På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN (anden afdeling)

1. **Sagsøgte frifindes.**

2. **Hver part bærer sine omkostninger.**

Bahlmann Pescatore Due

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 17. november 1983.

Justitssekretæren efter bemyndigelse

H. A. Rühl

Ekspeditionssekretær

K. Bahlmann

Formand for anden afdeling

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT P. VERLOREN VAN THEMAAT FREMSAT DEN 20. OKTOBER 1983 [1]

Høje Domstol.

1. Indledning

I denne sag har sagsøgeren nedlagt påstand om annullation af den beslutning fra Domstolens præsident af 5. maj 1982, hvorved hendes prøvetid blev bragt til ophør, uden at hun blev udnævnt til fastansat tjenestemand, samt om fornødent annullation af den udtalelse ved prøvetidens udløb, som blev udfærdiget forud for denne beslutning og endelig annullation af beslutningen fra Domstolens præsident af 23. september 1982, hvorved sagsøgerens klage blev afvist.

Jeg skal straks her i begyndelsen af mit forslag til afgørelse henlede Domstolens opmærksomhed på disse datoer, da

1 — Oversat fra nederlandsk.

ansættelsesmyndigheden i sagens natur endnu ikke på daværende tidspunkt havde mulighed for at tage hensyn til Domstolens dom af 6. oktober 1982 i sag 206/81, Alvarez, som efter min opfattelse er af helt afgørende betydning for den foreliggende sag. Som det vil fremgå af det følgende, begik ansættelsesmyndigheden i den foreliggende sag den samme procedurefejl, som Domstolen i Alvarez-dommen antog var fornøden annullationsgrund.

Da Domstolen har opfordret sagsøgeren til under den mundtlige forhandling blandt andet at præcisere sine anbringender under hensyn til Domstolens praksis vedrørende det skøn, der tilkommer administrationen i forbindelse med udnævnelse af tjenestemænd til varig ansættelse og i forbindelse med beslutninger om at bringe en tjenestemands prøvetid til ophør, skal jeg imidlertid også tage stilling til indholdet af disse anbringender. Hermed vil jeg naturligvis også tage hensyn til det princip, som senest er kommet til udtryk i præmis 16 i Domstolens dom i sag 98/81, Munk (Sml. 1982, s. 1155), hvorefter »det tilkommer den kompetente administrative myndighed at udøve sit skøn med hensyn til tjenestemandens egnethed til varetagelse af de arbejdsopgaver, som overdrages ham, men ... Domstolen kan prøve, hvorvidt udøvelsen af skønnet har været behæftet med en åbenbar mangel«.

Jeg skal i denne forbindelse endvidere henvise til dommen i sag 175/80, Tither (Sml. 1981, s. 2359). Som det fremgår af denne dom, udelukkede anvendelsen af kriteriet »åbenbar mangel« på ingen måde Domstolen i at gå ind i en nærmere prøvelse af, om den pågældende institution i nævnte sag havde foretaget en tilbundsgående undersøgelse af begrundelsen for sagsøgerens fravær, hvilket Domstolen ikke fandt var tilfældet. Domstolen efterprøvede navnlig, om der var givet en »gyldig begrundelse« (»motif valable«) for afskedigelsen (jfr. dommens præmis 17).

Ud over disse domme skal jeg naturligvis også fremhæve det vigtige princip, som Domstolen har fastslået gyldigheden af blandt andet i dommen i sag 27/68, Renckens (Sml. 1969, s. 65; org.ref. Rec. s. 255), og hvorefter betingelsen i vedtægtens artikel 25 »er opfyldt, når de grunde, som vedkommende retsakt er baseret på, fremtræder på en klar og utvetydig måde«. Jeg skal om fornødent senere vende tilbage til de øvrige kriterier, der kan have betydning for Domstolens prøvelse af administrationens skøn.

2. De væsentligste faktiske omstændigheder

I det følgende skal jeg dog først anføre de faktiske omstændigheder, som jeg betragter som de væsentligste for sagens afgørelse.

Sagsøgeren, der var hjælpeansat ved Domstolens sprogtjeneste, indgav i 1981 ansøgning om deltagelse i den interne udvælgelsesprøve CJ 38/80, som blev afholdt med henblik på ansættelse af en kontormedhjælper ved direktoratet for dokumentation og bibliotek (biblioteksafdelingen). Ifølge meddelelsen om udvælgelsesprøven omfattede arbejdsopgaverne for tjenestemanden i den stilling, der skulle besættes, ud over den opgave at sætte bøger på plads, følgende funktioner: oprettelse af en årlig inventarliste over bibliotekets beholdning af bøger, betjening af fotokopieringsmaskinen samt medvirken ved udlån af bøger. Sagsøgeren blev placeret som nr. 1 på den egnethedsliste, der blev opstillet efter prøvens afholdelse, og ansat som tjenestemand på prøve med virkning fra 1. august 1981. Utvivlsomt fordi beslutningen om hendes ansættelse først blev truffet den 15. september 1981, tiltrådte hun først rent faktisk sin nye stilling ved Domstolen den 1. oktober 1981. Formelt

skulle hendes udtalelse ved prøvetidens udløb altså, under hensyn til det tidspunkt, da hun formelt tiltrådte stillingen, have været udfærdiget allerede den 31. januar 1982, men blev først udfærdiget den 24. marts 1982.

