FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. F. MANCINI FREMSAT DEN 30. JUNI 1983 [1]

Høje Domstol.

1. I den foreliggende sag er der nedlagt påstand om, at sagsøgeren optages på den efter udvælgelsesprøve CJ 49/79 oprettede reserveliste over sekretærer med stenografi og maskinskrivning i kategori C 3/C 2, påstand om annullation af den beslutning, hvorved ansættelsesmyndigheden afviste sagsøgerens administrative klage, påstand om fremlæggelse af udvælgelseskomiteens mødeprotokol og den opgave, sagsøgeren afleverede ved stenografiprøven, samt at denne opgave underkastes fornyet bedømmelse ved en uafhængig udvælgelseskomité. Sagen er anlagt mod De europæiske Fællesskabers Domstol af Armelle Detti, som er tjenestemand ved Domstolen.

2. Jeg skal kort resumere sagens faktiske omstændigheder. Sagsøgeren har fra den 4. september 1979 til den 31. oktober 1980 været ansat ved Domstolen som hjælpeansat maskinskriver, først i kategori C, gruppe VII, 2. løntrin, og dernæst i kategori C, gruppe VI, 1. løntrin. Fra 1. til 31. juli 1981 var hun midlertidig ansat i lønklasse C 4, 3. løntrin, og den 1. august 1981 blev hun udnævnt som tjenestemand i samme lønklasse og på samme løntrin. I 1980 deltog hun i den generelle udvælgelsesprøve CJ 49/79, som blev afholdt med henblik på oprettelse af en ansættelsesreserve af franskprogede sekretærer med stenografi og maskinskrivning og franskprogede maskinskrivere. Den 12. december 1980 afgav udvælgelseskomiteen for nævnte udvælgelsesprøve sin endelig rapport. Ved skrivelse af 27. januar 1981 meddelte direktøren for Domstolens administration sagsøgeren, at hun var optaget på reservelisten uden nærmere angivelse af, hvorvidt det var reservelisten over sekretærer med stenografi og maskinskrivning eller reservelisten over maskinskrivere. Ved et memorandum til Domstolens justitssekretær, som var dateret den 19. juli 1981, men sandsynligvis skrevet i løbet af august samme år, rejste Detti indsigelse mod de karakterer, udvælgelseskomiteen havde givet hende ved nævnte udvælgelsesprøve, og anmodede om en fornyet bedømmelse af opgaven ved stenografiprøven. Det havde nemlig vist sig — og dette er det centrale i sagen — at stenografiprøverne (der bestod i stenografering af 240 ord på tre minutter) som blev afholdt i Luxembourg og Bruxelles, ikke var helt ens de to steder. Det er således ubestridt, at de ansøgere, som deltog i prøven i Luxembourg, herunder Detti, ikke fik dikteret overskriften til prøven, som indeholdt elleve ord. For at sikre en lige behandling af alle ansøgerne, besluttede udvælgelseskomiteen derfor at udligne den fordel, som deltagerne i Luxembourg havde haft ved at have fået dikteret en kortere tekst inden for det samme tidsrum, og at korrigere bedømmelsen af opgaverne fra de ansøgere, som havde deltaget i prøven i Luxembourg. Til brug herfor anmodede direktøren for administrationen udvælgelseskomiteen om en supplerende rapport. I denne rapport, som blev udarbejdet i september 1981, og af Domstolens

1 — Oversat fra italiensk.

justitssekretær tilsendt Detti den 14. oktober samme år, fremhævede udvælgelseskomiteen, at det var vanskeligt for udvælgelseskomiteen atter at udtale sig om ansøgerne mere end ni måneder efter afgivelsen af den endelige rapport, hvorfor den konkluderede, at den ikke kunne tage den tidligere trufne beslutning op til fornyet overvejelse. Den erkendte dog, at den ved bedømmelsen af opgaverne havde taget hensyn til, at diktatet ved stenografiprøven i Luxembourg »var foregået langsommere«.

