Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MICHAL BOBEK
présentées le 29 janvier 2019[1]

Affaire C-243/18 P

Entreprise commune européenne pour ITER et le développement de l'énergie de fusion (Entreprise commune Fusion for Energy)
contre

Yosu Galocha

« Pourvoi – Fonction publique de l'Union européenne – Agents contractuels – Procédure de sélection de l'entreprise commune Fusion for Energy – Irrégularité dans la procédure de sélection – Absence d'épreuve écrite –Annulation des actes subséquents destinés à des tiers et leur étant favorables – Annulation d'une liste de réserve et effet sur les personnes engagées au titre de cette liste – Proportionnalité – Mise en balance des intérêts – Confiance légitime »

I. Introduction

1. L'entreprise commune européenne pour ITER et pour le développement de l'énergie de fusion (ci-après « F4E » ou la « requérante au pourvoi ») a organisé une procédure de sélection en vue de recruter des agents contractuels. Le guide à l'intention des candidats joint à l'avis de vacance indiquait qu'une épreuve orale ainsi qu'une épreuve écrite seraient organisées. F4E a uniquement organisé l'épreuve orale. À l'issue de cette dernière, F4E a sélectionné certains candidats dont le nom a été inscrit sur des listes de réserve et a ensuite engagé deux des candidats figurant sur ces listes.

2. M. Yosu Galocha a participé à la procédure de sélection. Son nom n'a toutefois pas été repris sur les listes de réserve. M. Galocha a engagé une procédure devant le Tribunal de l'Union européenne contre F4E et a sollicité l'annulation de la décision du comité de sélection de ne pas inscrire son nom sur les listes de réserve. Le Tribunal a non seulement annulé cette décision, mais également l'intégralité des listes de réserve ainsi que les décisions engageant les lauréats figurant sur ces listes.

3. F4E se pourvoit désormais contre cet arrêt du Tribunal et soutient que ce dernier a violé le principe de proportionnalité en annulant des mesures favorables à des tiers, à savoir les listes de réserve et les décisions de recrutement.

4. Par le présent pourvoi, la Cour est amenée à examiner si l'équilibre réalisé par l'arrêt du Tribunal était justifié au regard des circonstances de l'affaire. Plus largement, il convient de s'interroger sur les circonstances dans lesquelles une irrégularité commise dans une procédure de sélection conduit à l'annulation de l'ensemble des actes subséquents découlant de cette procédure de sélection, y compris ceux qui sont favorables à des tiers, tels que des listes de réserve, des décisions de recrutement individuelles ou des contrats de travail.

1 Langue originale : l'anglais.

II. Faits et procédure

A. Antécédents du litige

5. Les faits, tels qu'ils ressortent de l'arrêt attaqué [2], peuvent être résumés comme suit.

6. F4E est une entreprise commune au sens de l'article 45 du traité Euratom. Elle a été instituée par la décision 2007/198/Euratom du Conseil, du 27 mars 2007 [3]. M. Galocha a travaillé dans les locaux de F4E à Barcelone (Espagne), à partir du 23 avril 2014, en tant qu'agent intérimaire. Ensuite, à partir du 5 mai 2015, il a continué à travailler pour F4E comme sous-traitant externe, en vertu d'un contrat conclu entre F4E et une autre entreprise. En février 2016, ce second contrat a également pris fin.

7. Le 5 février 2015, F4E a publié, sur son site Internet, un avis de vacance (F4E/CA/ST/FGIV/2015/001) tendant à la constitution de deux listes de réserve. L'objectif était de recruter des agents de soutien du contrôle des coûts sur la base d'une première liste de réserve de quatre lauréats, pour le site de F4E de Barcelone (Espagne), et d'une seconde liste de réserve, également de quatre lauréats, pour son site de Cadarache (France). Les lauréats devaient être recrutés en tant qu'agents contractuels au titre de l'article 3 bis du régime applicable aux autres agents contractuels de l'Union européenne (ci-après le « RAA ») pour une durée, non renouvelable, de trois ans maximum.

8. Le point 3 de l'avis de vacance en cause faisait référence à un « guide à l'intention des candidats » comportant des informations supplémentaires relatives à la procédure de sélection des agents contractuels. Ce guide ainsi que le RAA étaient mis en ligne sur le site Internet de F4E.

9. Le point 5 du guide à l'intention des candidats est intitulé « Aperçu de la procédure de sélection ». Il prévoyait l'institution d'un comité de sélection. Le point 5, section 1, troisième alinéa, du même guide, intitulé « Évaluation des candidatures », indiquait que les candidats éligibles disposant des meilleurs profils devaient être invités à passer des épreuves orale et écrite. Le cinquième alinéa prévoyait que des informations plus détaillées concernant la date, l'horaire et l'adresse auxquelles auraient lieu ces épreuves orale et écrite devaient être indiquées dans les convocations envoyées aux candidats éligibles. Enfin, il ressortait du sixième alinéa qu'en fonction du nombre de candidats, ces derniers pouvaient être invités à passer les épreuves orale et écrite le même jour ou sur plusieurs jours de suite.

10. Au point 5, section 2, intitulée « Sélection », du guide à l'intention des candidats figuraient successivement le titre « Épreuve orale », le titre « Épreuve écrite » et le titre « Aspects procéduraux des épreuves ».

11. Au titre « Épreuve orale », il était indiqué que ladite épreuve était conçue dans le but d'aider les membres du comité de sélection à évaluer la présentation générale et la motivation du candidat, son aptitude à l'exercice des tâches décrites sous le titre « Responsabilités » de l'avis de vacance, ses connaissances spécialisées dans le domaine en question, sa capacité à s'exprimer dans les langues de travail de F4E et sa capacité d'adaptation au travail dans un environnement multiculturel.

12. Au titre « Épreuve écrite », il était prévu que, lors de cette épreuve, seraient prises en compte les compétences spécifiques propres au poste vacant pour lequel la procédure de sélection avait été lancée, la qualité de l'expression écrite du candidat et sa présentation ainsi que ses aptitudes générales et ses capacités linguistiques dans la mesure où elles étaient nécessaires pour l'exécution de ses tâches.

2 Arrêt du 25 janvier 2018, Galocha/Entreprise commune Fusion for Energy (T-561/16, EU:T:2018:29, points 1 à 20).

3 Décision instituant une entreprise commune pour ITER et le développement de l'énergie de fusion et lui conférant des avantages (JO 2007, L 90, p. 58).

13. Au titre « Aspects procéduraux des épreuves », deuxième alinéa, il était indiqué que l'évaluation des candidats serait achevée uniquement lorsque chacun d'entre eux aurait participé aux deux épreuves, orale et écrite, et que cette évaluation était fondée sur le résultat atteint dans le cadre des deux épreuves.

14. Le 26 février 2015, M. Galocha a présenté sa candidature à l'avis de vacance. Par courriel du 17 avril 2015, l'unité des ressources humaines de F4E a invité M. Galocha à un entretien. Dans une lettre annexée à ce courriel, M. Galocha a été informé que l'entretien aurait une durée approximative de 45 minutes et qu'il se déroulerait principalement en anglais. Le but de l'entretien était d'évaluer sa présentation générale et sa motivation, son aptitude à l'exercice des tâches décrites sous le titre « Responsabilités » de l'avis de vacance en cause, ses connaissances spécialisées dans le domaine en question, sa capacité à s'exprimer dans les langues de travail de F4E et sa capacité d'adaptation à un environnement multiculturel. La lettre ne contenait aucune référence à une épreuve écrite.

15. Le 11 mai 2015, M. Galocha a participé à l'épreuve orale. Aucune invitation à une épreuve écrite n'a été envoyée à M. Galocha ni aux autres candidats.

16. Par courriel du 4 juin 2015, le chef de l'unité des ressources humaines de F4E a informé M. Galocha, au nom du comité de sélection, qu'au vu des épreuves orale et écrite auxquelles il avait participé, le comité de sélection avait décidé de ne pas inscrire son nom sur la liste de réserve.

17. Le même jour, M. Galocha a introduit une demande de réexamen de cette décision auprès du comité de sélection. Dans cette demande, il faisait valoir qu'aucune épreuve écrite n'avait été organisée. Il demandait également que les résultats de la sélection opérée sur la seule base de l'épreuve orale soient annulés et que l'épreuve écrite soit organisée avant que le comité de sélection ne prenne une décision finale. Le même jour, M. Galocha a introduit une réclamation, formulée en des termes similaires, au titre de l'article 90, paragraphe 2, du statut des fonctionnaires de l'Union européenne (ci-après le « statut ») auprès de l'autorité habilitée à conclure les contrats d'engagement, à savoir le directeur de F4E.