I udtalelsen fik sagsøgeren tildelt karakteren »utilfredsstillende« for fire forskellige punkter. For det første blev hendes »forståelse af arbejdsopgaverne« og »evne til at tilpasse sig tjenestens krav« bedømt som utilfredsstillende på grund af »fysisk uegnethed«.

For det andet blev hendes »ansvarsbevidsthed og indstilling til arbejdet« bedømt som utilfredsstillende på grund af »hyppigt fravær og beskeden interesse for arbejdet«.

For det tredje og for det fjerde blev hhv. »kvaliteten af det udførte arbejde« og »hurtigheden ved arbejdets udførelse« bedømt som utilfredsstillende med en bemærkning om, at det var en »følge af det hyppige fravær«.

I begrundelsen for anbefalingen om at afskedige sagsøgeren er i udtalelsen endvidere vedrørende de fire punkter, for hvilke sagsøgeren fik tildelt karakteren utilfredsstillende, anført følgende, som er relevant i denne forbindelse:

ad 1):

»Hendes daglige arbejde som biblioteksmedhjælper i magasinet er i første række at transportere bøger og sætte dem på plads, hvilket indebærer regelmæssig transport af bogvogne mellem etagerne og flytning af ofte tunge bind. På grund af den mængde bøger, der dagligt skal transporteres og sættes på plads, kræver arbejdet en vis fysisk styrke, som fru Tréfois efter min opfattelse ikke er i besiddelse af.

ad 2), 3) og 4):

»... fru Tréfois har imidlertid desværre gjort sig bemærket ved et hyppigt fravær på grund af familie eller sygdom« og (ad 2)) »Arbejdet svarer ikke helt til fru Tréfois' ønsker. Hun har givet udtryk for, at hun hellere vil være sekretær; deraf hendes beskedne interesse for arbejdet«.

Sammenfattende anfører bedømmeren, at han »på grund af hendes manglende interesse for sit arbejde, hendes manglende kontinuitet i arbejdet samt den omstændighed, at hun er fysisk uegnet til sit arbejde« ikke kan anbefale, at hun udnævnes til tjenestemand. Det tilføjes, at det ikke kan udelukkes, at fru Tréfois vil kunne udføre et tilfredsstillende arbejde i en anden stilling ved Domstolen, der er mindre bebyrdende, og som bedre stemmer overens med hendes interesser.

Udtalelsen ved prøvetidens udløb blev først meddelt sagsøgeren den 29. marts 1982, og hun tilføjede samme dag sine bemærkninger hertil, hvori hun tilbageviste de kritikpunkter, der var rettet mod hende. I sine bemærkninger anførte hun for det første (efter at have fastslået, at udtalelsen var udfærdiget på et for sent tidspunkt), at stillingsbeskrivelsen i meddelelsen om den ledige stilling og i meddelelsen om udvælgelsesprøven omfattede flere opgaver, end der i virkeligheden er knyttet til arbejdet som biblioteksmedhjælper i magasinet.

For det andet bestrider hun kritikpunktet om, at hun ikke har den nødvendige fysiske styrke og anfører vedrørende kriteriet om hendes fysiske egnethed til at udføre arbejdet, at bedømmeren ikke kan sætte sit eget skøn i stedet for den rådgivende læges.

Endvidere bestrider sagsøgeren, at hun på noget som helst tidspunkt skulle have beklaget sig over arbejdets karakter.

Endelig anfører sagsøgeren i bemærkningerne, at hun enten altid havde fået tilladelse af sin overordnede, når hun var

fraværende af familiemæssige grunde eller på grund af sygdom, eller hendes fravær (hvor der var tale om fravær på grund af sygdom) var dækket af en lægeerklæring, hvorfor det var uberettiget, at hendes overordnede nu bagefter påberåbte sig dette som begrundelse for sin anbefaling af, at hun blev afskediget.

Ved ansættelsesmyndighedens beslutning af 5. maj 1982 blev sagsøgerens prøvetid »bragt til ophør, uden at hun blev udnævnt til tjenestemand«. Juridisk set er der naturligvis her tale om en »afskedigelse« som omhandlet i vedtægtens artikel 34, stk. 2. De sociale grunde, som Domstolen senere under retsforhandlingerne har angivet som forklaring på at anvende en anden terminologi end vedtægtens, skal jeg senere komme tilbage til i forbindelse med min behandling af de fremførte anbringender. Som begrundelse for afskedigelsen angiver beslutningen følgende: »Der henvises til udtalelsen ved prøvetidens udløb ... Fru Tréfois har ikke udvist de fornødne kvalifikationer til at blive fastansat som tjenestemand«.