I mellemtiden, den 13. oktober 1981, forelagde sagsøgeren ansættelsesmyndigheden en ansøgning i medfør af tjenestemandsvedtægtens artikel 90, stk. 1, hvori hun anmodede om omgørelse af den beslutning af 11. august 1981, hvorved hun blev udnævnt til tjenestemand på prøve i en stilling som maskinskriver i lønklasse C 4, og at hun fra samme tidspunkt blev udnævnt i en anden stilling som sekretær med stenografi og maskinskrivning i lønklasse C 3. Til støtte herfor gjorde hun gældende, at udvælgelseskomiteen for udvælgelsesprøve CJ 49/79 ikke havde optaget hende på reservelisten over sekretærer med stenografi og maskinskrivning, fordi den havde betragtet udeladelsen af de elleve ord i overskriften som en fejl. Ved memorandum af 5. november 1981 til ansættelsesmyndigheden anmodede sagsøgeren om, at hendes ansøgning af 13. oktober 1981 blev betragtet som en administrativ klage i henhold til tjenestemandsvedtægtens artikel 90, stk. 2.

I tilknytning til denne klage og som kommentar til de betænkeligheder, personaleudvalget havde givet udtryk for i et memorandum af 23. oktober 1981 vedrørende lovligheden af udvælgelseskomiteens arbejde, rettede direktøren for administrationen en fornyet henvendelse til udvælgelseskomiteen. Ved memorandum af 24. november 1981 gav udvælgelseskomiteen en lidt mere udførlig forklaring på den anvendte metode. Under hensyn til, at »de ansøgere, som havde deltaget i udvælgelsesprøven i Luxembourg, ikke behøvede at medtage overskriften (på elleve ord) i stenografiprøven« og »for at sikre en lige behandling af alle ansøgere« havde udvælgelseskomiteen — anføres det — »bedømt prøven i Luxembourg noget strengere« og havde med henblik herpå i første omgang »tillagt de forskellige mulige typer af fejl forskellig vægt ... uden hensyn til de af ansøgerne afleverede opgaver«. Herefter havde udvælgelseskomiteen »på grundlag af disse kriterier gennemgået opgaverne fra de ansøgere, som havde deltaget i prøven i Luxembourg«.

Ved beslutning af 11. februar 1982 afviste Domstolens præsident i sin egenskab af ansættelsesmyndighed frk. Detti's klage. Det erkendtes i beslutningen, at det var en fejl, at overskriften ved stenografiprøven ikke var blevet dikteret, men man anså de af udvælgelseskomiteen foretagne korrektioner i forbindelse med gennemgangen af prøven for rimelige. Efter ansættelsesmyndighedens opfattelse havde fejlen ikke »... haft så skadelige virkninger, at det kunne berøve proceduren dens lovlighed«. Den anvendte korrektionsmetode (»en noget strengere bedømmelse«) havde ifølge ansættelsesmyndigheden ej heller urimelige konsekvenser i øvrigt, fordi flere af de ansøgere, som havde deltaget i prøven i Luxembourg, var blevet optaget på reservelisten.

3. Domstolen har i første række påstået sagen afvist, og har til støtte herfor dels henvist til, at den er for sent anlagt, dels at sagen har en anden genstand end den administrative klage, og endelig, at sagsøgeren har givet samtykke og dermed fortabt sin ret.

Jeg skal først gennemgå indsigelsen om, at sagen er for sent anlagt. Domstolen har her anført, at Detti senest den 23. april 1981 fik kendskab til, at hun ikke var optaget på reservelisten, dvs. den dato, hvor administrationen tilbød hende en kontrakt som midlertidigt ansat sekretær med maskinskrivning, hvorfor sagen er for sent anlagt. Dette argument finder jeg uholdbart. Den sagsøgte institution har nemlig ikke ført bevis for, at resultatet af udvælgelsesprøven blev bragt til sagsøgerens kundskab på denne dato. Endvidere nævner administrationens skrivelse ikke noget om udvælgelsesprøvens resultat men indeholder alene et tilbud om at kunne tiltræde en stilling som sekretær med maskinskrivning. Ej heller i den skrivelse, som Armelle Detti modtog fra direktøren fra Domstolens administration den 27. januar 1981, nævnes der noget om, hvorvidt hun var optaget på reservelisten over sekretærer med stenografi og maskinskrivning eller reservelisten over maskinskrivere. Da skrivelsen ikke præciserer, hvorvidt sagsøgeren eventuelt udelukkende var optaget på listen over maskinskrivere, gav skrivelsen tværtimod, når henses til dens genstand og indhold, sagsøgeren grund til at antage, at hun også havde bestået stenografiprøven. Det må således antages, at Detti først fik kendskab til resultatet af prøverne, da hun modtog meddelelsen fra Domstolens justitssekretær den 14. oktober 1981.

