Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 19. marts 1975.

A. Van Houtte
Justitssekretær

Mackenzie Stuart
Formand for anden afdeling

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT H. MAYRAS FREMSAT DEN 25. FEBRUAR 1975 [1]

Høje Ret.
Faktum

Van Reenen blev den 1. marts 1961 ansat af Kommissionen ved Euratom i lønklasse B 2 og steg den 1. november 1963 til lønklasse B 1.

I oktober det følgende år blev han i afdelingen i Petten pålagt funktionen som chef for kontoret for lokale sager. Fra 1. juli 1969 blev han chef for kontoret »Intern administration og personalesager« under afdelingen »Administration og personale«.

Lederen af denne afdeling – på daværende tidspunkt Van Westen – var selv fastansat i lønklasse A 4.

Nogle måneder senere, i februar 1970, blev sidstnævnte forfremmet til leder af afdelingen »Administration, økonomi og almindelig teknisk tjeneste«. Der indtrådte ikke nogen anden tjenestemand i kategori A i hans tidligere stilling.

Dette medførte, at hans tidligere opgaver fra dette tidspunkt i et vist omfang faktisk blev bestridt af Van Reenen, i øvrigt med dennes samtykke.

Til trods herfor blev det ikke officielt pålagt ham midlertidigt at gøre tjeneste i sin tidligere chefs stilling, da en tjenestemand i henhold til vedtægtens artikel 7 ikke kan gøre midlertidig tjeneste i en stilling i en højere kategori end den, han selv er placeret i.

Dette var netop tilfældet i den foreliggende sag: sagsøgeren var indplaceret i kategori B; han kunne ikke lovligt gøre midlertidig tjeneste i en stilling i kategori A.

Da denne situation var vedvarende – den fortsatte under alle omstændigheder, indtil nærværende sag blev anlagt – mente sagsøgeren imidlertid, at han var berettiget til at blive udnævnt til kategori A, både under henvisning til niveauet af det arbejde, han faktisk har udført, og til hans akademiske titler.

Allerede i 1962 og på ny i 1963 fremsendte han en ansøgning herom til generaldirektøren for Administration og personale. Hans ansøgninger blev afvist.

I april 1966 fremsendte sagsøgeren på ny sin ansøgning om udnævnelse til kategori A til lederen af afdelingen i Petten. Han erklærede sig rede til om absolut nødvendigt at deltage i en intern udvælgelsesprøve.

Det står imidlertid fast, at en tjenestemands overgang til en stillingsgruppe i en højere kategori i medfør af vedtægtens

1 – Oversat fra transk.

artikel 45, stk. 2 kun kan finde sted, såfremt en udvælgelsesprøve med henblik på stillingsbesættelser i denne kategori er bestået.

Sagsøgeren, der altså fortsatte med at udføre arbejde i kategori A, ventede adskillige år, før han meldte sig til 2 interne udvælgelsesprøver, der var iværksat med henblik på besættelse af stillinger i kategori A.

Han indstillede sig således til udvælgelsesprøven KOM/A/264, der blev åbnet i november 1971, dernæst til udvælgelsesprøven KOM/576/70, der vedrørte en stilling som fuldmægtig i lønklasse A 7/A 6 ved Det fælles Forskningscenter i Ispra.

Desværre fik Van Reenen ikke adgang til at deltage i de mundtlige prøver i den første udvælgelsesprøve. Udvælgelseskomiteen for den anden udvælgelsesprøve afslog derudover at optage ham på listen over egnede ansøgere, da man mente, at hans kundskabsniveau var utilstrækkeligt.

Til trods for disse nederlag anså sagsøgeren sig dog ikke for slået; den 4. oktober 1972 ansøgte han på ny om udnævnelse i kategori A.

I begyndelsen blev der ikke svaret på denne ansøgning, og først efter en administrativ klage, som jeg straks skal komme tilbage til, modtog han, knapt et år senere, den 10. september 1973, et udtrykkeligt afslag fra Kommissionen.

Den 14. december s.å. indgav Van Reenen en klage til Domstolen, idet han forlangte 2 krav opfyldt:

— for det første annullation af beslutningen om afslag og følgelig, at Domstolen statuerer, at han har krav på oprykning til kategori A.
— for det andet at Kommissionen dømmes til at erstatte ham den økonomiske og ideelle skade, han har lidt ved, at sagsøgte har forsømt at drage omsorg for hans indplacering i kategori A i hvert fald for tiden efter 1. februar 1970.

Han har herved påberåbt sig, at der foreligger en tjenstlig fejl. Hans argumentation går altså ud på, at Fællesskabet har pådraget sig ansvar uden for kontraktsforhold som følge af en ulovlig handling eller undladelse. Uden at gøre tabet op, har han i sin påstand begrænset sig til at kræve en foreløbig godtgørelse på 200 000 BF.