Den 3. juni 1982 indgav sagsøgeren i medfør af vedtægtens artikel 90, stk. 2, en klage over beslutningen om at afskedige hende, hvorefter Domstolens præsident den 5. juli 1982 udbad sig supplerende oplysninger fra chefen for den pågældende tjenestegren, såfremt denne skønnede det fornødent. Den nærmere ordlyd af den til chefen for den pågældende tjenestegren rettede anmodning, der er vedlagt stævningen som bilag 13, har en vis betydning for det anbringende, som sagsøgeren har fremført vedrørende dette stadium af den administrative sagsbehandling.

I sin klage rejste sagsøgeren krav om annullation af beslutningen om at afskedige hende og annullation af den udtalelse ved prøvetidens udløb, som dannede grundlag for denne beslutning. Vedrørende den fulde ordlyd af klagen skal jeg henvise til stævningens bilag 11. De vigtigste af sagsøgerens klagepunkter er følgende:

1. kritikpunktet vedrørende hendes manglende interesse for arbejdet er i strid med de faktiske forhold og er ubegrundet;
2. hun foreholdes i udtalelsen ved prøvetidens udløb at have været hyppigt fraværende af familiemæssige grunde eller på grund af sygdom, men for det første kunne hendes fravær ikke betegnes som hyppig (sagsøgeren konkretiserer dette nærmere), og for det andet var hendes fravær dækket af de fornødne lægeerklæringer, eller hun havde udtrykkeligt anmodet derom og fået tilladelse af afdelingens chef. Hendes fravær udgør heller ikke noget holdepunkt for, at hun skulle være fysisk uegnet til sit arbejde;
3. hvad angår kritikpunktet om hendes fysiske uegnethed, henviser sagsøgeren for det første på ny til den udtalelse, som den rådgivende læge afgav ved hendes ansættelse, og som på dette punkt var positiv. For det andet bestrider hun, at hendes arbejde kræver særlige forudsætninger i henseende til fysisk styrke, og dette er heller ikke stillet som betingelse i meddelelsen om udvælgelsesprøven. Efter sagsøgerens opfattelse er der her i realiteten tale om en forskelsbehandling på grundlag af køn.

De bemærkninger, som cheferne for de pågældende tjenestegrene fremsatte som svar på ansættelsesmyndighedens anmodning om en kommentar til klagen, indeholder ikke blot en yderligere forklaring vedrørende den begrundelse for afskedigelsen, som er nævnt ovenfor, men navnlig en supplering af denne begrundelse med angivelse af helt nye grunde. Jeg skal henvise til de aktstykker herom, der findes i stævningens bilag 13, som vedrørende dette spørgsmål taler for sig selv.

I sine bemærkninger til disse supplerende oplysninger vedrørende begrundelsen for afskedigelsen (jfr. stævningens bilag 14) har sagsøgeren for det første fremhævet, at hendes klage udelukkende burde

vurderes på grundlag af udtalelsen ved prøvetidens udløb og ikke på grundlag af de memoranda fra cheferne for de pågældende tjenestegrene, som supplerede udtalelsen. For det andet har sagsøgeren i bemærkningerne henledt opmærksomheden på, at de supplerende oplysninger ikke kun udgør en forklaring på de grunde, som er angivet i udtalelsen ved prøvetidens udløb, men indeholder en række nye grunde. Endelig tager sagsøgeren udførligt stilling til disse grunde og bestrider deres rigtighed. Jeg skal i fornødent omfang komme tilbage hertil i forbindelse med min behandling af de anbringender, som sagsøgeren har gjort gældende i stævningen.

Den 23. september 1982 afviste ansættelsesmyndigheden sagsøgerens klage (jfr. stævningens bilag 15) og karakteriserede i sin beslutning de kommentarer, cheferne for de pågældende tjenestegrene havde fremsat vedrørende klagen som »en detaljeret bekræftelse af den bedømmelse, de tidligere havde afgivet«.

I beslutningen hedder det blandt andet om de bemærkninger, sagsøgeren havde fremsat i klagen vedrørende de enkelte kritikpunkter: 1) »en ce qui concerne notamment l'absence de continuité dans le travail, il ne lui est pas reproché des absences justifiées pour des causes de maladie ou de famille mais la circonstance que même lorsqu'elle n'était pas en congé régulier, elle s'absentait pendant des heures de son poste de travail, sans dire où elle se trouvait«; 2) at konstateringen af, at sagsøgeren ikke havde den fornødne interesse for sit arbejde, skulle ses som led i den helhedsvurdering, som det påhviler bedømmeren at foretage, og var blevet bekræftet af de memoranda, som cheferne for de pågældende tjenestegrene udfærdigede som følge af sagsøgerens klage. Beslutningen går ikke nærmere ind på kritikpunktet vedrørende sagsøgerens fysiske uegnethed til at udføre sit arbejde og hendes afvisning af dette kritikpunkt.

Jeg skal herefter i detaljer behandle de anbringender, som sagsøgeren har gjort gældende i sin stævning af 10. november 1982, hvorved jeg forudsætter, at sagsøgte ikke rejser indsigelse mod sagens fremme til realitetsbehandling.