18. Par courriel du 3 juillet 2015, le comité de sélection a rejeté la demande de réexamen.

19. Les listes de réserve établies sur la base des résultats de la procédure de sélection en cause contenaient chacune les noms de quatre lauréats. Le nom de M. Galocha n'en faisait pas partie. Le 25 juin 2015, l'un des lauréats figurant sur ces listes a reçu une offre d'emploi de F4E et a pris ses fonctions le 1er août 2015 à Cadarache. Le 10 juillet 2015, un autre lauréat a reçu une offre d'emploi de F4E et a pris ses fonctions le 1er novembre 2015, à Cadarache.

20. Le 18 août 2015, M. Galocha a introduit un recours devant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne qui a transféré l'affaire au Tribunal le 31 août 2016. Dans son recours, M. Galocha a fait valoir que la procédure de sélection était entachée d'une irrégularité. M. Galocha a sollicité l'annulation de la procédure de sélection, des listes de réserve et des décisions engageant des lauréats de ces listes. Il a également demandé l'organisation d'une nouvelle procédure de sélection comprenant une épreuve écrite.

21. F4E a répliqué que la référence à une épreuve écrite résultait d'une erreur administrative involontaire. F4E a indiqué qu'elle n'avait jamais eu l'intention d'organiser une telle épreuve concernant des postes à durée déterminée répondant à des besoins urgents. En outre, F4E a fait valoir qu'aucun des candidats n'a effectué l'épreuve écrite en cause, de sorte qu'il n'y a eu aucune violation du principe de l'égalité de traitement.

B. L'arrêt attaqué et la procédure devant la Cour

22. Par son arrêt du 25 janvier 2018 (ci-après l'« arrêt attaqué »)[4], le Tribunal a jugé que M. Galocha avait fait valoir à juste titre que la procédure de sélection en cause était entachée d'une irrégularité. Selon le Tribunal, une épreuve écrite aurait manifestement dû être organisée compte tenu du caractère contraignant de l'avis de vacance en question. En raison de cette irrégularité, le Tribunal a annulé la décision du comité de sélection de ne pas inclure le nom de M. Galocha dans la liste de réserve[5].

23. Le Tribunal a également fait droit aux moyens concernant l'illégalité présumée des listes de réserve et de la décision engageant des lauréats de ces listes[6]. À cet égard, le Tribunal a rappelé sa jurisprudence[7] selon laquelle l'annulation des actes subséquents destinés à des tiers et leur étant favorables n'est prononcée que si, compte tenu notamment de l'illégalité commise, des intérêts des tiers et de l'intérêt du service, elle n'apparaît pas excessive. S'agissant en particulier de l'intérêt des tiers, le Tribunal a jugé qu'il convient de tenir compte de leur confiance légitime, qui peut se rattacher notamment à l'inscription de leur nom sur la liste de réserve et à leur nomination au poste à pourvoir.

24. Au regard des circonstances de l'espèce, le Tribunal a jugé que les lauréats dont les noms figuraient sur les listes de réserve, y compris ceux qui ont reçu des offres d'emploi de la part de F4E, ne pouvaient invoquer d'attentes légitimes. En outre, selon le Tribunal, eu égard à la nature de l'irrégularité, l'annulation des listes de réserve et des décisions d'engager des lauréats figurant sur ces listes n'était pas excessive a vu de l'intérêt du service[8].

25. Le Tribunal a rejeté le recours pour le surplus et a condamné F4E aux dépens, en tant que partie ayant succombé[9].

26. Par le présent pourvoi, F4E, en qualité de requérante, demande à la Cour d'annuler la partie de l'arrêt ayant annulé les listes de réserve en cause et la décision d'engager des lauréats. La requérante au pourvoi demande également à la Cour de condamner M. Galocha aux dépens.

27. À l'appui de son pourvoi, la requérante au pourvoi soulève un moyen unique, divisé en trois branches.

28. Premièrement, la requérante au pourvoi soutient que l'annulation des résultats d'une procédure de sélection concernant des tiers est excessive par rapport à l'illégalité commise.

29. Deuxièmement, la requérante au pourvoi soutient que le Tribunal n'a pas tenu compte de la nature de l'irrégularité commise par F4E dans l'appréciation des conséquences de cette illégalité. Selon la requérante au pourvoi, l'erreur de l'administration n'a pas eu pour effet d'exclure qui que ce soit de la procédure de sélection et a affecté tous les candidats de la même manière. Selon la requérante au pourvoi, l'absence d'épreuve écrite n'a pas eu d'incidence sur les exigences substantielles, mais seulement sur la manière dont ces exigences ont été évaluées (uniquement sur la base d'une épreuve orale). Par conséquent, l'administration a commis une simple erreur procédurale qui ne justifie pas l'annulation des décisions ultérieures affectant des tiers.

4 Arrêt du 25 janvier 2018, Galocha/Entreprise commune Fusion for Energy (T-561/16, EU:T:2018:29).

5 Voir points 36 à 58 de l'arrêt attaqué.

6 Voir points 59 à 67 de l'arrêt attaqué.

7 À savoir, arrêt du 31 mars 2004, Girardot/Commission (T-10/02, EU:T:2004:94, points 85 et 86).

8 Voir points 68 et 69 de l'arrêt attaqué.

9 Voir points 71 à 80 de l'arrêt attaqué.

30. Troisièmement, la requérante au pourvoi soutient que le Tribunal n'a pas correctement mis en balance les intérêts de M. Galocha, les intérêts des tiers et ceux du service. Selon la requérante au pourvoi, l'arrêt attaqué est sans effet sur les intérêts de M. Galocha et sur sa situation juridique, dès lors que M. Galocha n'a demandé aucune indemnité et que le Tribunal n'a pas ordonné à F4E de recommencer la procédure de sélection en organisant une épreuve écrite. En revanche, selon la requérante au pourvoi, l'arrêt attaqué a une incidence négative sur les lauréats : ces derniers pourraient perdre leur place sur les listes de réserve et/ou subir une résiliation de leurs contrats de travail à la suite de l'arrêt attaqué.

31. M. Galocha n'a soumis aucun mémoire en réponse.

III. Appréciation

32. Les présentes conclusions sont structurées comme suit. Premièrement, je commencerai par présenter les questions plus larges qui sous-tendent le présent pourvoi et qui se posent nécessairement dans le cadre de l'examen d'une demande poursuivant l'annulation des résultats d'une procédure de sélection entachée d'une irrégularité : quel devrait, en principe, être la portée de l'irrégularité (A) ? Deuxièmement, j'exposerai quelques considérations permettant de guider la décision sur le point de savoir s'il convient d'annuler (*en raison* de l'irrégularité commise antérieurement) ou de maintenir (*en dépit* de cette irrégularité) les décisions favorables à des tiers, telles que les décisions d'inscrire des lauréats sur une liste de réserve ou d'engager ceux-ci (B). Troisièmement, j'appliquerai ces considérations au présent pourvoi et je suggérerai à la Cour que les décisions visant à engager deux des lauréats n'auraient pas dû être annulées (C).

A. Approche globale : « fruits d'un arbre empoisonné » ou « équilibre entre chaque branche » ?

33. Les procédures de sélection relatives à des institutions et organes de l'Union constituent généralement des procédures administratives complexes visant à établir une réserve adéquate de personnes possédant les qualifications requises. De telles procédures comprennent de nombreuses étapes distinctes, chacune d'entre elle donnant lieu à divers actes (administratifs) de nature générale (concernant l'organisation de la procédure au sens large, par exemple les avis de vacance, les règles applicables aux candidats ou les actes définissant les critères de sélection) ou individuelle (à l'instar des décisions établissant une liste de réserve, des actes rejetant une candidature ou des décisions nommant des lauréats à un poste vacant).