Formaliteten

I denne sag har Kommissionen allerførst rejst en formalitetsindsigelse støttet på bestemmelserne i tjenestemandsvedtægtens artikler 90 og 91, der blev indført ved forordning nr. 1473/72 og gælder for ansøgninger og klager, som fremsættes efter 10. juni s.å.

Sagsøgerens oprindelige ansøgning af 4. oktober 1972 blev stiltiende afvist af sagsøgte, idet administrationen ikke afgav svar inden for den 4 måneders frist, der løber fra ansøgningens forelæggelse.

Denne frist udløb altså ved midnat den 5. februar 1973.

Mod denne stiltiende afvisning skulle sagsøgeren i hendhold til den nye artikel 90 i vedtægten inden for en frist på 3 måneder, der begyndte at løbe den 6. februar 1973, indgive en klage til ansættelsesmyndigheden.

Klagen skulle altså have været indgivet senest den 6. maj.

Ganske vist udfærdigede sagsøgeren en klage, men efter hans egne angivelser blev den først overgivet til hans direkte overordnede den 9. maj 1973, altså 3 dage efter, at fristen i artikel 90 var udløbet.

Jeg skal ikke komme ind på, hvad der egentlig er foregået mellem parterne vedrørende denne faktiske eller mulige overgivelse på nævnte nøjagtige dato.

Efter min mening medfører den komplicerede og formalistiske ordning, der efter

artikel 90 i vedtægten gælder for de forudgående administrative klager, og den afvisning af retssagen, som i medfør af artikel 91 bliver følgen af, at nævnte udenretlige procedure ikke iagttages, i sidste instans ikke andet, end at afgørelsen af tvister vedrørende Fællesskabets offentlige tjeneste forsinkes.

Hvad enten man lægger den metode til grund, hvorefter beregningen af fristen sker fra den dato, hvor klagen afleveres af tjenestemanden, eller den metode, hvorefter kun den dato, hvor ansættelsesmyndigheden modtager først ansøgningen og dernæst klagen, er der, som Kommissionens repræsentant i øvrigt klart har vist, ingen tvivl om, at sagsøgerens krav i denne sag må betragtes som prækluderet, og at hans søgsmål efter en strikt processuel betragtning må afvises.

Denne løsning vil jeg imidlertid ikke foreslå Dem at anvende. Jeg mener, at det er mere i overensstemmelse med god retsudøvelse at gennemgå sagens realitet.

Idet denne gennemgang har overbevist mig om, at søgsmålet savner fornødent grundlag, skal jeg anmode Dem om ikke at standse ved formaliteten men at tage udtømmende stilling til tvisten.

Har Kommissionens repræsentant her i denne sal i øvrigt ikke også erklæret at ville henskyde spørgsmålet om, hvorvidt sagen kan tages under realitetsbehandling, til Domstolens skøn?

Drøftelse af realiteten

Det forekommer mig overflødigt at henlede Deres opmærksomhed på det første anbringende, der er gjort gældende i sagen. Dette anbringende støttes på, at den anfægtede beslutning ikke skulle være begrundet.

To fortolkninger er strengt taget mulige:

— Hvis sagsøgeren sigter til den stiltiende beslutning, der følger af den tavshed, som administrationen allerførst indtog over for hans oprindelige ansøgning, er det klart, at et sådant anbringende savner enhver mening. Kendetegnet for en stiltiende beslutning om afvisning er jo netop, at den ikke er begrundet. Men jeg vil med det samme bemærke, at klagens påstand ikke indeholder noget punkt om annullation af denne stiltiende beslutning.

— Hvis det, som jeg tror, skal forstås således, at sagsøgeren klager over Kommissionens udtrykkelige beslutning af 10. september 1973, er det tilstrækkeligt på ny at læse denne beslutning for at kunne påvise, at den er begrundet, eftersom Kommissionen klart anvendte den ganske utvetydige artikel 45, stk. 2 i vedtægten, da den meddelte sagsøgeren, at det uheldige udfald af udvælgelsesprøverne gjorde det umuligt at udnævne ham til kategori A.

Dette anerkender han også selv i replikken, eftersom han indrømmer, at han ikke var uvidende om, at han ikke kunne udnævnes til den ledige stilling efter udvælgelsesprøven KOM/576/70, da han ikke havde det kendskab til italiensk lovgivning, der krævedes for besættelsen af en stilling som fuldmægtig i Ispra.