3. Sagsøgerens anbringender

3.1. Det første anbringende, sagsøgeren har fremført til støtte for sin påstand om annullation, er, at der foreligger en *tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter.* Da beslutningen om at afskedige hende udelukkende er baseret på udtalelsen ved prøvetidens udløb, mener sagsøgeren, at begrundelsen for hendes afskedigelse udelukkende bør søges i udtalelsen. Endvidere bestrider hun de tre kritikpunkter, der er fremført i udtalelsen.

Hun har anført, at det ikke af den omstændighed, at hun, som det påstås, skulle have været fraværende på grund af sygdom eller af familiemæssige grunde, kan udledes, at hun har manglet interesse for sit arbejde, idet hendes fravær (hvis hyppighed hun i øvrigt som nævnt ovenfor har bestridt med konkert angivelse af de pågældende perioder) hver eneste gang enten var dækket af en lægeattest eller af en udtrykkelig tilladelse fra hendes overordnede. Den omstændighed, at hun har ytret interesse for en anden stilling, kan heller ikke berettige til at drage en sådan konklusion. Efter min opfattelse godtgør sagsøgerens argumenter på dette punkt, at der foreligger en åbenbar fejl som angivet i ovennævnte dom i sagen Munk.

Sagsøgeren har videre anført, at der i udtalelsen ved prøvetidens udløb er en snæver forbindelse mellem den manglende kontinuitet i hendes arbejde, som blev foreholdt hende, og hendes fravær på grund af sygdom eller af familiemæssige grunde (hvilket efter min opfattelse klart må erkendes). I beslutningen, hvorved hendes klage blev afvist, blev dette kritikpunkt imidlertid tillige efterfølgende baseret på hendes talrige fravær

fra arbejdsstedet af andre grunde (hvilket efter min opfattelse også rent faktisk fremgår af de bilag til stævningen, som jeg nævnte ovenfor, og hvilket endvidere klart er blevet bekræftet under den mundtlige forhandling af Domstolens befuldmægtigede i dennes svar på et af Domstolen stillet spørgsmål). Sagsøgeren hævder, at denne fraværsgrund, som sagsøgte først fremførte på et senere tidspunkt, har sin forklaring i selve karakteren af hendes arbejde, som indebar transport af bøger og udførelse af opgaver på forskellige steder (og på forskellige etager) i Domstolens bygning, som medførte, at hun for det meste ikke befandt sig på sit eget kontor. (Jeg skal bemærke, at det i denne forklaring er uklart, hvad sagsøgeren helt præcis mener med udtrykket »arbejdssted«). Endelig har sagsøgeren gjort gældende, at det er ukorrekt, når det hævdes, at hun ikke angav, hvor man kunne finde hende, når hun var fraværende fra sit kontor.

Hvad angår påstanden om hendes fysiske uegnethed, er dette kritikpunkt efter sagsøgerens opfattelse såvel retligt som faktisk ubegrundet. Retligt er det ubegrundet, fordi der ikke i stillingsopslaget krævedes særlige fysiske forudsætninger for at blive ansat i stillingen (hvilket bekræftes af aktstykkerne i sagen), og faktisk er det ubegrundet af de årsager, som sagsøgeren allerede tidligere har fremført under den administrative sagsbehandling (jfr. bilag 6 og 11, ss. 3 og 4). Også dette kritikpunkt må efter min opfattelse undersøges ud fra kriteriet om, hvorvidt der foreligger en »åbenbar fejl«. Jeg skal allerede på dette sted bemærke, at jeg mener, sagsøgerens fysiske egnethed skal vurderes udelukkende på ansættelsestidspunktet med forbehold af eventuelle senere ændringer. Dels er det uholdbart, og dels er det i strid med den pågældende rubrik i udtalelsen ved prøvetidens udløb at gøre en påstand om fysisk uegnethed (utilstrækkelig fysisk styrke) gældende som begrundelse for en negativ bedømmelse af den pågældendes *evne til at tilpasse sig tjenestens krav.* Endvidere anfører sagsøgeren med rette, at en fysisk uegnethed til arbejdet, som eventuelt indtræffer, mens den pågældende er ansat i stillingen, efter vedtægten skal bedømmes under iagttagelse af en særlig procedure, der ikke er blevet fulgt i denne sag.