34. Ces différents actes sont étroitement liés. Cela a une incidence sur l'étendue du contrôle juridictionnel de ces actes au titre de l'article 270 TFUE. Il est de jurisprudence constante que seuls les actes qui affectent les intérêts du requérant en modifiant de façon caractérisée sa situation juridique peuvent être attaqués directement. En revanche, les actes préparatoires faisant partie de la procédure de sélection dans son ensemble ne peuvent être contestés que de façon incidente, à l'occasion d'un recours dirigé contre la décision prise au terme de cette procédure [10].

35. Dans le contexte d'une procédure de sélection dans laquelle un grand nombre d'actes et de décisions adoptés au cours de la procédure peuvent être considérés comme préparatoires des décisions de sélection finales, il est inévitable que les *résultats* de ces procédures soient contestés sur la base d'irrégularités *antérieures*. Hormis le cas d'une irrégularité corrigée rapidement ou n'ayant tout simplement pas d'incidence décisive sur les étapes ultérieures [11], il convient de s'interroger sur

10 Voir, par exemple, arrêts du 15 juillet 1993, Camara Alloisio e.a./Commission (T-17/90, T-28/91 et T-17/92, EU:T:1993:69, points 39 à 42), et du 17 décembre 2003, McAuley/Conseil (T-324/02, EU:T:2003:346, point 28). Voir également arrêt du 21 mars 2013, Brune/Commission (F-94/11, EU:F:2013:41, points 34 à 39).

11 Voir, par exemple, arrêt du 18 décembre 1980, Gratreau/Commission (156/79 et 51/80, EU:C:1980:304, point 24).

l'incidence d'une irrégularité commise dans une procédure de sélection déterminée (« le péché originel ») sur les décisions subséquentes adoptées dans le cadre de cette procédure ou à la suite de celle-ci, telles que les décisions individuelles d'engager des lauréats, voire de les promouvoir ultérieurement.

36. En substance, deux approches sont concevables.

37. Tout d'abord, on peut citer la doctrine du « fruit de l'arbre empoisonné» [12]. Le tronc de l'arbre, qui représente la procédure de sélection principale, a été « infecté ». Il doit donc en aller de même de toutes les branches et de tous les fruits de l'arbre. Par conséquent, l'ensemble des branches de cet arbre doivent être coupées : non seulement les décisions (négatives) de ne *pas* inclure certains candidats sur des listes de réserve ou de ne pas les engager, mais également leurs pendants (positifs), à savoir les décisions d'établir une liste de réserve reprenant le nom de certains individus et celles visant à recruter des personnes de cette liste.

38. Deuxièmement, on peut citer l'approche consistant à « examiner chaque branche individuellement ». Suivant une telle approche, une infection du tronc n'implique pas nécessairement d'abattre l'arbre entier. Il convient, au contraire, de réaliser un minutieux exercice de mise en balance : quel type d'infection affecte l'arbre et quelle est son étendue (quelle est la gravité de l'irrégularité) ? Qui se trouve sur chaque branche de l'arbre (qui pourrait en définitive être affecté par l'annulation et de quelle manière) ? Implicitement ou explicitement, des branches saines peuvent encore pousser sur un tronc atteint d'une petite infection. En outre, un arbre peut guérir avec le temps.

39. Il convient de souligner d'emblée qu'en dépit de certains discours prônant un droit de restitution ainsi que la nécessité de rétablir les droits des candidats lésés, et du fait que ces candidats prétendument lésés poursuivront généralement l'annulation (de l'ensemble) des décisions de l'autorité investie du pouvoir de nomination (ci-après, l'« AIPN »), l'approche globale suivie par les juridictions de l'Union [13] a toujours été la seconde. Il est de jurisprudence constante que lorsqu'une irrégularité a été commise dans le cadre d'un concours, les droits de la partie requérante sont adéquatement protégés si le jury et l'AIPN reconsidèrent leurs décisions et cherchent une solution équitable à son cas, sans qu'il y ait lieu de mettre en cause l'ensemble du résultat du concours ou d'annuler les nominations intervenues à la suite de celui-ci [14]. L'annulation de l'ensemble des résultats d'un concours constitue, en principe, une sanction excessive de l'irrégularité commise [15]. En tout état de cause, les juridictions de l'Union ont admis que, lorsque l'acte devant être annulé est favorable à un tiers (ce qui est le cas d'une décision de promotion individuelle, de l'inscription sur une liste de réserve ou d'une décision de recrutement d'un candidat), il appartient au juge de vérifier au préalable si l'annulation ne constituerait pas une sanction excessive de l'illégalité en cause [16].

12 Je m'inspire de la métaphore utilisée par le juge Frankfurter dans l'affaire Nardone c. États-Unis, 308 U.S. 338 (1939), en reconnaissant toutefois que le contexte juridique américain dans lequel s'inscrivent cette métaphore et la règle de droit sous-jacente (règle d'exclusion relative aux éléments de preuve obtenus illégalement) est sensiblement différent.

13 J'entends, par « juridictions de l'Union », les arrêts de la Cour, du Tribunal et (jusqu'en 2016) du Tribunal de la fonction publique.

14 Voir notamment arrêts du 14 juillet 1983, Detti/Cour de justice (144/82, EU:C:1983:211, point 33) ; du 6 juillet 1993, Commission/Albani e.a. (C-242/90 P, EU:C:1993:284, point 13), et du 22 juin 1990, Marcopoulos/Cour de justice (T-32/89 et T-39/89, EU:T:1990:39, point 44 et jurisprudence citée).

15 Voir notamment arrêts du 5 juin 1980, Oberthür/Commission (24/79, EU:C:1980:145, point 13), et du 5 mai 2010, Bouillez e.a./Conseil (F-53/08, EU:F:2010:37, point 83).

16 Voir, par exemple, arrêts du 5 décembre 2017, Spadafora/Commission (T-250/16 P, non publié, EU:T:2017:866, point 110), et du 5 mai 2010, Bouillez e.a./Conseil (F-53/08, EU:F:2010:37, point 82).

B. Les considérations en jeu

40. Compte tenu de ce qui précède, il n'y a donc aucune « annulation automatique » qui imposerait de défaire mécaniquement toutes les conséquences d'une procédure de sélection irrégulière. Au contraire, les différents intérêts en cause (1) doivent être mis en balance en tenant compte du contexte et des facteurs spécifiques de l'espèce, (2) en vue de trouver une solution équitable au regard des mesures/de l'ensemble des mesures de réparation spécifiques sollicitées dans chaque cas particulier (3).

1. Intérêts

41. Les intérêts individuels en cause ne sont pas difficiles à identifier. Ceux-ci comprennent typiquement les intérêts des candidats lésés (pour l'essentiel, les candidats non sélectionnés) ; les intérêts des tiers (pour l'essentiel, les lauréats) ; l'intérêt du service ; et l'« intérêt » supérieur de la légalité (licéité) [17].

42. À différentes occasions, la Cour a reconnu les intérêts de chacune des parties « individuelles ». La Cour a souligné la « nécessité de concilier les intérêts des candidats désavantagés par une irrégularité commise lors d'un concours et les intérêts des autres candidats. En effet, le juge est tenu de prendre en considération non seulement la nécessité de rétablir les candidats lésés dans leurs droits *mais également* la confiance légitime des candidats déjà sélectionnés» [18].

43. Le contenu exact de chacun de ces intérêts individuels est relativement évident. La situation est toutefois un peu plus compliquée lorsqu'il s'agit de définir l'intérêt du service et l'intérêt de la légalité.

44. Les juridictions de l'Union considèrent parfois que le respect de la légalité est *compris dans* la notion d'« intérêt du service» [19]. Toutefois, elles admettent également que cette notion inclut non seulement le respect du droit, mais également « les conséquences budgétaires d'une absence d'annulation de décisions illégales […], les difficultés éventuelles d'exécution de la chose jugée, les atteintes éventuelles à la continuité du service et les risques de détérioration du climat social au sein de l'institution» [20].

45. Par conséquent, bien que la vision d'une institution ayant un intérêt désintéressé à la légalité soit séduisante, on ne peut s'empêcher de penser que la réalité est parfois différente. Il n'est pas inconcevable que, dans certains cas, une institution ou une agence composée d'êtres humains puisse considérer qu'il est « dans l'intérêt du service » d'agir dans un certain sens en dépit d'une illégalité, notamment en vue d'assurer la continuité et le bon fonctionnement de l'administration ou pour quelque autre raison. Autrement dit, si l'intérêt objectif du service peut, en effet, être d'assurer que l'action administrative respecte généralement le droit, l'intérêt subjectif du service, dans un cas individuel, peut néanmoins consister à valider les résultats d'une procédure de sélection et à maintenir les nominations effectuées *en dépit* de l'illégalité commise.