For det første er det således klart, at den anfægtede beslutning ikke savnede begrundelse; jeg vil endog tilføje, at denne begrundelse var korrekt og lovmæssig. For det andet kan det af sagsøgerens samtykke sluttes, at han har givet afkald på det anbringende, som han har fremsat i sin klage til Domstolen.

Men i replikken har han for første gang fremført et anbringende, som man næppe kan tillægge nogen retlig værdi; han har nemlig anført, at beslutningen af 10. september 1973 må betragtes som »ikke eksisterende«, fordi Kommissionen overhovedet ikke besvarede visse betragtninger og argumenter, som han havde fremført i sin oprindelige ansøgning fra 1972.

Men det er næppe nødvendigt at minde om, at begrebet, en forvaltningsakts manglende eksistens, forudsat at dette begreb overhovedet accepteres i dag, — under alle omstændigheder — må begrænses til akter, der er behæftet med en åbenbar og grov ulovlighed, f.eks. absolut inkompetence.

Det kan i hvert fald ikke med rimelighed påberåbes imod en beslutning, hvis lovlighed ganske vist er bestridt, men hvor det er sket ved anbringender, hvori der ikke sættes spørgsmålstegn ved selve dens eksistens som retsakt.

For det andet er det min opfattelse, at sagsøgerens argumentation er blottet for relevans i det omfang, han klager over, at Kommissionen ikke i sit svar af 10. september 1973 har svaret minutiøst og i detaljer på enhver betragtning, som han har anført i sin ansøgning.

Det står fast, at formålet med hans ansøgning var at blive udnævnt til kategori A. Dette har Kommissionen svaret på, med et afslag ganske vist, men svaret har den.

Den har som nævnt begrundet dette afslag, men den var sandelig ikke forpligtet til punkt for punkt at svare på sagsøgerens indvendinger og argumenter. For ham er afslaget på ansøgningen en beslutning. At bestride dennes lovlighed er hans ret, men at hævde, at den ikke eksisterer, forekommer mig ikke seriøst.

Det bør i øvrigt understreges, at en stiltiende beslutning som følge af administrationens tavshed over for en forelagt ansøgning netop i tjenestemandsforhold meget vel kan gøres til genstand for klage og eventuelt kan annulleres, men den kan virkelig ikke betragtes som ikke eksisterende.

Jeg vil i øvrigt tilføje, at sagsøgeren ikke har nedlagt påstand for Domstolen om annullation af den stiltiende afvisning, der lå i det manglende svar på hans ansøgning i 1972. Den stiltiende beslutning er altså blevet endelig og kan derfor ikke anfægtes.

Til slut er der kun det spørgsmål tilbage i sagen, hvorvidt Van Reenen kan kræve at blive udnævnt direkte og uden udnævnelsesprøve til kategori A.

Men De har allerede løst spørgsmål af denne art ved adskillige lejligheder. På dette punkt er Deres praksis fast etableret.

Som jeg havde lejlighed til at gøre rede for i sag nr. 28/72, Tontodonati (dom af 12. juli 1973, Sml. 1973, s. 779), må der sondres mellem 2 problemer:

— På den ene side har hver institution beføjelse til at organisere sine egne afdelinger, tilpasse disse til nye behov og til ændringer, der kan indtræffe i dens egne kompetencer samt træffe foranstaltninger under hensyn til den tekniske og forvaltningsmæssige udvikling. Denne interne organisationsbeføjelse medfører bl.a., at institutionen efter den til dette formål fastsatte procedure kan ændre visse stillingers indplacering, når de tilhørende arbejdsområder selv påvirkes af de ændringer, der er sket i den interne arbejdsfordeling.
— På den anden side opstår problemet om de subjektive rettigheder, som de ansatte har ifølge den for dem gældende vedtægt.

Denne vedtægt hjemler enhver tjenestemand en ubestridelig ret til at kræve, at det arbejde, der betros ham, svarer både til den stilling, han lovligt beklæder, og til den lønklasse, hvori han befinder sig i hierakiet (Labeyrie, sag nr. 16/67, dom af 11. juli 1968, Recueil 1968, s. 445).

Det vigtigste formål med grundsætningen om, at stillingen og lønklassen skal svare til hinanden, er altså at sikre, at tjenestemændene behandles ens (Boursin, sag nr. 102/63, dom af 17. december 1964, Recueil 1964, s. 1379).

Men selv om en tjenestemand gennem en længere periode udøver funktioner,

der svarer til en stilling i en højere kategori, medfører dette forhold ikke, at han har en ubetinget ret til at blive udnævnt til denne kategori.

Vedtægtens artikel 45, stk. 2 gør nemlig udtrykkelig oprykning til en højere kategori betinget af en udvælgelsesprøve.

