CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. DARMON van 2 juli 1986 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Deze zaak is het vervolg op zaak 257/83 (arrest van 16 oktober 1984, Williams, Jurispr. 1984, blz. 3547), waarin het Hof op het beroep van C. Williams het besluit van 24 maart 1983 nietigverklaarde, houdende aanstelling van Schwiering op grond van een intern vergelijkend onderzoek tot ambtenaar op proef in de rang A 5. Schwiering, verzoeker in de onderhavige zaak, heeft in dat geding niet geïntervenieerd.

Schwiering, kabinetsmedewerker van de heer Leicht, het Duitse lid van de Rekenkamer sinds 1 december 1977, had in 1982 aan dit interne vergelijkend onderzoek deelgenomen en was als eerste op de door de jury vastgestelde lijst van geschikt bevonden kandidaten geplaatst. Op 1 april 1983 werd hij aangesteld tot ambtenaar op proef in de rang A 5 op een post van hoofdadministrateur, en vervolgens per 1 januari 1984 tot ambtenaar in vaste dienst. In het arrest in zaak 257/83 oordeelde het Hof, dat dit aanstellingsbesluit moest „worden geacht nooit te zijn genomen" (r. o. 24).

Ter uitvoering van dit arrest heeft de Rekenkamer de volgende twee maatregelen genomen:

— op 18 oktober 1984 stelde zij Williams, tweede op de lijst van geschikt bevonden kandidaten, aan als hoofdadministrateur op de post die Schwiering niet meer mocht bezetten;

— op 24 oktober 1984 gaf zij Schwiering kennis van de nietigverklaring met ingang van 16 oktober 1984 van het besluit van zijn aanstelling tot ambtenaar, en bood hem met ingang van die datum een contract aan als tijdelijk functionaris in de rang A 7, derde salaristrap. Bovendien was besloten, dat krachtens artikel 85 Ambtenarenstatuut de negatieve financiële gevolgen van de bijzondere administratieve positie van betrokkene zouden ingaan op de eerste dag van de maand volgend op die van de kennisgeving, te weten op 1 november 1984.

In een aan verweerster gerichte brief van 25 oktober 1984 stelde Schwiering, niet verantwoordelijk te zijn voor de ten gevolge van genoemd arrest ontstane situatie en het aangeboden tijdelijke contract enkel te aanvaarden onder de uitdrukkelijke voorwaarde, dat het kon worden verlengd zolang nog geen definitieve oplossing was gevonden voor zijn positie (met name wat betreft de inkomensdaling). Ik wijs erop, dat het tijdelijke contract telkens is verlengd.

Op 19 december 1984 deed verzoekers raadsman de Rekenkamer een compromisvoorstel. Op grond van het uitgangspunt, dat „door de nietigverklaring met terugwerkende kracht van Schwierings aanstelling automatisch ook de stilzwijgende beëindiging van zijn [eerdere] contract als tijdelijk

* Vertaald uit het Frans.

functionaris nietig [was] geworden", dat dus weer zou herleven, stelde hij voor, verzoeker vanaf 1 april 1983 en tot een „nader overeen te komen datum" het salaris te betalen conform het „op 1 april 1983 geldende" oude contract. Op de afgesproken datum zou dan het oude contract worden vervangen door een contract voor een vaste post in de rang A 5 of in de rang A 7/A 6, met, in het laatste geval, toekenning van een overbruggingstoelage, wat in overeenstemming zou zijn met de rechtspraak van het Hof in ambtenarenzaken. Voorts zou „de Rekenkamer Schwiering de mogelijkheid moeten bieden, deel te nemen aan een intern vergelijkend onderzoek ter definitieve voorziening in de post die hem [conform zijn kwalificaties] was toegewezen". In geval een akkoord zou worden bereikt, zou Schwiering afzien van rechtsmaatregelen. In die brief behield Schwiering zich tevens het recht voor, een vergoeding te vorderen voor eventuele schade die uit „de rechtsgevolgen van zijn aanstellingscontract van 15 december 1977, zoals gewijzigd in 1979, en de nietigverklaring van zijn aanstelling in vaste dienst" zou voortvloeien.

Op 16 januari 1985 verzocht Schwiering het tot aanstelling bevoegde gezag, de brief van zijn raadsman als een klacht in de zin van artikel 90, lid 2, Ambtenarenstatuut te beschouwen.