17 Voir, en ce sens, arrêts du 5 décembre 2017, Spadafora/Commission (T-250/16 P, non publié, EU:T:2017:866, point 110), et du 5 mai 2010, Bouillez e.a./Conseil (F-53/08, EU:F:2010:37, points 87 à 89).

18 Voir, par exemple, arrêt du 6 juillet 1993, Commission/Albani e.a. (C-242/90 P, EU:C:1993:284, point 14). Mise en italique par mes soins.

19 Voir, par exemple, arrêts du 5 mai 2010, Bouillez e.a./Conseil (F-53/08, EU:F:2010:37, point 89), et du 23 octobre 2012, Strack/Commission (F-44/05 RENV, EU:F:2012:144, point 125).

20 Voir notamment arrêt du 5 mai 2010, Bouillez e.a./Conseil (F-53/08, EU:F:2010:37, point 89).

46. D'un autre côté, l'intérêt de l'institution à agir dans le respect de la légalité et conformément aux règles (du jeu de la sélection) sera vraisemblablement également partagé par les candidats [21]. Pour ce motif, et également parce que la nature de l'illégalité aura probablement une incidence sur la sévérité de la « sanction » prononcée à l'encontre des résultats d'un concours, il est peut-être plus opportun d'admettre que l'« intérêt du service » se distingue de l'« intérêt supérieur de la légalité ». Il est préférable de ne pas confondre ces deux notions.

2. Facteurs

a) Type de procédure de sélection

47. Dans certains cas, une distinction est effectuée entre, d'une part, les concours généraux et, d'autre part, les concours internes et les promotions. Lorsque, dans le cadre d'un *concours général*, une étape de la procédure de sélection est annulée, les droits des candidats non sélectionnés sont adéquatement protégés si le jury et l'AIPN reconsidèrent leurs décisions et cherchent une solution équitable à leurs cas, sans qu'il y ait lieu de mettre en cause l'ensemble du résultat du concours ou d'annuler les nominations intervenues à la suite de celui-ci, et ce, quelle que soit la nature de l'irrégularité et l'ampleur de ses conséquences sur les résultats du concours. En revanche, en matière de *concours internes et de promotions*, les juridictions de l'Union procèdent à un examen au cas par cas en tenant compte de la nature de l'irrégularité [22].

48. Il ne me semble pas que ces distinctions effectuées en fonction du cas d'espèce puissent être considérées comme établissant de quelconques règles formelles concernant l'approche à suivre. Selon moi, ces différences d'approche sont plutôt indicatives d'une variable différente : la dimension et la nature de la procédure de sélection en cause auront probablement une incidence sur le niveau de connaissances attendu d'un candidat raisonnablement informé. Deux éléments méritent d'être soulignés à cet égard : premièrement, la connaissance de l'ensemble des règles et de la procédure applicable à la procédure de sélection et, deuxièmement, la connaissance du fait que l'une ou plusieurs de ces règles a été violée au cours de cette procédure.

49. Dans le cas de concours généraux avec plusieurs centaines voire plusieurs dizaines de milliers de candidats « anonymes », on peut s'attendre à ce que les candidats aient une connaissance basique de la procédure de sélection. Toutefois, il est peu probable (et assez irréaliste d'attendre) qu'ils soient versés dans les méandres du droit de la fonction publique de l'Union. En outre, compte tenu du nombre de candidats, de leur anonymat et de l'importante asymétrie d'information entre de tels candidats et l'administration, il est peu probable que ces candidats soient à même de détecter la commission d'une éventuelle irrégularité.

50. En revanche, plus la dimension d'un concours est faible et que celui-ci est restreint, plus on peut raisonnablement attendre des candidats qu'ils disposent d'informations et de connaissances. On peut présumer que des « insiders », comme par exemple cinq candidats à un concours interne, aient une maîtrise plus détaillée des règles applicables et/ou aient eu connaissance d'une éventuelle irrégularité dans la procédure.

21 Selon la « position originelle » et sous le « voile d'ignorance » en ce qui concerne le résultat de la procédure de sélection, tout candidat rationnel choisirait la légalité comme l'un des principes selon lesquels il convient de mener la procédure (bien que l'on puisse supposer que John Rawls ne songeait pas aux agents de l'Union sous contrat à durée déterminée lorsqu'il a formulé cette théorie – voir Rawls, J., *A theory of Justice*, édition révisée, Belknap Press, Harvard, 1999, p. 118 à 130).

22 Voir, par exemple, arrêts du 6 juillet 1993, Commission/Albani e.a. (C-242/90 P, EU:C:1993:284, point 13) ; du 5 mai 2010, Bouillez e.a./Conseil (F-53/08, EU:F:2010:37, points 83 à 90), et du 23 octobre 2012, Strack/Commission (F-44/05 RENV, EU:F:2012:144, point 117).

b) Nature de l'irrégularité

51. La nature et la gravité de l'illégalité commise sont pertinentes. Lors de l'examen de procédures de promotion, les juridictions de l'Union tiennent compte de la nature de l'irrégularité. Si l'irrégularité constatée est un simple *vice de procédure,* n'affectant que la situation d'un fonctionnaire, les juridictions de l'Union considèrent a priori qu'une telle irrégularité ne justifie pas la censure des décisions de promotion, une telle annulation constituant une sanction excessive. En revanche, en présence d'un *vice substantiel*, telle une erreur de droit qui vicie dans son ensemble l'examen comparatif des mérites, les juridictions de l'Union mettent en principe en balance les intérêts concernés [23].

52. Selon moi, ces considérations ne se limitent pas aux seules procédures de promotion, mais doivent être considérées comme pertinentes, de façon générale, lorsqu'il s'agit d'examiner les conséquences d'irrégularités antérieures sur les mesures favorables aux tiers dans tout type de procédure de sélection.

53. Bien entendu, on ne saurait établir une taxonomie ou une classification exhaustive en la matière. Les situations réelles sont trop diverses. Toutefois, je propose de considérer qu'en règle générale, il existe un *continuum de gravité*.

54. D'un côté, se trouvent les irrégularités *mineures*. Celles-ci ne doivent pas, en soi, avoir d'incidence sur l'issue de la procédure de sélection, ni, en tout état de cause, sur les décisions favorables aux lauréats. À titre d'exemples, on citera notamment les erreurs matérielles dans la procédure de sélection, telles que les erreurs de forme ou d'autres erreurs procédurales qui n'affectent pas de manière substantielle le contenu de la décision.

55. D'un autre côté, se trouvent les irrégularités *graves* qui pèseront plus lourdement dans le cadre de la mise en balance des intérêts s'agissant de l'« intérêt » à la légalité comparé notamment aux intérêts des tiers. On peut distinguer au moins trois différents types d'irrégularités sérieuses : la fraude et la corruption ; l'atteinte aux valeurs fondamentales de l'Union ; ou le mépris systématique des règles relatives à la procédure de sélection.

56. Premièrement, les cas avérés de *fraude ou de corruption* dans la procédure de sélection sont d'une gravité suffisante pour justifier l'annulation de l'intégralité de la procédure de sélection. Par conséquent, les décisions favorables aux tiers doivent également être annulées. Dans un tel scénario extrême, les attentes légitimes de tiers, ne permettraient pas, le cas échéant, de sauver une mesure entachée d'une telle irrégularité grave. Pour revenir à la métaphore initiale, dans un tel cas, le tronc de l'arbre ne peut être soigné.

57. Deuxièmement, une *atteinte aux valeurs fondamentales de l'Union* peut également être qualifiée d'irrégularité grave. On peut notamment citer l'exemple d'une procédure de sélection opérant une discrimination entre des candidats sur la base des motifs énoncés à l'article 21 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. À l'instar de la fraude, une telle inégalité de traitement grave pourrait être considérée comme viciant l'intégralité de la procédure de sélection, y compris l'ensemble de ses résultats [24].

23 Voir, par exemple, arrêts du 5 mai 2010, Bouillez e.a./Conseil (F-53/08, EU:F:2010:37, points 83 à 85 et jurisprudence citée), et du 23 octobre 2012, Strack/Commission (F-44/05 RENV, EU:F:2012:144, points 117 et 118).