3.2. Sagsøgerens andet anbringende er, at *bedømmelsesproceduren har været retsstridig.* I den forbindelse påtaler sagsøgeren for det første, at Domstolen stiltiende har forlænget prøvetiden, og for det andet, at hendes udtalelse ved prøvetidens udløb blev udfærdiget for sent. Den stiltiende forlængelse af prøvetiden indtil seks måneder efter det tidspunkt, da sagsøgeren rent fatisk tiltrådte stillingen, var imidlertid en logisk konsekvens af tiltrædelsestidspunktet. Dette tidspunkt var igen en logisk følge af det tidspunkt, da beslutningen om at udnævne hende til tjenestemand på prøve som ovenfor blev truffet. Under disse omstændigheder var det utvivlsomt berettiget at »forlænge« prøvetiden, selv om ansættelsesmyndigheden måske ud fra et formelt synspunkt burde have truffet en ny beslutning (jfr. vedtægtens artikel 34, stk. 1, 2. afsnit). Heller ikke det andet led af sagsøgerens andet anbringende finder jeg holdbart. Efter retspraksis kan den påtalte forsinkelse ikke føre til annullation af udtalelsen ved prøvetidens udløb (jfr. sagerne 10 og 47/72, di Pilo, Sml. 1973,. s. 770; sag 175/80, Tither, Sml. 1981, s. 2359, og sag 98/81, Munk, Sml. 1982, s. 1167). Af de gode grunde, som jeg har nævnt, og som gjorde det berettiget først at udfærdige udtalelsen ved prøvetidens udløb seks måneder efter sagsøgerens faktiske tiltrædelsestidspunkt, vil jeg ikke engang gå så langt som til at sige, at der foreligger en beklagelig uregelmæssighed. Af de grunde, som jeg har anført, mener jeg, at der også i retspraksis er rygdækning for den af sagsøgeren påtalte »forlængelse« af prøvetiden.

3.3. Sagsøgerens tredje anbringende er, at den *administrative sagsbehandling har været retsstridig*, og sagsøgeren foreholder i den forbindelse ansættelsesmyndigheden at have anmodet cheferne for de pågældende tjenestegrene om supplerende oplysninger. Et sådant anbringende må efter min opfattelse forkastes. Tværtimod vidner det om omhyggelighed, at ansættelsesmyndigheden også har fulgt en kontradiktorisk procedure ved behandlingen af klagen, hvorved sagsøgeren på ny fik lejlighed til udførligt at tage stilling til de af cheferne for de pågældende tjenestegrene udfærdigede memoranda. Det er imidlertid rigtigt, at sagsøgerens foresatte udnyttede denne procedure (måske på grund af en urigtig fortolkning af præsidentens skrivelse) til at fremføre en række helt nye grunde til at afskedige sagsøgeren, som ikke var fremført i udtalelsen ved prøvetidens udløb, men som i høj grad har bidraget til, at klagen blev afvist.

Som nævnt ovenfor har Domstolens befuldmægtigede også klart anerkendt dette under de mundtlige retsforhandlinger. Sagsøgerens anbringende vedrører imidlertid ikke selve proceduren, der blev fulgt ved behandlingen af selve klagen, men at det forhold, at proceduren mundede ud i, at ansættelsesmyndigheden afviste klagen, samt den omstændighed, at disse nye argumenter ikke blev forelagt for sagsøgeren, så hun kunne fremsætte sine bemærkninger hertil, før beslutningen om at afskedige hende blev truffet.

3.4. Endelig foreholder sagsøgeren Domstolen at have gjort sig skyldig i *forskelsbehandling på grundlag af køn*. Ved første øjekast synes der at være en vis støtte herfor i det tredje afsnit af det memorandum, som er udfærdiget af sagsøgerens direkte overordnede, Dautzenberg, og som er vedlagt som stævningens bilag 13 (»en fysisk indsats, som man dårligt kan forlange af en kvinde«), og som det vil fremgå af det følgende, indeholder Domstolens svarskrift yderligere et holdepunkt for dette anbringende.

4. Domstolens indsigelser

4.1. Hvad angår sagsøgerens første anbringende, er det for det første påfaldende, at Domstolen i svarskriftet beskæftiger sig relativt lidt med sagsøgerens kritikpunkt om, at andre grunde end de i udtalelsen ved prøvetidens udløb angivne har spillet en rolle for beslutningen om at afskedige hende, således som det fremgår af begrundelsen for at afvise klagen. Det synspunkt, som Domstolen senere har fremført i denne forbindelse, nemlig at det fremgik af sagsøgerens bemærkninger til hendes udtalelse ved prøvetidens udløb samt af hendes klage, at hun fuldt ud var klar over de virkelige grunde til at afskedige hende, modsiges klart af begge disse aktstykkers indhold.

Hvad angår spørgsmålet om sagsøgerens kvalifikationer, som i udtalelsen ved prøvetidens udløb blev bedømt at være utilfredsstillende, skal jeg i det følgende gå frem efter udtalelsens egen rækkefølge.

I svarskriftet på side 9 sættes sagsøgerens fysiske uegnethed i forbindelse med hendes hyppige fravær af andre grunde end sygdom eller hendes familie; vedrørende hendes fravær af disse andre grunde end sygdom eller hendes familie; vedrørende hendes fravær af disse andre grunde var der ikke i udtalelsen ved prøvetidens udløb fremført nogen kritik. Denne indsigelse må forkastes allerede af den grund, at den ikke har fornødent grundlag i udtalelsen ved prøvetidens udløb. Som allerede bemærket ovenfor var fysisk egnethed (forstået som tilstrækkelig fysisk styrke) ikke nogen udtrykkelig betingelse i stillingsopslaget for at blive ansat i stillingen og er desuden i sagens natur en egenskab, der intet har at gøre med den pågældendes evne til at tilpasse sig tjenestens krav (det var det punkt, den pågældende rubrik i udtalelsen drejede sig om), men skal

kontrolleres ved ansættelsen (ved en lægeundersøgelse). Rigtigheden af denne fortolkning af begrebet fysisk egnethed bekræftes i øvrigt dels af det tredje afsnit af begrundelsen for udtalelsen ved prøvetidens udløb og dels af punkt 20 i svarskriftet, som jeg senere skal komme tilbage til i anden forbindelse. Denne indsigelse må følgelig forkastes.