Bij brief van 15 februari 1985 heeft de president van de Rekenkamer hem van dit verzoek akte verleend, maar tevens de klacht afgewezen. In die brief stond, dat alle kabinetsmedewerkers van een lid van de Rekenkamer, wier tijdelijk contract niet, zoals dat van Schwiering, een clausule bevatte dat het contract afliep bij het verstrijken van het mandaat van het lid, een brief hadden gekregen waarin hun was meegedeeld dat hun contract „van rechtswege zou aflopen bij het verstrijken van het mandaat van het betrokken lid, indien dit niet zou worden verlengd"; verder werd gezegd, dat de zorgplicht te zijnen aanzien volledig was nagekomen, aangezien hij in de gunstigste positie was gebracht die statutair mogelijk was.

2. In het op 14 mei 1985 ingestelde beroep concludeert Schwiering:

primair:

— tot nietigverklaring van het besluit van de president van de Rekenkamer van 15 februari 1985 tot afwijzing van zijn klacht, alsmede van diens besluiten van 24 oktober 1984;

— tot veroordeling van de Rekenkamer, hem te herstellen in de loopbaan waarin hij zich bevond vóór het arrest van 16 oktober 1984;

subsidiair:

tot nietigverklaring van de werkzaamheden van het voornoemde interne vergelijkende onderzoek en tot toekenning van een overbruggingstoelage voor het geval dat hij zou worden aangesteld in een lagere rang en salaristrap dan die welke hij op 16 oktober 1984 bezat;

meer subsidiair:

tot toekenning van een schadevergoeding „gelijk aan een billijk deel van de bezoldiging die hij tot aan het bereiken van de 65-jarige leeftijd als hoofdadministrateur van rang A 5 op grond van zijn rechtspositie vóór 16 oktober 1984 zou hebben ontvangen".

3. Dit beroep, dat in grote trekken aansluit bij het gestelde in de brief van verzoekers raadsman van 19 december 1984, steunt, wat de primaire vordering betreft, in hoofdzaak op de volgende middelen.

Ondanks al zijn inspanningen zou het tot aanstelling bevoegd gezag ten aanzien van verzoeker niet alle maatregelen hebben ge-

troffen die het uit hoofde van zijn zorgplicht behoorde te nemen jegens een personeelslid dat buiten zijn schuld door een administratieve handeling schade heeft geleden. Conform de in de meeste Lid-Staten voor de openbare dienst geldende regels zou toepassing moeten worden gegeven aan het beginsel, dat onregelmatige administratieve handelingen geen invloed mogen hebben op de loopbaan van de betrokken ambtenaren. Verzoeker, die sinds 1 januari 1984 ambtenaar van de Europese Gemeenschappen was, zou recht hebben op behoud van deze rechtspositie, ook nadat het Hof de consequenties had getrokken uit de onregelmatigheid van zijn aanstelling.

De rechtspraak van het Hof, volgens welke een ambtenaar bij nietigverklaring van een bevordering in zijn vroegere rechtspositie moet worden hersteld, zou analoog moeten worden toegepast. Op grond van het rechtszekerheidsbeginsel had verzoeker derhalve weer in zijn positie van tijdelijk functionaris in de rang A 4, waaraan enkel stilzwijgend een einde was gekomen, moeten worden gebracht met behoud van de daaraan verbonden bezoldiging, ten einde — in verband met de zorgplicht — alle financiële schade te voorkomen.

Zijn verzoek om toekenning van een overbruggingstoelage berust op dezelfde gronden.

Wat de subsidiaire vorderingen betreft, stelt verzoeker inzonderheid, dat Williams en de andere kandidaten niet méér aan de toelatingsvoorwaarden voor het vergelijkend onderzoek voldeden dan hijzelf.

De vordering tot schadevergoeding ten slotte is vooral gebaseerd op het geleden inkomensverlies, de „psychische belasting" en de „dubieuze positie" ten opzichte van zijn collega's, die het gevolg zouden zijn van een situatie waarvoor de verantwoordelijkheid geheel bij de Rekenkamer ligt.