24 Naturellement, d'autres types d'inégalités de traitement survenant dans le cadre de la procédure de sélection peuvent également être pertinentes et donc être prises en compte. Notre suggestion est bien plus modeste : il s'agit simplement de reconnaître qu'il existe une différence considérable entre les procédures de sélection entachées d'une certaine inégalité technique entre les candidats et les procédures de sélection qui sont, par exemple, (in)directement racistes ou sexistes. À titre d'illustration, voir notamment l'arrêt du 13 février 1979, Martin/Commission (24/78, EU:C:1979:37, point 21), dans lequel la Cour a été jusqu'à annuler la décision de nommer un candidat qui avait été avantagé par le choix du sujet d'une épreuve.

58. Troisièmement, il existe une catégorie spéciale pour les cas de « récidive ». Si une institution ou un organe de l'Union organise une procédure de sélection illégale en dépit d'arrêts antérieurs de la Cour concernant le même type de sélection, des mesures plus sévères peuvent s'avérer nécessaires [25]. En outre, le *mépris systématique* des règles applicables pourrait également transformer des irrégularités mineures mais récurrentes en une irrégularité grave susceptible, dans certaines circonstances et, à nouveau, après une mise en balance des intérêts adéquate, de vicier également l'ensemble de la procédure et des résultats subséquents.

c) Attentes légitimes des lauréats

59. Conformément à une jurisprudence constante, le droit de se prévaloir du principe de protection de la confiance légitime appartient à tout justiciable dans le chef duquel une institution de l'Union, en lui fournissant des assurances précises, a fait naître à son égard des espérances fondées. Constituent de telles assurances, quelle qu'en soit la forme, des renseignements précis, inconditionnels et concordants [26].

60. Le cadre factuel d'une procédure de sélection donnée, notamment le type de procédure, sa dimension et la nature de l'illégalité commise au cours de celle-ci conduisent alors les tiers à avoir ou non des attentes légitimes concernant l'issue de ladite procédure. Ainsi, il existe une *relation inversement proportionnée* entre la connaissance d'une irrégularité potentielle et les attentes légitimes : plus ces connaissances sont importantes, plus les attentes légitimes sont faibles, voire inexistantes. Le niveau de connaissances doit être examiné au regard du standard du candidat raisonnablement informé [27] : le candidat savait-il ou aurait-il dû raisonnablement savoir que la décision était irrégulière ?

61. Premièrement, comparé à un « insider », il est moins probable qu'un candidat externe ait connaissance de l'ensemble des règles applicables à une procédure de sélection et, par conséquent, de l'existence éventuelle d'une irrégularité [28]. Il s'ensuit qu'un tel candidat peut avoir des attentes légitimes plus fortes concernant le maintien d'une décision qui, bien qu'illégale, a créé des droits à son profit.

62. Deuxièmement, plus l'irrégularité est grave, plus il est probable qu'un candidat raisonnablement informé en ait eu connaissance ou aurait dû en avoir connaissance [29]. Certes, la gravité de l'illégalité ne signifie pas, en soi, que les candidats devaient nécessairement avoir connaissance de celle-ci. Toutefois, si l'irrégularité en cause ne pouvait raisonnablement échapper à l'attention d'un candidat [30], les attentes

25 Voir, récemment, conclusions de l'avocat général Sharpston dans l'affaire Espagne/Parlement (C-377/16, EU:C:2018:610, points 156 à 164), ainsi que mes conclusions dans l'affaire Commission/Italie (C-621/16 P, EU:C:2018:611, points 153 à 157).

26 Voir, par exemple, arrêts du 16 décembre 2010, Kahla Thüringen Porzellan/Commission (C-537/08 P, EU:C:2010:769, point 63 et jurisprudence citée) ; du 19 juillet 2016, Kotnik e.a. (C-526/14, EU:C:2016:570, point 62), et du 13 septembre 2017, Pappalardo e.a./Commission (C-350/16 P, EU:C:2017:672, point 39). Voir également arrêt du 19 mai 1983, Mavridis/Parlement (289/81, EU:C:1983:142, point 21).

27 La formulation du standard diffère évidemment d'un domaine du droit à l'autre (ainsi que la question de savoir si les opérateurs en cause sont des professionnels) – voir notamment, concernant les attentes légitimes dans le contexte de la TVA, le standard de l'« opérateur économique prudent et avisé » (opérateur économique normalement avisé) dans les arrêts du 14 septembre 2006, Elmeka (C-181/04 à C-183/04, EU:C:2006:563, point 32), et du 9 juillet 2015, Cabinet Medical Veterinar Dr. Tomoiagă Andrei (C-144/14, EU:C:2015:452, point 44). Dans le contexte des aides d'État, il s'agit plutôt du standard de l'homme d'affaires diligent : voir, par exemple, arrêts du 20 septembre 1990, Commission/Allemagne (C-5/89, EU:C:1990:320, point 14), et du 11 novembre 2004, Demesa et Territorio Histórico de Álava/Commission (C-183/02 P et C-187/02 P, EU:C:2004:701, point 44).

28 Voir point 49 des présentes conclusions.

29 Voir points 53 à 58 des présentes conclusions.

30 Voir, par exemple, l'arrêt du 20 mars 1997, Alcan Deutschland (C-24/95, EU:C:1997:163, point 25) dans lequel la Cour a jugé que le bénéficiaire d'une aide d'État ne pouvait pas avoir de confiance légitime dans la régularité de l'aide si cette dernière n'avait pas été notifiée à la Commission, l'absence de notification étant donc comparable à une irrégularité grave en matière d'aides d'État.

d'un candidat sélectionné apparaîtront alors moins légitimes, voire inexistantes. A fortiori, lorsqu'un candidat sélectionné a fait preuve de mauvaise foi ou a lui-même contribué à l'irrégularité, il est certain qu'il ne peut avoir *aucune* confiance légitime dans le maintien de la décision (illégale) qui lui est favorable [31].

63. Troisièmement, selon les juridictions de l'Union, la connaissance dont pourraient disposer les lauréats du fait qu'un recours juridictionnel est pendant contre certains actes de la procédure de sélection, y compris contre ceux qui leur sont favorables, est également pertinente dans le présent contexte. Le fait de disposer de telles connaissances est susceptible d'empêcher lesdits candidats d'invoquer une confiance légitime dans le maintien de leur situation favorable, dès lors que ces actes ont été contestés dans les délais prescrits. En particulier, des lauréats qui ont été nommés à un poste ne peuvent ignorer que leur nomination ne sera définitivement acquise que si le recours en annulation formé par d'autres candidats est rejeté par la Cour [32].

64. Certes, s'il découle des faits de l'espèce qu'il y avait effectivement une telle connaissance, il conviendrait de tenir compte de cette circonstance. Toutefois, je déconseillerais toute présomption en ce sens. En pratique, il se peut qu'un candidat sélectionné n'ait pas connaissance du fait qu'un recours soit pendant, lorsque ce candidat n'est pas partie à la procédure et que l'institution ou l'organe de l'Union concerné n'a pas l'obligation de l'informer du recours ; à nouveau, cela est particulièrement vrai dans le cadre de concours généraux avec de nombreux candidats. Une chose est d'avoir simplement entendu des rumeurs de couloir selon lesquelles un recours en annulation est pendant. Une autre est d'avoir été notifié qu'un tel recours est pendant et qu'il pourrait également avoir des répercussions pour les candidats sélectionnés.

65. Les lauréats ne doivent certainement pas subir, impuissants (sans possibilité de recours), les conséquences (funestes) d'une éventuelle annulation des décisions qui les concernent, particulièrement lorsque l'annulation est ordonnée plusieurs années après l'introduction du recours [33]. Par conséquent, même lorsque le recours est introduit dans les délais, la confiance légitime peut demeurer intacte, à moins que et jusqu'à ce qu'il soit établi que les candidats concernés avaient connaissance des problèmes survenus dans la procédure de sélection en cause.