Det kritikpunkt vedrørende sagsøgerens manglende interesse for sit arbejde, som blev fremført i udtalelsen ved prøvetidens udløb, begrundes i første række med den interesse, hun har ytret for andre opgaver. Jeg betragter det som en åbenbar fejl herudaf at udlede, at sagsøgeren, alene fordi hun har udtrykt en sådan interesse, ikke har vist sit eget arbejde tilstrækkelig opmærksomhed under prøvetiden. Jeg skal i denne forbindelse bemærke, at mange bedømmelsesrapporter endog udtrykkeligt indeholder mulighed for at give udtryk for ønske om en ændring af arbejdsopgaverne, hvorfor fremsættelsen af sådanne ønsker derfor aldrig kan benyttes som argument for, at de pågældende ikke har udvist tilstrækkelig interesse for deres nuværende arbejde.

Det andet argument, der fremføres i udtalelsen ved prøvetidens udløb som begrundelse for sagsøgerens manglende interesse, er endnu engang kritikpunktet vedrørende hendes hyppige fravær. Da hyppigheden af hendes fravær i udtalelsen ved prøvetidens udløb som ovenfor nævnt udelukkende og udtrykkeligt sættes i forbindelse med hendes sygdom og hendes familiemæssige forhold (et fravær, hvortil der enten — hvilket sagsøgte ikke bestrider — udtrykkeligt var givet tilladelse eller som var dækket af de fornødne lægeerklæringer), er det en åbenbar fejl heraf at udlede, at sagsøgeren mangler interesse for sit arbejde. Kritikken vedrørende sagsøgerens fravær af andre grunde end dem, der er angivet i udtalelsen ved prøvetidens udløb, og som sagsøgte først har fremført, efter at sagsøgeren var blevet afskediget, kan Domstolen ikke ifølge ovennævnte dom i sagen Alvarez tage stilling til. Også denne indsigelse må derfor forkastes.

Sagsøgerens utilstrækkelige tjenstlige indsats under prøvetiden (på to punkter blev hendes kvalifikationer bedømt som utilfredsstillende) sættes i udtalelsen ved prøvetidens udløb udelukkende i forbindelse med det fravær på grund af sygdom eller af familiemæssige grunde, som omtales i udtalelsen. Dette fravær synes at udgøre Domstolens væsentlige kritik af sagsøgeren.

Som begrundelse for at tage hensyn til sagsøgerens fravær af andre end de ovenfor nævnte grunde, henvises der i svarskriftet til næstsidste afsnit i begrundelsen for bedømmerens anbefaling om at afskedige sagsøgeren. I dette afsnit tales der om en manglende kontinuitet i sagsøgerens arbejde. Afsnittet er imidlertid klart et resumé af de tidligere i udtalelsen angivne grunde, hvor der udelukkende tales om fravær på grund af sygdom eller familiemæssige forhold.

På dette punkt må det fjerde afsnit derfor i hvert fald anses for tvetydigt og opfylder dermed ikke betingelsen i vedtægtens artikel 25, således som Domstolen har fortolket denne bestemmelse i nævnte dom i sagen Renckens. Sagsøgeren har følgelig været ude af stand til i sine bemærkninger til udtalelsen ved prøvetidens udløb at forsvare sig over for kritikpunkterne vedrørende hendes fravær af andre grunde end sygdom og familiemæssige forhold, da dette kritikpunkt først blev fremført, efter at hun havde indgivet klage over beslutningen om at afskedige hende. Hermed har Domstolen, ud fra de tilsvarende grunde som anført i præmisserne

3-6 i nævnte dom i sag Alverez, handlet i strid med vedtægtens artikel 34, stk. 2. I disse præmisser tillægges det en helt afgørende betydning, at den sagsbehandling, som går forud for en afskedigelse, og som er foreskrevet i detaljer i vedtægtens artikel 34, stk. 2, har været kontradiktorisk. Da det i nævnte sag viste sig, at man ved afskedigelsen af Alvarez havde tillagt en række argumenter betydning, som Alvarez ikke havde haft lejlighed til at tage stilling til, før beslutningen om afskedigelse blev truffet, blev beslutningen annulleret. Af samme grund er det min opfattelse, at den foreliggende beslutning om afskedigelse bør annulleres. Dette resultat ændres naturligvis ikke af den omstændighed, som jeg nævnte i begyndelsen af mit forslag til afgørelse, at Domstolen ikke på det tidspunkt, da beslutningen om afskedigelsen blev truffet, havde mulighed for at tage hensyn til Domstolens dom i sagen Alvarez. Denne grundlæggende mangel på begrundelse af beslutningen om at afskedige sagsøgeren udbedres naturligvis heller ikke af den erklæring, som Domstolens befuldmægtigede har afgivet under den mundtlige forhandling, og hvorefter chefen for den pågældende tjenestegren havde forsøgt at fremstille sin anbefaling om, at sagsøgeren blev afskediget, på en sådan måde, at den chokerede sagsøgeren så lidt som mulig (»essayait de présenter ses conclusions de la façon la moins choquante possible«). Også den omstændighed, at man undgik ordet »afskedigelse« i beslutningen om at afskedige sagsøgeren var tilsyneladende begrundet i tilsvarende sociale betragtninger.