Dette er i øvrigt netop, hvad sagsøgeren fuldt ud har anerkendt, eftersom han 2 gange via interne udvælgelsesprøver har forsøgt at blive udnævnt i en lønklasse i kategori A. Det er ganske vist særdeles beklageligt, at disse ikke fik et heldigt udfald for ham. Men hvor ubehagelig fremgangsmåden med en udvælgelsesprøve end kan være, og hvilket chancemoment den end indeholder, er den dog i mange nationale forvaltninger og, må vi konstatere, i hvert fald i Fællesskabets administration det grundlag for udvælgelse, der uden tvivl er mindst dubiøst og i sidste instans mest upartisk.

Som De har anført i dommen af 13. juli 1973: »Selv om administrationen ikke kan kræve af en tjenestemand, at han udfører opgaver på et højere niveau end det, der svarer til hans lønklasse, kan hans accept af at udføre dem ikke give ham krav på at blive omplaceret«.

Jeg opfordrer Dem altså til at bekræfte denne løsning, som medfører, at den gældende vedtægt anvendes på en nøjagtig og i øvrigt nødvendig måde.

Så mangler jeg imidlertid endnu at afskære den påstand, der — i øvrigt subsidiært — blev nedlagt i replikken.

Sagsøgeren har nemlig anmodet Dem om at pålægge Kommissionen i hans interesse at iværksætte en særlig udvælgelsesprøve, som den på en eller anden måde skulle have sig forpligtet til ved at offentliggøre meddelelsen om den ledige stilling KOM/534/73.

Her drejer det sig ikke om et nyt anbringende men reelt om en ny påstand, der klart er fremsat for sent, hvorfor den må afvises.

Den falder dog under alle omstændigheder til jorden, når man sammenholder med den praksis, der fremgår af dommen i sagen Morina (sag nr. 11/65, Recueil 1965, s. 1260), hvori det hedder: »Det tilkommer udelukkende ansættelsesmyndigheden at vurdere, hvorvidt det vil være hensigtsmæssigt at afholde en udvælgelsesprøve. Under disse omstændigheder kan Domstolen ikke træffe bestemmelse om, at en udvælgelsesprøve skal påbegyndes eller gentages, uden at den administrative myndigheds enekompetence krænkes«.

Hvad endelig angår det i klageskriftets påstand indeholdte erstatningskrav, skal jeg ikke bruge megen tid herpå.

Dette krav støttes som nævnt på, at Kommissionen skulle have begået en tjenstlig fejl ved at afvise eller forsømme at sørge for sagsøgerens omplacering til kategori A fra 1. februar 1970.

Forud for dette erstatningskrav, der først blev fremsat under retssagen, er der hverken blevet indgivet nogen ansøgning eller nogen administrativ klage. Ifølge Kommissionen skal kravet afvises i medfør af vedtægtens artikler 90 og 91. Jeg er tilbøjelig til at mene det samme. Men jeg vil ikke for mit vedkommende blive stående ved en afvisning.

Thi jeg mener, at den påberåbte tjenstlige fejl kun synes at bero på det forhold, som sagsøgeren har klaget over, at Kommissionen ulovligt skulle have undladt at træffe beslutning om hans direkte omplacering uden udvælgelsesprøve. En sådan omplacering kan jo som nævnt i medfør af vedtægtens artikel 45, stk. 2 ikke lovligt finde sted, før en udvælgelsesprøve er afholdt.

Heraf fremgår ikke blot, at administrationen overhovedet ikke var forpligtet til direkte og uden udvælgelsesprøve at foretage en omplacering af sagsøgeren, men også, at den, hvis sagsøgerens krav var blevet accepteret, ville have truffet en ulovlig beslutning, som ville kunne anfægtes

af andre tjenestemænd og især sådanne, som havde evner til at indtage den stilling i kategori A, som Van Reenen ville blive udnævnt til.

Kommissionens afslag over for Van Reenen kan altså ikke pådrage den ansvar.

Dette gælder, selv om sagsøgeren endvidere har støttet sig på, at Kommissionen ikke har iværksat nogen særlig udvælgelsesprøve, eftersom der som nævnt ifølge Domstolens praksis ikke påhviler administrationen nogen pligt på dette område til at iværksætte en sådan udvælgelsesprøve, idet det tilkommer administrationen alene at skønne over det hensigtsmæssige heri.

Under disse omstændigheder synes det mig formålsløst at komme ind på, hvorvidt det påberåbte tab faktisk er lidt, eftersom selve ansvarsgrundlaget mangler.

Jeg skal derfor foreslå følgende afgørelse:

— sagsøgte frifindes;

— i medfør af procesreglementets artikel 70 bærer hver part sine egne omkostninger.