66. En conclusion, l'ensemble de ces facteurs et de ces considérations doivent être mis en balance au regard des faits de chaque espèce. Ce contre quoi il a été mis en garde dans la présente section est une forme d'application mécanique de certaines affirmations catégoriques telle que : « aucune confiance légitime ne peut naître d'une illégalité commise par une institution » et/ou « dès lors qu'une décision a été contestée dans les délais, personne ne peut avoir de quelconques attentes légitimes ». De telles affirmations, souvent pertinentes dans les branches du droit impliquant des professionnels du monde des entreprises, ne peuvent pas être intégralement transposées à un domaine du droit tout simplement différent. Il convient plutôt de faire preuve d'une certaine empathie et d'un certain réalisme, en tenant compte également de l'importante asymétrie d'information et de pouvoir qui caractérise toujours les rapports entre les institutions et leurs agents potentiels, à nouveau tout

31 Voir, par analogie, dans le contexte des aides d'État, l'arrêt du 12 décembre 1985, Sideradria/Commission (67/84, EU:C:1985:506, point 21), concernant une violation manifeste de la réglementation par une entreprise, et l'arrêt du 16 juillet 1998, Oelmühle et Schmidt Söhne (C-298/96, EU:C:1998:372, point 29), concernant l'exigence de bonne foi devant être satisfaite par une entreprise contestant le recouvrement d'une aide d'État illégale qui lui avait été accordée.

32 Voir, par exemple, arrêt du 5 décembre 2017, Spadafora/Commission (T-250/16 P, non publié, EU:T:2017:866, point 112). Voir également les arrêts du Tribunal de la fonction publique du 23 octobre 2012, Strack/Commission (F-44/05 RENV, EU:F:2012:144, point 123), et du 5 mai 2010, Bouillez e.a./Conseil (F-53/08, EU:F:2010:37, point 88).

33 Dans l'arrêt du 23 octobre 2012, Strack/Commission (F-44/05 RENV, EU:F:2012:144, point 123), pas moins de huit années s'étaient écoulées depuis l'adoption des décisions contestées. Malgré tout, la Tribunal de la fonction publique a jugé que les lauréats ne pouvaient se prévaloir d'une confiance légitime, dès lors que ces décisions avaient été contestées dans les délais.

particulièrement dans le cadre de concours généraux. Il ne s'agit en aucun cas d'excuser ou de tolérer des illégalités éventuelles commises par les institutions. Il s'agit plutôt de considérer que, sauf circonstances exceptionnelles, les lauréats ne peuvent être tenus pour responsables d'une telle irrégularité aux côtés de l'administration [34].

3. Mesures de réparation

67. L'article 270 TFUE vise à rétablir les droits des candidats (non sélectionnés) lorsqu'une illégalité s'est produite. Selon les juridictions de l'Union, rétablir les droits des candidats non sélectionnés implique que l'administration trouve une « solution équitable » à leur cas [35]. Une telle solution équitable va de l'annulation des décisions relatives aux candidats non sélectionnés [36] à la réouverture de la procédure à l'égard du candidat lésé [37]. Dans ce contexte, la Cour et le Tribunal ont rappelé à plusieurs reprises que la condamnation à une indemnité, le cas échéant d'office [38], constitue la forme de réparation correspondant le mieux à la fois aux intérêts du requérant et aux exigences du service [39].

68. S'agissant plus particulièrement des *mesures favorables à des tiers*, telles que des listes de réserve ou des nominations, l'annulation, par définition rétroactive, de telles décisions paraît, à juste titre, constituer une solution de dernier recours, lorsqu'aucune autre mesure adéquate ne permet de rétablir les droits des candidats lésés [40].

69. En effet, comme l'a formulé succinctement l'avocat général Van Gerven dans l'affaire Albani, dans de tels cas, il est nécessaire « de trouver une solution d'équilibre entre les intérêts des candidats désavantagés par une irrégularité commise dans un concours et les intérêts des autres candidats. Cette nécessité de ménager soigneusement les divers intérêts en présence est un principe général de bonne administration, en l'espèce de bonne juridiction, qui est consacré par le droit communautaire. Ce principe exige du juge non seulement qu'il s'efforce, pour des raisons de sécurité juridique, de rétablir de manière équitable les candidats lésés dans leurs droits mais également qu'il prenne en considération la confiance légitime des candidats déjà sélectionnés et/ou nommés. Cela signifie en l'espèce que dans la recherche d'une solution en cas de procédure de recrutement irrégulière, le juge doit comparer deux types de dommages et les mettre en balance : le dommage réel subi par les candidats lésés et qui doit être réparé de manière équitable, d'une part, et le dommage potentiel que les autres candidats subiraient en conséquence de la mesure de réparation envisagée, d'autre part» [41].

70. Il convient d'ajouter que, dans l'arrêt prononcé ultérieurement par la Cour dans cette affaire, la Cour a annulé l'arrêt du Tribunal qui, en annulant les listes de réserve, n'avait pas limité les conséquences de l'annulation des actes subséquents adoptés dans le cadre de la procédure de concours au seul rétablissement des droits des quatre requérants originaires [42].

34 À moins que les « fonctionnaires de l'Union idéaux » souhaités, qu'une telle approche vise à présélectionner, soient exclusivement des candidats qui ont lu, souligné et annoté le statut des fonctionnaires et tous les avis de vacance/de concours, les éventuels guides à l'intention des candidats et tous les manuels disponibles. Ils examineront minutieusement ces documents, les garderont sur leur table de chevet et les liront tous les soirs avant de se coucher. Dans le cours de l'ensemble de la procédure de sélection, ils agiront comme des vrais « gardiens de la procédure », en contestant en permanence, à chaque étape de la procédure, mêmes les écarts les plus minimes aux règles applicables.

35 Voir, par exemple, arrêt du 31 mars 2004, Girardot/Commission (T-10/02, EU:T:2004:94, point 89).

36 Voir, par exemple, arrêt du 28 juin 1979, Anselme et Constant/Commission (255/78, EU:C:1979:175, point 15).

37 Voir, par exemple, arrêts du 22 juin 1990, Marcopoulos/Cour de justice (T-32/89 et T-39/89, EU:T:1990:39, point 44), et du 21 mars 2013, Brune/Commission (F-94/11, EU:F:2013:41, point 65).

38 Voir, par exemple, arrêt du 31 mars 2004, Girardot/Commission (T-10/02, EU:T:2004:94, point 89).

39 Voir, par exemple, arrêts du 5 juin 1980, Oberthür/Commission (24/79, EU:C:1980:145, point 14), et arrêt du 1er juin 1995, Coussios/Commission (C-119/94 P, EU:C:1995:164, point 24).

40 Pour des exemples, certes rares, d'annulations de décisions nommant des candidats, voir arrêts du 13 février 1979, Martin/Commission (24/78, EU:C:1979:37, point 21), et du 23 octobre 2012, Strack/Commission (F-44/05 RENV, EU:F:2012:144, points 123 à 126).

41 Conclusions de l'avocat général Van Gerven dans l'affaire Commission/Albani e.a. (C-242/90 P, EU:C:1993:108, point 10).

42 Arrêt du 6 juillet 1993, Commission/Albani e.a. (C-242/90 P, EU:C:1993:284, point 17).

71. À première vue, on pourrait en effet soutenir que le rétablissement des droits des requérants (les candidats non sélectionnés) implique toujours l'annulation des décisions concernant les lauréats, à moins de recommencer l'ensemble de la procédure de sélection, ce qui est plutôt rare et ne constitue pas, en tout état de cause, une mesure pouvant être ordonnée par la Cour. Les solutions alternatives les plus adéquates pour sanctionner une illégalité (antérieure) dans la procédure, sans porter atteinte à la confiance légitime des lauréats, semblent en effet être l'indemnisation ou, lorsque c'est possible, la réouverture de la procédure de sélection à l'égard des seuls candidats lésés.

72. Comme nous l'avons déjà évoqué ci-dessus [43], les tiers ne devraient, en principe, pas supporter les conséquences d'une irrégularité antérieure dont ils n'avaient pas ou ne pouvaient pas avoir connaissance. Ces tiers ne seront pas nécessairement informés des irrégularités ou des recours pendants contre la procédure de sélection et ne seront donc pas à même de se défendre. Cette circonstance, examinée antérieurement dans le contexte des connaissances dont disposent les tiers et des attentes légitimes correspondantes, acquiert une dimension supplémentaire dans le contexte des mesures de réparation. Il est peu probable que les lauréats soient partis à une telle procédure, bien qu'ils soient profondément affectés par les résultats de celle-ci. Tôt ou tard se posera la question des droits de la défense.