Sagen kan ej heller anses for at være for sent anlagt, når man tager hensyn til den administrative klage, Detti tilsendte justitskontoret i form af et memorandum, dateret den 19. juli 1981. Dette memorandum opfylder ganske vist ikke de nødvendige formkrav, idet det f.eks. ikke er rettet til ansættelsesmyndigheden. Men som nævnt ovenfor havde sagsøgeren endnu ikke på dette tidspunkt modtaget meddelelse om, at hun ikke var optaget på listen over sekretær med stenografi. Hun havde med andre ord ikke kendskab til den retsakt, som indeholdt et klagepunkt imod hende.

Til støtte for, at sagen ikke kan antages til realitetsbehandling har sagsøgte endvidere gjort gældende, at sagen ikke har samme genstand som den administrative klage. Det anføres, at klagen er rettet mod udvælgelseskomiteens beslutning, hvorimod den i sagen nedlagte påstand er rettet mod sagsøgerens udnævnelse som tjenestemand på prøve. Under samme synsvinkel må imidlertid også denne indsigelse forkastes. Ved at anfægte ansættelsesmyndighedens beslutning har Detti nemlig også forudsætningsvis anfægtet udvælgelseskomiteens beslutning og krævet en omgørelse heraf. Jeg skal tilføje, at ifølge Domstolens praksis kan de pågældende vedtægtsbestemmelser fortolkes sådan, at en forudgående klage ikke er nogen nødvendig betingelse for at antage sagen til realitetsbehandling, og det har intet formål at indgive klage over en beslutning, som er truffet af en udvælgelseskomité, eftersom ansættelsesmyndigheden ikke kan ændre en sådan beslutning. »Opbygningen af og formålet med den administrative procedure og [med] domstolskontrollen [er] til hinder for en bogstavtro fortolkning af artikel 91, stk. 2, der ene og alene ville bevirke en nytteløs forlængelse af proceduren« (dom af 16. 3. 1978 i sag 7/77, van Wüllerstorff und Urbair mod Kommissionen, Sml. 1978, s. 778, præmis 7 og 8).

Til støtte for sagens afvisning har sagsøgte endvidere henvist til, at sagsøgeren uden forbehold har accepteret sin stilling som maskinskriver, først som midlertidig ansat (den 29. april 1981) og

dernæst som tjenestemand på prøve (den 11. august 1981). Jeg mener ikke, der kan gives sagsøgte medhold i nogen af disse argumenter. Som jeg anførte ovenfor i relation til indsigelsen om, at sagen er for sent anlagt, fik Detti først kendskab til resultatet af udvælgelsesprøven den 14. oktober 1981, og man kan naturligvis ikke antage, at der er givet samtykke, når den pågældende endnu ikke har kendskab til den omstændighed, som udgør et klagepunkt mod vedkommende. Men som generaladvokat Capotorti fremhævede i sit forslag til afgørelse i sag 145/80, »for at en persons adfærd kan udlægges som et afkald i bestemte juridiske situationer, er det strengt nødvendigt, at denne adfærd er utvetydig i den forstand, at den klart og tvivlsomt viser den pågældende persons vilje til at give afkald på en rettighed« (Sml. 1981, s. 1990-1991). I den foreliggende sag kan den omstændighed, at sagsøgeren accepterede stillingen som maskinskriver på ingen måde betragtes som et afkald.

4. Jeg skal herefter gå over til at behandle sagens realitet.

Sagsøgeren har gjort gældende, at der foreligger flere proceduremangler og navnlig følgende: for det første at udvælgelseskomiteen har handlet i strid med de bestemmelser, der skal iagttages i forbindelse med fastsættelsen af kriterierne for bedømmelsen af prøverne; for det andet, at udvælgelseskomiteen har begået en fejl ved at undlade at diktere overskriften til stenografiprøven, hvilket er i strid med lighedsprincippet; for det tredje, at den metode, der blev anvendt ved gennemgangen af prøverne (»udligning af fordele«) er i strid med lighedsprincippet og med proportionalitetsprincippet, og for det fjerde, at der er handlet i strid med princippet om beskyttelse af den berettigede forventning. Sagsøgeren anfører i den forbindelse, at de ansøgere, som deltog i udvælgelsesprøven, må kunne forudsætte, at udvælgelseskomiteen ikke gør sig skyldig i nogen faktiske mangler. Under alle omstændigheder har administrationens meddelelse om resultatet af prøverne givet sagsøgeren en berettiget forventning om, at hun havde opnået et positivt resultat.

