par rapport à celui que la requérante aurait eu lors de la nomination. Il n'est pas nécessaire d'insister sur les considérations déjà développées, tant à propos du bon droit de l'administration de procéder à des transferts au lieu de nommer un lauréat de concours de réserve, qu'au sujet de l'offre refusée par M^me^ Gilbeau d'occuper un poste à Luxembourg.

Il nous semble donc possible de tirer de ces considérations la conclusion que, même pour la période ultérieure à février 1977, le comportement de l'administration n'est pas critiquable sous l'angle de la violation des articles 24 ou 29 du statut.

6. En ce qui concerne ensuite le fait de ne pas avoir prorogé la liste d'aptitude

(grief que la requérante a énoncé dans l'acte introductif mais n'a pas développé ultérieurement dans sa défense), nous nous limiterons à observer que le comportement adopté à égard par la Commission a été cohérent et conforme aux intérêts de l'administration. En effet, après une première prorogation de deux mois, la Commission a laissé venir à expiration la validité de la liste parce qu'elle entendait organiser un autre concours qui, en effet, a été ensuite annoncé (voir JO du 22. 3. 1977); d'autre part, nous ne croyons pas possible d'estimer qu'il est de bonne pratique de prolonger à l'excès la durée des listes d'aptitude. En outre, il apparaît que l'on ne prévoyait pas, à l'époque (février 1977), des vacances pour traducteurs francophones n'ayant pas une bonne connaissance de la langue allemande, et tel n'était pas le cas de M^me^ Gilbeau qui, dans l'épreuve facultative d'allemand, avait obtenu, dans le concours qui nous occupe, la note de 4,5 sur 20.

7. Le dernier grief que la requérante formule contre le fait de ne pas avoir été nommée de même que contre le refus de proroger la validité de la liste, est que ces deux comportements seraient entachés de détournement de pouvoir, en ce sens que la conduite de l'administration aurait été inspirée par de raisons étrangères et contraires aux intérêts de l'institution.

La défense de la requérante fait état d'une série d'indices qui dans leur ensemble démontreraient, à son avis, que l'autorité investie du pouvoir de nomination aurait agi dans le but de léser M^me^ Gilbeau, en l'empêchant d'obtenir son classement dans la catégorie supérieure. En particulier, selon la défense de la requérante, certains fonctionnaires auraient reproché à M^me^ Gilbeau d'être trop ambitieuse et de vouloir faire une carrière trop rapide bien qu'elle ne l'ait commencée qu'en catégorie C et qu'elle soit une femme. Mais, à notre avis, il s'agit d'indices imprécis ou non confirmés par les preuves recueillies, et en tout cas insuffisants pour étayer la thèse de l'excès de pouvoir.

Le fait que, parmi les trois lauréats du concours interne, seule M^me^ Gilbeau n'ait pas obtenu la nomination dans la catégorie LA peut susciter à première vue des perplexités; mais il ne faut pas oublier que le dernier candidat classé a accepté le siège de Luxembourg et que si M^me^ Gilbeau en avait fait autant, elle serait maintenant dans la catégorie voulue. Reste le fait que l'autre concurrente qui s'est classée première avec le même nombre de points a obtenu non seulement la nomination mais aussi l'affectation aux services de Bruxelles; peut-on voir dans ce fait un traitement discriminatoire au détriment de M^me^ Gilbeau? Il suffira à cet égard d'observer que l'on ne peut parler de discrimination que si le traitement différent de deux personnes se trouvant dans des conditions analogues ou comparables est dénué de toute justification objective. Mais, en l'espèce, la lettre du 27 avril 1976 du directeur général du personnel et de l'administration, M. Baichère (annexe V au mémoire en défense de la Commission) justifie le choix sur la base d'un «examen comparatif des deux candidates et surtout de leur 'rapport de notation' du grade actuel, de l'âge respectif et de l'ancienneté de service». Il ne nous semble donc pas que le choix ait été arbitraire et dénué de motifs. D'autre part, comme nous l'avons déjà dit précédemment, la preuve testimoniale fait apparaître que tous les postes (quatre au total) de traducteur francophone devenus vacants à Bruxelles tant avant qu'après que la liste

d'aptitude avait cessé d'être valable ont été attribués à des fonctionnaires qui, pour des raisons objectives, devaient être préférés à la requérante.

8. Sur la base des considérations développées, nous concluons en vous proposant de rejeter le recours introduit par M[me] Gilbeau par acte du 23 décembre 1977. Quant aux dépens, nous concluons en ce sens que ceux qui ont été supportés par la Commission restent à sa charge, en vertu de l'article 70 du règlement de procédure.