4. De Rekenkamer betwist de ontvankelijkheid van het beroep en concludeert subsidiair tot verwerping ervan.

Haars inziens is er nimmer een klacht in de zin van het Statuut geweest. Uit de brief van verzoekers raadsman, die verzoeker als klacht beschouwt, zou immers niet duidelijk blijken, wat het voorwerp van de klacht was en om welk bezwarend besluit het ging, en evenmin, welke maatregel nu precies van het tot aanstelling bevoegd gezag werd verlangd. Het antwoord van het tot aanstelling bevoegd gezag van 15 februari 1985 zou louter een informatief commentaar op sommige van verzoekers rechtsopvattingen zijn geweest. Het verzoek tot nietigverklaring zou derhalve niet-ontvankelijk zijn. De andere vorderingen zouden vóór het instellen van het onderhavige beroep hoegenaamd niet zijn gesteld en dus evenmin ontvankelijk zijn.

Wat de grond van de zaak betreft, is de Rekenkamer van mening, haar zorgplicht binnen de grenzen van het Statuut geheel te zijn nagekomen. Het contract van tijdelijk functionaris zou hoe dan ook zijn verstreken bij vertrek van de heer Leicht. Bovendien zou door de aanvaarding van het ambt van ambtenaar zijn tijdelijk contract stilzwijgend zijn geëindigd en derhalve niet meer kunnen herleven. Voortzetting van de loopbaan van ambtenaar in vaste dienst zou ingevolge het arrest van 16 oktober 1984 uitgesloten zijn. De Rekenkamer verwijst ten slotte naar 's Hofs uitspraak in de zaak Giuffrida (arrest van 29 september 1976, zaak 105/75, Jurispr. 1976, blz. 1395), waarin het besliste dat het houden van een vergelijkend onderzoek „uitsluitend om de onregelmatigheid van de administratieve positie van een bepaalde ambtenaar op te heffen", misbruik van bevoegdheid opleverde.

De subsidiaire vorderingen zouden ongegrond zijn, omdat verzoeker de gunstigst mogelijke behandeling heeft genoten en verweerster generlei fout kan worden verweten. De Rekenkamer stelt dienaangaande, dat verzoeker had moeten weten dat de beoordeling van zijn beroepservaring voor de toelating tot het vergelijkend onderzoek van doorslaggevende betekenis zou zijn en dat de bewijsstukken die hij ter zake kon overleggen, aanleiding tot moeilijkheden konden geven.

Op grond dat de haar opgekomen kosten door verzoeker nodeloos zouden zijn veroorzaakt, concludeert de Rekenkamer ten slotte tot verwijzing van verzoeker in alle kosten.

Ik wijs erop dat Williams in deze zaak heeft geïntervenieerd ter ondersteuning van de conclusies van verweerster.

5. Wat de ontvankelijkheid betreft, refereer ik aan de vaste rechtspraak van het Hof, die onlangs nog eens is bevestigd in het arrest van 7 mei 1986 (zaak 52/85, Rihoux en anderen, Jurispr. 1986, blz. 1555). Het Hof is immers van oordeel dat

„artikel 91 Ambtenarenstatuut in beginsel tot doel heeft een minnelijke schikking van een geschil tussen ambtenaren en de administratie mogelijk te maken en te bevorderen. Daartoe is van belang, dat de administratie met de nodige nauwkeurigheid kennis kan nemen van de grieven of verlangens van de belanghebbende. Dit voorschrift beoogt evenwel niet de omvang van een eventueel beroep in rechte nauwkeurig en definitief af te bakenen, zolang de grond of het voorwerp van de klacht in dat stadium maar geen wijziging ondergaat (arresten van 1 juli 1976, zaak 58/75, Sergy, Jurispr. 1976, blz. 1139; 20 maart 1984, zaak 75/82, Razzouk en Beydoun, Jurispr. 1984, blz. 1509; en 23 januari 1986, zaak 173/84, Rasmussen, Jurispr. 1986, blz. 197)" (r. o. 12).

Er kan geen tijfel over bestaan dat verzoeker een klacht heeft ingediend, al had deze slechts de vorm van een brief van zijn raadsman, en dat deze als zodanig door het tot aanstelling bevoegd gezag is aanvaard; nadat het verzoeker akte had verleend van zijn verzoek om die brief als zodanig te beschouwen, gebruikte het immers herhaaldelijk de uitdrukking „uw klacht is afgewezen".

Het voorwerp van de klacht betrof verzoekers administratieve en financiële positie vanaf 1 april 1983. De primaire vorderingen zijn derhalve ontvankelijk. Het subsidiaire verzoek om nietigverklaring van het vergelijkend onderzoek daarentegen is in de klacht niet terug te vinden en dus niet-ontvankelijk.