Endelig ændrer den omstændighed, at Domstolen, inden for rammerne af klagesagen i henhold til vedtægtens artikel 90, fulgte en kontradiktorisk procedure ved behandlingen af de nye kritikpunkter, der blev rettet mod sagsøgeren, *efter* at beslutningen om hendes afskedigelse var blevet truffet, ikke ved denne væsentlige mangel, som selve beslutningen om afskedigelse er behæftet med. De processuelle garantier, som Domstolen ifølge Alvarez-dommen betragter som grundlæggende, og som skal iagttages *forud for* beslutningen om afskedigelse, er naturligvis uden værdi, såfremt der *efter* beslutningen om afskedigelse kan fremsættes nye argumenter til støtte for afskedigelsen, det være sig under klagesagen eller under retsforhandlingerne ved Domstolen. Domstolen tillagde det også afgørende betydning i Alvarez-dommen, jfr. præmisserne 3, 5 og 6, at de nye kritikpunkter, der var rettet mod sagsøgeren, ikke var blevet meddelt denne, således at han kunne tage stilling dertil før afskedigelsen.

Hvad angår sagsøgerens argumenter vedrørende det kritikpunkt om hendes fravær fra arbejdsstedet, som først blev foreholdt hende *efter* beslutningen om hendes afskedigelse, skal jeg under de foreliggende omstændigheder alene bemærke, at der ikke i svarskriftet er taget tilstrækkeligt hensyn til de muligheder, som Domstolen ifølge præmisserne 14-17 i nævnte dom i sagen Tither har for at gå ind i en prøvelse — på grundlag af det i denne dom opstillede princip om, at der skal foreligge en »gyldig begrundelse« — af det kritikpunkt om sagsøgerens fravær, der blev angivet som afskedigelsesgrund. Såfremt de nye grunde, der blev angivet som begrundelse for afskedigelsen, nemlig sagsøgerens hyppige fravær fra arbejdsstedet, skulle efterprøves af Domstolen efter de principper, den har opstillet i sin praksis, ville de argumenter, sagsøgeren har fremført i denne forbindelse, efter min opfattelse i sig selv være tilstrækkelig gode til at begrunde en sådan prøvelse.

Af den grund, som jeg lige har angivet, anser jeg imidlertid ikke en sådan prøvelse for nødvendig i denne sag.

4.2. Retsstridig sagsbehandling

Jeg har allerede tidligere angivet, hvorfor jeg mener anbringendet om retsstridig sagsbehandling må forkastes i det omfang, det er rettet mod selve den kontradiktoriske procedure, som ansættelsesmyndigheden fulgte i den foreliggende sag.

For så vidt som der med dette anbringende også indirekte sigtes til de nye argumenter, som blev fremført til støtte for afskedigelsen, og som ikke har grundlag eller i hvert fald ikke noget sikkert grundlag i udtalelsen ved prøvetidens udløb, har jeg også tidligere anført, hvorfor jeg anser dette anbringende for velbegrundet.

4.3. Forskelsbehandling på grundlag af køn

Hvad angår anbringendet om forskelsbehandling på grundlag af køn, er svarskriftet også på dette punkt navnlig baseret på de nye kritikpunkter vedrørende sagsøgerens fravær af andre grunde end sygdom eller familien, som ikke har grundlag eller i hvert fald ikke noget sikkert grundlag i udtalelsen ved prøvetidens udløb. Jeg finder det under disse omstændigheder overflødigt, at der foranstaltes yderligere bevistførelse ved afhøring af vidner, således som sagsøgeren har tilbudt i forbindelse med fremsættelsen af anbringendet. Jeg skal imidlertid bemærke, at svarskriftet under punkt 20 indeholder yderligere et argument, der giver sikker støtte for anbringendet, idet det hedder heri, at der findes arbejde, som bør forbeholdes mænd på grund af disses fysik, hvorfor der i sådanne tilfælde ikke er tale en forskelsbehandling på grundlag af køn. Når argumentet benyttes i denne sammenhæng, synes det navnlig at støtte sagsøgerens påstand om, at man i de pågældende tjenestegrene ønskede en mand til den pågældende stilling, hvilket som tidligere nævnt allerede fremgår mellem linjerne af udtalelsen ved prøvetidens udløb. Jeg tillægger imidlertid ikke dette anbringende afgørende betydning i sagen. Selv om det skulle fremgå af forklaringerne fra de vidner, som sagsøgeren har tilbudt at føre, at cheferne for de pågældende tjenstegrene rent faktisk hellere ville have ansat en mand i stillingen, fremgår det allerede klart af svarskriftets punkt 20, at tyngdepunktet i diskussionen i så fald ville forskyde sig og i stedet komme til at dreje sig om det andet principielle spørgsmål, nemlig om en utilstrækkelig fysisk styrke kan begrunde en negativ bedømmelse af sagsøgeren. Dette spørgsmål har jeg imidlertid allerede besvaret benægtende, hvorfor en yderligere behandling af dette anbringende ikke vil kunne forventes at frembringe nye momenter af betydning.