Heroverfor anføres det af Domstolen, at udvælgelseskomiteen ikke har begået nogen fejl, og at bedømmelsen af prøverne henhører under dens skønsmæssige kompetence, som Domstolen er udelukket fra at prøve. Endvidere anfører den, at sagsøgerens anbringende om den manglende iagttagelse af bestemmelserne vedrørende fastlæggelsen af kriterierne for bedømmelsen af prøverne, er grundløse, og at det samme gælder anbringendet om, at den foretagne gennemgang skulle være i strid med ligebehandlingsprincippet. Endelig anføres det, at der ikke foreligger nogen krænkelse af Detti's berettigede forventning.

Denne sidste indvending finder jeg korrekt. Er en udvælgelseskomités arbejde behæftet med en faktisk eller retlig mangel, vil de berørte altid kunne anlægge sag. Hvad angår administrationens meddelelse vedrørende resultatet af prøverne, har den ikke tilføjet sagsøgeren nogen skade, idet den ikke har forhindret hende i at anlægge sagen rettidigt.

Hvad angår sagsøgerens anbringende om, at der foreligger en proceduremangel, under hensyn til, at udvælgelseskomiteen ændrede de allerede fastsatte kriterier, er dette teoretisk set rigtigt, men ikke relevant i den foreliggende sag. Jeg skal i den forbindelse henvise til artikel 1, stk. 1, litra e), i tjenestemandsvedtægtens bilag III (»udvælgelsesprocedure«), hvorefter meddelelsen om udvælgelsesprøven, når der er tale om »en

udvælgelse på grundlag af prøver«, skal angive »disses karakter og vurderingen af dem«. Bortset fra denne bestemmelse, hvis betingelser meddelelsen i den foreliggende sag åbenart opfylder, indeholder vedtægten ingen udtrykkelig bestemmelse om, på hvilket tidspunkt kriterierne skal fastsættes. Der kan ganske vist af medlemsstaternes nationale retsregler vedrørende adgangen til tjeneste i offentlig forvaltning udledes en almindelig grundsætning — stemmende med hensynet til god forvaltning — om, at bedømmelseskriterierne bør fastlægges, før omslagene med ansøgernes besvarelse af opgaverne åbnes. I den foreliggende sag er det imidlertid ikke godtgjort, at dette princip skulle være tilsidesat, og at udvælgelseskomiteen skulle have ændret kriterierne under gennemgangen af de besvarede opgaver.

Herefter kommer jeg til det vanskeligste problem i sagen, nemlig hvorvidt der under afviklingen af prøverne og gennemgangen af de besvarede opgaver er handlet i strid med lighedsprincippet eller med proportionalitetsprincippet.

På ét punkt synes der her at være enighed mellem parterne, nemlig at overskriften til stenografiprøven, som udgjorde elleve ord, ikke blev dikteret til de ansøgere, der aflagde prøven i Luxembourg. Sagsøgte erkender ganske vist ikke denne undladelse som sådan, men udvælgelseskomiteens fejl er så åbenbar, at der ikke kan være tvivl om retsvirkningerne heraf. Domstolen har med rette i en tidligere dom statueret, at »foregår udvælgelsesproceduren på grundlag af prøver, forlanger lighedsprincippet, at prøverne finder sted under de samme betingelser for alle ansøgere, og er der tale om skriftlige prøver, er det for at kunne sammenligne ansøgernes indsats en praktisk nødvendighed, at disse prøver er de samme for alle« (dom af 27. 10. 1976 i sag 130/75, *Prais* mod *Rådet*, Sml. 1976, s. 1589, præmis 13). Forskellen mellem de opgaver, der blev stillet deltagerne i udvælgelsesprøven i Luxembourg, og dem, der blev stillet deltagerne i Bruxelles, indebærer derfor, at udvælgelsesproceduren må anses for at være i strid med lighedsprincippet.