C. Application au cas d'espèce

73. Par le jugement attaqué, le Tribunal a annulé trois différents types de décisions relatives aux résultats de la procédure de sélection : (i) la décision de ne pas inscrire le nom de M. Galocha sur les listes de réserve (ci-après la « décision négative ») ; (ii) la décision établissant les listes de réserve (ci-après les « listes de réserve ») ; et (iii) les décisions d'engager les lauréats figurant sur les listes de réserve (ci-après les « décisions de recrutement »).

74. Par le présent pourvoi, la requérante au pourvoi conteste uniquement la partie de l'arrêt attaqué qui concerne les listes de réserve (ii) et les décisions de recrutement (iii). L'annulation, par le Tribunal, de la décision négative spécifique concernant M. Galocha (la décision de ne pas inscrire son nom sur les listes de réserve) n'est pas contestée. La requérante au pourvoi ne conteste pas non plus l'irrégularité antérieure sous-jacente résultant de l'absence d'épreuve écrite au cours de la procédure de sélection.

75. Le présent pourvoi porte donc exclusivement sur les conclusions tirées de cette irrégularité par le Tribunal en ce qui concerne les *tiers*, à savoir les décisions (ii) et (iii). À titre de motivation de ces deux mesures d'annulation, le Tribunal a considéré :

« 68. Or, dans les circonstances de l'espèce, les lauréats dont les noms figuraient sur les listes de réserve, y compris ceux qui ont reçu des offres d'emplois de la part de [F4E], ne sauraient invoquer une confiance légitime. En effet, l'avis de vacance en cause prévoyait qu'une épreuve écrite aurait lieu. Or, les listes de réserve ont été établies et les offres d'emploi ont été envoyées sans que ces candidats aient été soumis à une telle épreuve.

69. Par ailleurs, eu égard à la nature de l'irrégularité, il ne saurait pas non plus être considéré qu'une annulation des listes de réserve et des décisions d'engager des lauréats figurant sur ces listes serait excessive au vu de l'intérêt du service. En effet, d'une part, l'irrégularité a affecté l'évaluation de l'ensemble des candidats et il ne peut donc pas y être remédié par des mesures concernant uniquement le requérant. D'autre part, la présente procédure de sélection n'a qu'une dimension très limitée» [44].

43 Voir points 59 à 66 des présentes conclusions.

44 Points 68 et 69 de l'arrêt attaqué.

76. Selon la requérante au pourvoi, en étendant les conséquences de l'irrégularité en cause aux lauréats, que ce soit au niveau des listes de réserve ou des nominations, le Tribunal a imposé une sanction excessive aux tiers.

77. Les considérations exposées ci-dessus m'amènent à partager la position de la requérante au pourvoi en ce qui concerne l'annulation des décisions de recrutement (iii), mais pas nécessairement en ce qui concerne les listes de réserve (ii).

78. Premièrement, il semble que le type de procédure de sélection en cause soit un concours général. Deuxièmement, s'agissant de la nature de l'irrégularité commise dans le cadre de la procédure de sélection, il est clair qu'en n'organisant pas l'épreuve écrite mentionnée dans le guide à l'intention des candidats, l'administration a commis une illégalité. Il est de jurisprudence constante que « l'avis de vacance constitue le cadre de la légalité que l'AIPN s'impose à elle-même et qu'elle doit, dès lors, respecter scrupuleusement» [45]. Par conséquent, étant donné que l'avis de vacance faisait référence au guide à l'intention des candidats, la requérante au pourvoi aurait dû organiser une épreuve écrite.

79. Toutefois, il serait assez surprenant de qualifier cette erreur de sérieuse et de grave. Le Tribunal a jugé que l'absence d'épreuve écrite affectait tous les participants à la procédure de sélection de la même manière [46]. Par conséquent, une motivation supplémentaire aurait été nécessaire pour conclure que ladite erreur constitue une irrégularité grave et substantielle de nature à créer une inégalité de traitement. Partant, l'absence d'épreuve écrite doit plutôt être considérée comme la conséquence d'une négligence de l'administration qui n'a pas mis à jour certains documents pertinents pour la procédure de sélection, tels que le guide à l'intention des candidats et les lettres types envoyées à ceux-ci [47].

80. Troisièmement, s'agissant de la connaissance réelle ou potentielle que les candidats sélectionnés avaient de l'irrégularité commise par la requérante au pourvoi, on peut présumer que ces candidats devaient savoir que la procédure de sélection comprenait aussi bien une épreuve écrite qu'orale, étant donné que cela avait été mentionné par le guide à l'intention des candidats. Toutefois, on peut se demander si les lauréats ont nécessairement été surpris par l'absence d'épreuve écrite, lorsqu'ils ont reçu les résultats de la procédure de sélection. Cette question dépend de la manière dont un candidat raisonnablement informé pouvait interpréter le point 5, section 1, sixième alinéa, du guide à l'intention des candidats, lequel disposait que les candidats éligibles pouvaient être invités à passer des épreuves orale et écrite *le même jour* ou sur plusieurs jours de suite, *en fonction du nombre de candidats*.

81. Compte tenu de ce contexte factuel et du fait que la lettre invitant les candidats à passer l'épreuve orale ne faisait aucune mention d'une épreuve écrite, aurait-il réellement été déraisonnable pour les candidats de penser que l'administration avait fusionné les épreuves écrite et orale ? Ou que l'administration avait décidé de renoncer à l'épreuve écrite dans le cadre de la procédure, probablement parce que l'épreuve orale était suffisante pour permettre à l'administration d'évaluer l'adéquation des candidats comme agents contractuels à durée déterminée, et peut-être également parce que les candidats étaient peu nombreux ?

82. Au vu des motifs qui précèdent et contrairement à ce qu'affirme le Tribunal, je ne vois pas pourquoi les lauréats ne pouvaient pas avoir une confiance légitime dans le maintien des effets des décisions qui leur étaient favorables, en dépit de l'absence (illicite) d'épreuve écrite.

45 Voir, par exemple, arrêts du 18 mars 1993, Parlement/Frederiksen (C-35/92 P, EU:C:1993:104, point 16) ; du 9 novembre 2004, Montalto/Conseil (T-116/03, EU:T:2004:325, point 54), et du 25 septembre 2008, Strack/Commission (F-44/05, EU:F:2008:123, point 155).

46 Arrêt attaqué, point 56.

47 Il découle des faits de l'affaire, tels que présentés par le Tribunal, que la lettre invitant les candidats à passer l'épreuve orale ne contenait aucune référence à l'existence d'une épreuve écrite, tandis que la lettre informant les candidats (à tout le moins M. Galocha) du résultat de la procédure de sélection mentionnait aussi bien une épreuve orale qu'une épreuve écrite auxquelles M. Galocha avait prétendument pris part (voir arrêt attaqué, points 12 et 15).

83. J'ajouterai que, compte tenu des considérations qui précèdent et de la mise en balance à réaliser dans des affaires similaires, je ne suis pas certain de pouvoir souscrire au second argument du Tribunal, selon lequel la procédure « n'a[vait] qu'une dimension très limitée ». Je suis d'accord que la dimension, dans le sens de la portée et de la nature du concours, est pertinente aux fins d'une appréciation éventuelle des connaissances et des attentes légitimes qui en découlent [48]. Toutefois, je ne saurais souscrire à cet argument si ce dernier était invoqué pour affirmer que les attentes légitimes ont une « valeur moindre » et peuvent plus facilement s'effacer dans le cadre d'une mise en balance, lorsqu'elles ne concernent que deux individus plutôt que 200. La mise en balance des valeurs à réaliser est fondée sur la qualité des attentes et leur caractère digne de protection. Il ne s'agit pas de faire un simple exercice de comptage.

84. Par conséquent, rien ne s'opposant, en soi, à ce que les lauréats aient des attentes légitimes quant au fait que l'issue de la procédure de sélection ne sera pas modifiée à leur égard, l'équilibre à réaliser consiste à mettre en balance ces attentes légitimes avec d'autres intérêts, en ayant égard à la mesure réparatrice précise qui est sollicitée. Le résultat de cette mise en balance diffère, selon moi, en ce qui concerne les listes de réserve (ii) et les décisions de recrutement (iii).

85. D'un côté, s'agissant des *listes de réserve* (ii), la solution retenue par le Tribunal n'est peut-être pas la seule solution envisageable, mais elle relève du domaine du concevable.