5. Sammenfatning og konklusion

Replikken og duplikken indeholder efter min opfattelse ingen virkelig nye momenter, der er værd at nævne. Retspraksis vedrørende Domstolens prøvelsesret, som parterne også under den mundtlige forhandling har fremhævet (sag 62/65, Serio, Sml. 1965-1968, s. 329; sag 110/75, Mills, Sml. 1976, s. 955 og sag 52/70, Nagels, Sml. 1971, s. 77) føjer efter min opfattelse intet væsentligt til de tidligere af mig nævnte domme. Højst kan det være af betydning i denne forbindelse at nævne den indgående objektive prøvelse af begrundelsen for ikke at ansætte den pågældende sagsøger, som Domstolen foretog i sagen Serio. For så vidt har sagsøgerens advokat under den mundtlige forhandling med rette henledt Domstolens opmærksomhed på denne dom.

Jeg kan sammenfatte min opfattelse af sagsøgerens anbringende på følgende måde:

1. Allerede den omstændighed, at afskedigelsen af sagsøgeren, som det fremgår af afvisningen af hendes klage, om ikke udelukkende, så dog delvis, er baseret på argumenter, som ikke har sikkert grundlag i udtalelsen ved prøvetidens udløb, og som sagsøgeren følgelig ikke har kunnet fremsætte sine bemærkninger til, anser jeg for afgørende. Med grundlag i domstolens dom i ovennævnte sag Alvarez anser jeg denne procedurefejl for at være i strid med vedtægtens artikel 34, stk. 2, samt for at være så tungtvejende, at den i sig selv bør medføre annullation af beslutningen om at afskedige sagsøgeren. Den omstændighed, at Domstolen ikke havde mulighed for at handle i overensstemmelse med nævnte dom, kan ganske vist *forklare* denne procedurefejl, men kan ikke føre til noget andet resultat.

2. De af sagsøgerens pligtforsømmelser, der er nævnt i udtalelsen ved prøvetidens udløb, er ikke i udtalelsen begrundet på en sådan måde, at begrundelsen kan bære den negative bedømmelse af sagsøgeren på de pågældende fire punkter eller den konklusion, der blev draget på grundlag heraf. For alle fire punkters vedkommende fremgår det, at der er tillagt sagsøgerens hyppige fravær afgørende betydning. Der nævnes ikke i udtalelsen andre grunde til sagsøgerens fravær end det fravær, der skyldtes sygdom eller familiemæssige forhold, og som var dækket af en lægeattest, eller hvortil der forudgående var indhentet tilladelse fra chefen for den pågældende tjenestegren. Det følger ligeledes af ovennævnte dom i sagen Tither, at fravær af disse grunde ikke berettiger til afskedigelse.

3. Såfremt Domstolen havde været nødt til at tillægge de nye argumenter betydning, som sagsøgte, efter at beslutningen var truffet, fremførte til støtte for at afskedige sagsøgeren uden at fastansætte hende som tjenestemand, ville jeg på grundlag af tidligere retspraksis have foreslået Domstolen at foretage en nærmere prøvelse af en række af de modargumenter, som sagsøgeren fremførte til imødegåelse af disse nye argumenter. Da dette imidlertid ikke er påkrævet ifølge ovennævnte dom i sagen Alvarez, kan jeg ikke se nogen grund til, at der foretages en sådan prøvelse den foreliggende sag.

4. Jeg har foretaget en afvejning af de særskilte argumenter, som sagsøgeren har fremført til støtte for at annullere udtalelsen ved prøvetidens udløb, men har, efter at have vurderet dem på baggrund af Domstolens praksis, fundet dem for lette. Heller ikke påstanden om annullation af ansættelsesmyndighedens beslutning, hvorved sagsøgerens klage over afskedigelsesbeslutningen blev afvist, kan jeg se nogen grund til at tage til følge, når selve beslutningen om afskedigelsen annulleres, hvilket efter min opfattelse er uundgåeligt af de af mig angivne grunde.

5. På grundlag af min gennemgang af sagen, som jeg har sammenfattet den i det foregående, skal jeg foreslå Domstolen følgende:

a) Den af Domstolens præsident den 5. maj 1982 trufne beslutning, hvorved sagsøgerens prøvetid blev bragt til ophør, uden at hun blev udnævnt til tjenestemand, annulleres.

b) Domstolen tilpligtes at afholde sagens omkostninger.