I den forbindelse må det imidlertid fremhæves, at udvælgelseskomiteen og ansættelsesmyndigheden giver den forklaring på de anvendte kriterier, at der var tale om en udligning af de fordele, som deltagerne i Luxembourg havde, ved at skulle stenografere et mindre antal ord inden for det samme tidsrum (11 ord ud af 240) end de andre. Problemet her er altså, hvorvidt denne udligning eller den måde, den er gennemført på, kan underkastes en retslig prøvelse.

Som nævnt ovenfor mener ansættelsesmyndigheden, at dette spørgsmål henhører under udvælgelseskomiteens skønsmæssige kompetence og derfor er unddraget Domstolens prøvelsesret. Endvidere gør ansættelsesmyndigheden gældende, at udligningen var fornuftig og i overensstemmelse med et billighedsprincip. Disse udsagn virker imidlertid ikke overbevisende på mig. Principielt er det utvivlsomt muligt at bringe en sådan korrektionsmekanisme i anvendelse, men den skal i hvert fald være baseret på strengt objektive kriterier. Kun på grundlag af sådanne kriterier er det nemlig muligt at foretage en retslig kontrol af, hvorvidt der i det *konkrete* tilfælde er handlet i strid med ligheds- og proportionalitetsprincippet. Desuden er det af hensyn til retssikkerheden risikabelt at udvide området for det frie skøn yderligere, idet man herved afskærer muligheden for domstolskontrol.

I denne sag har sagsøgte, på trods af sin forpligtelse hertil, ikke givet nogen forklaringer vedrørende de af udvælgel-

seskomiteen anvendte kriterier. Ej heller har sagsøgte givet nogen som helst oplysninger, der kan danne grundlag for en vurdering af, om disse kriterier var objektive. Følgelig er Domstolen aldeles afskåret fra at foretage en direkte prøvelse af fremgangsmåden i forbindelse med nævnte udligning og resultaterne af denne udligning, og dermed også er afskåret fra at prøve dens lovlighed.

Alt i alt må proceduren i forbindelse med udvælgelsesprøven betragtes som værende ugyldig. Sagsøgeren har imidlertid ikke nedlagt påstand om annullation af udvælgelsesprøven som sådan. Ikke desto mindre er det min opfattelse, at Domstolens praksis i sager, hvor nogen er nægtet adgang til at deltage i en udvælgelsesprøve, vil kunne anvendes i den foreliggende sag. Som det hedder i Domstolens dom af 5. april 1979 i sag 117/78, Orlandi mod Kommissionen (Sml. 1979, s. 1613, præmis 25): »da der er tale om en generel udvælgelsesprøve med henblik på oprettelse af en ansættelsesreserve, vil sagsøgers rettigheder være tilstrækkeligt beskyttet, hvis udvælgelseskomiteen tager sin beslutning op til fornyet overvejelse, uden at der er anledning til at anfægte udvælgelsesprøvens resultat som helhed eller at annullere de i henhold hertil foretagne udnævnelser« (jfr. også dommene af 28. 6. 1979 i sag 255/78, Anselme mod Kommissionen, Sml. 1979, s. 2323; af 30. 11. 1978 i de forenede sager 4, 19 og 28/78, Salerno m.fl. mod Kommissionen, Sml. 1978, s. 2403; af 4. 12. 1975 i sag 31/75, Costacurta mod Kommissionen, Sml. 1975, s. 1563).

Derimod kan der ikke gives sagsøgeren medhold i påstanden om at ansætte hende med tilbagevirkende kraft i en stilling i kategori C 3/C 2. Domstolen kan kun efterprøve, hvorvidt den anfægtede retsakt er lovlig, og har ikke mulighed for at sætte sig i stedet for ansættelsesmyndigheden og træffe en anden beslutning.

5. Af de anførte betragtninger skal jeg sammenfattende foreslå Domstolen at antage den af Armelle Detti den 10. maj 1982 anlagte sag til realitetsbehandling, og at annullere den af udvælgelseskomiteen for udvælgelsesprøve CJ 49/79 trufne beslutning, i det omfang sagsøgeren ikke ifølge denne beslutning er optaget på reservelisten over sekretærer med stenografi og maskinskrivning.

Endelig skal jeg foreslå Domstolen at tilpligte sagsøgte at afholde sagens omkostninger.