86. Premièrement, les candidats figurant sur les listes de réserve ont des attentes légitimes plus faibles que celles des candidats retenus pour un poste. Cette question a été évoquée par le Tribunal : « l'inscription de lauréats de concours généraux sur les listes d'aptitude dressées à l'issue des opérations de sélection n'emporte […] au profit des intéressés qu'une simple vocation à être nommés fonctionnaires stagiaires» [49]. Selon cet arrêt, les candidats figurant sur une liste de réserve n'ont aucun droit à être nommés, même si, en l'espèce, la liste de réserve concernait des contrats à durée déterminée. Ces candidats ne peuvent avoir d'attentes légitimes qu'en ce qui concerne le fait que leur candidature sera dûment prise en compte en cas de nécessité de pourvoir un poste vacant.

87. Deuxièmement, par sa nature, l'annulation d'une liste de réserve est essentiellement prospective par ses effets pratiques, bien qu'elle soit rétroactive par ses effets juridiques. D'une part, l'administration doit recommencer la procédure de sélection et établir une nouvelle liste de réserve si elle souhaite encore pourvoir un poste vacant. Toutefois, il s'agit là du prix à payer pour l'irrégularité commise dans la procédure de concours, laquelle ne peut être réparée autrement. Ainsi, l'intérêt du service peut difficilement être considéré comme un argument valable pour s'opposer à l'annulation d'une liste de réserve. D'autre part, les lauréats qui ont été sélectionnés sur la base de la liste de réserve et qui ont été nommés avant l'annulation éventuelle de celle-ci seront protégés individuellement, mais sur une base différente : ils auraient non seulement déjà des attentes légitimes, mais également des droits acquis du fait d'avoir été nommés.

88. Troisièmement, vus sous cet angle, les intérêts du requérant (candidat non sélectionné) atteignent un niveau similaire à ceux des lauréats toujours inscrits sur la liste de réserve, pour l'avenir, mais qui n'ont pas été engagés. Les candidats non sélectionnés peuvent en effet s'attendre à ce que l'administration recommence la procédure dans le plein respect du droit, de sorte qu'ils disposent à nouveau d'une chance d'être sélectionnés. Les candidats qui se trouvaient sur la liste, désormais annulée, disposent toutefois d'une chance identique à l'avenir. En d'autres termes, des nouvelles cartes sont distribuées et une nouvelle partie est jouée à laquelle toute le monde peut à nouveau participer.

48 Voir points 48 à 50 et 61 des présentes conclusions.

49 Voir, par exemple, arrêt du 11 juillet 2007, Centeno Mediavilla e.a./Commission (T-58/05, EU:T:2007:218, point 52). Voir également l'arrêt du Tribunal de la fonction publique du 13 septembre 2011, AA/Commission (F-101/09, EU:F:2011:133, point 44).

89. Compte tenu de ces motifs supplémentaires et des circonstances de l'espèce, la décision du Tribunal d'annuler les listes de réserve n'apparaît pas comme une sanction excessive violant le principe de proportionnalité.

90. En revanche, la situation est selon moi différente en ce qui concerne les *décisions de recrutement* (iii). L'annulation de ces décisions constitue une sanction excessive pour au moins trois motifs.

91. Premièrement, il semble assez clair que les personnes nommées ont non seulement développé des attentes légitimes, mais ont atteint un niveau beaucoup plus avancé en termes de sécurité juridique : ils ont acquis des droits sous la forme de contrats (à durée déterminée) signés et contraignants. De tels droits, qui ont naturellement également une incidence notable au niveau personnel, ont, par définition, un poids plus important dans le cadre de l'exercice de mise en balance.

92. Deuxièmement, nonobstant ces droits au poids (certes) important, il convient de relever, à l'instar de la requérante au pourvoi, qu'il n'est pas tout à fait clair de quelle manière précise l'annulation des décisions de recrutement servirait les intérêts du requérant dans la procédure de sélection. En effet, les postes en cause sont des postes d'agents contractuels à durée déterminée, pour lesquels la période de travail convenue a déjà été accomplie, de sorte qu'un requérant ne pourrait pas s'attendre à occuper l'un de ces postes. Une telle annulation pourrait donc difficilement contribuer à rétablir les droits du candidat lésé. En outre, la nature de l'illégalité commise par F4E n'était pas à ce point grave que la nécessité de rétablir la légalité objective (ou, selon le point de vue, la nécessité de « sanctionner » l'administration) prime sur toutes les autres considérations.

93. Troisièmement, s'agissant d'un aspect plus accessoire bien que pertinent, une telle annulation ex tunc de toute base juridique pour le recrutement (et pour les contrats à durée déterminée) aurait des conséquences pratiques douteuses aussi bien pour les candidats recrutés que pour l'administration. Étant donné qu'une annulation produit des effets rétroactifs, toutes les mesures subséquentes concernant les candidats recrutés doivent être considérées comme nulles. Qu'adviendrait-il des salaires, des prestations sociales, des impôts, ainsi que des éventuels décisions/actes administratifs adoptés par ces candidats recrutés en leur qualité d'agents contractuels de F4E ? S'agissant, par exemple, des salaires, l'ensemble des sommes versées à ces candidats par F4E devraient-elles être considérées comme ayant donné lieu à un enrichissement sans cause (des versements perçus sans base juridique valable) ? À supposer que toutes ces questions ne soient pas réglées à l'amiable, en toute discrétion, chaque partie privée devrait-elle alors assigner l'autre en justice ?

94. Il semble donc évident que, s'agissant des décisions de recrutement en cause dans la présente affaire, l'« intérêt » à la légalité et les intérêts du requérant dans une telle procédure de sélection ne peuvent manifestement pas primer sur les intérêts des candidats recrutés. Il s'ensuit que l'annulation des décisions de recrutement par le Tribunal constituait une sanction excessive. Par conséquent, il convient d'annuler le point 3 du dispositif de l'arrêt attaqué.

95. Deux remarques finales s'imposent.

96. Premièrement, il convient de souligner qu'une telle mise en balance au regard des mesures réparatrices appropriées dépend toujours du cas d'espèce. Dans la présente affaire, rien ne permet de croire que la faute commise par l'administration était intentionnelle ou habituelle. De plus, une autre solution, également en ce qui concerne la mise en balance des intérêts relative aux décisions de recrutement, pourrait potentiellement s'imposer si une quelconque mauvaise foi de l'administration était établie. Une telle situation pourrait notamment inclure le fait pour l'administration d'avoir hâtivement et intentionnellement nommé des candidats figurant sur les listes de réserve, avant qu'un contrôle juridictionnel n'ait lieu, sachant que ces nominations ne seront jamais remises en cause. Tout éventuel scénario de ce type pourrait bien entendu faire pencher la balance des intérêts dans un autre sens. Rien ne permet toutefois de penser que tel est le cas en l'espèce.

97. Deuxièmement, lorsqu'un candidat *a effectivement* des attentes légitimes, il devrait pouvoir obtenir une indemnisation s'il le souhaite. Il en va ainsi même si la mise en balance des intérêts conduit à l'annulation des listes de réserve, comme dans le cas d'espèce [50].

D. Dépens

98. Aux termes de l'article 138, paragraphe 1, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. Selon le paragraphe 3 dudit article, les parties supportent leurs propres dépens si elles succombent respectivement sur un ou plusieurs chefs

99. En l'espèce, il n'a été fait droit que partiellement au pourvoi de la requérante au sens de l'article 138, paragraphe 1, du règlement de procédure. Par conséquent, conformément à l'article 138, paragraphe 3, du règlement de procédure, la requérante au pourvoi est tenue de supporter ses propres dépens.

IV. Conclusion

100. Au vu des considérations qui précèdent, je propose à la Cour :

– d'annuler l'arrêt du Tribunal du 25 janvier 2018, Galocha/Entreprise commune Fusion for Energy (T-561/16, EU:T:2018:29) dans la mesure où il annule les décisions de l'entreprise commune européenne pour ITER et le développement de l'énergie de fusion d'engager des lauréats figurant sur les listes de réserve de la procédure de sélection F4E/CA/ST/FGIV/2015/001 ;

– de condamner l'entreprise commune européenne pour ITER et le développement de l'énergie de fusion à supporter ses propres dépens.

50 Voir, par exemple, concernant la perte d'une chance d'être recruté, arrêt du 21 février 2008, Commission/Girardot (C-348/06 P, EU:C:2008:107, point 55).