Eveneens in de klacht vermeld, zij het ook maar summier, waren de subsidiaire en meer subsidiaire vorderingen om toekenning van een overbruggingstoelage en een schadevergoeding. Zij moeten derhalve ontvankelijk worden verklaard.

6. Het aldus beperkte beroep is mijns inziens niet gegrond. Wij hebben immers te maken met een situatie die is ontstaan door de nietigverklaring in rechte van een besluit, waarbij een tijdelijk functionaris tot ambtenaar was benoemd.

De verwijzing naar de rechtspraak van het Hof inzake onregelmatige bevorderingen van ambtenaren acht ik dan ook niet ter zake dienend. De gevraagde analoge toepassing zou erop neerkomen, dat het uitsluitend voor ambtenaren geldende artikel 47 Ambtenarenstatuut tot tijdelijke functionarissen werd uitgebreid. Welnu, ingevolge het arrest van 16 oktober 1984, waartegen verzoeker geen derdenverzet meer kan instellen, is hij nooit ambtenaar geweest. Het essentiële verschil tussen de regeling voor de

tijdelijke functionarissen, die op hem van toepassing was, en die voor de ambtenaren is de onzekere rechtspositie. Door op 1 april 1983 de aan het ambt van administrateur op proef verbonden werkzaamheden te aanvaarden, heeft verzoeker noodzakelijkerwijs zijn vroegere arbeidsovereenkomst beëindigd. De nietigverklaring van zijn aanstelling tot ambtenaar kon deze overeenkomst niet doen herleven. Zijn primaire vordering moet dan ook ongegrond worden verklaard.

Om dezelfde redenen moet ook zijn subsidiaire vordering tot toekenning van een overbruggingstoelage falen. Want verzoeker, die geacht moet worden nooit de hoedanigheid van ambtenaar te hebben gehad en die geen aanspraak kan maken op herplaatsing in zijn ambt van tijdelijk functionaris, kan generlei recht ontlenen aan de twee omstandigheden die hij tot staving van het verzoek dat hij ter zake heeft ingediend, aanvoert.

Ik wil er overigens op wijzen, dat de zorgplicht de statutaire verplichtingen niet opzij kan schuiven. Bovendien komt het mij voor, dat de Rekenkamer ruimschoots aan deze verplichting heeft voldaan door verzoeker een tijdelijke betrekking in de rang A 7/A 6 aan te bieden met behoud, tot 1 november 1984, van de bezoldiging die hij genoot op grond van de nietig verklaarde aanstelling.

7. Rest nog de meer subsidiaire vordering tot schadevergoeding. Zoals ik in mijn conclusie in de zaak Williams heb gezegd, was het tot aanstelling bevoegd gezag verplicht te verifiëren of Schwiering, die door de jury op de lijst van de geschikt bevonden kandidaten was geplaatst, „wel [voldeed] aan de voorwaarden inzake diploma's en ervaring, die dat gezag zelf [had] vastgesteld". Door dit niet te doen, heeft het een fout begaan waardoor Schwiering tot op zekere hoogte schade heeft geleden, aangezien hij onder de hierboven geschetste omstandigheden zijn tijdelijk contract heeft moeten beëindigen.

Toch mag niet uit het oog worden verloren, dat deze schade volledig is gecompenseerd door de maatregelen die de administratie juist op grond van haar zorgplicht ten gunste van betrokkene heeft genomen. Verzoekers tijdelijk contract is op 30 maart 1983 geëindigd. Alles wijst erop, dat dit contract normaal zou zijn voortgezet tot 17 oktober 1983, de datum waarop het mandaat van de heer Leicht verstreek. Nergens blijkt echter uit, dat het na aankomst van Leichts opvolger zou zijn verlengd. Niettemin is verzoeker, die van 1 april 1983 tot 1 november 1984 werd bezoldigd als ambtenaar in de rang A 5, toch weer aangesteld bij een nieuw tijdelijk contract, weliswaar met een minder hoog salaris, maar met een tewerkstellingsduur die de administratie statutair niet verplicht was toe te zeggen.

Mijns inziens kan Schwiering derhalve niet stellen, nog schade te lijden.

Ik concludeer derhalve tot verwerping van het beroep. Wat de kosten betreft, zie ik in de onderhavige feiten geen aanleiding om af te wijken van de gebruikelijke oplossing in dezen, te weten toepassing van artikel 69, paragraaf 2, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering, onder voorbehoud van artikel 70 van dat Reglement, en geef ik derhalve in overweging, verweerster in de kosten van het geding te verwijzen.