FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F. CAPOTORTI FREMSAT DEN 11. JANUAR 1979 [1]

Høje Ret.

1. I denne sag, der blev anlagt af Hélène Martin mod Kommissionen den 27. februar 1978, er der nedlagt påstand om annullation af en intern udvælgelsesprøve, som sagsøgerinden var ansøger til. Hun deltog i den skriftlige prøve, men fik ikke adgang til de mundtlige prøver. Ved denne udvælgelsesprøve (KOM/680/75) var der tre omstændigheder, som sagsøgerinden baserer sine tre søgsmålsgrunde på, nemlig a) det af personaleudvalget udpegede medlem af udvælgelseskomiteen mødte kun op ved dennes første møde for at erklære, at han ikke havde til hensigt at deltage i arbejdet, hvilket han herefter rent faktisk heller ikke gjorde. Sagsøgerinden anfører, at princippet om, at det er en betingelse for udvælgelsesprøvens gyldighed, at alle udvælgelseskomiteens medlemmer er til stede, således er tilsidesat; b) det af udvælgelseskomiteen valgte emne til den skriftlige prøve faldt sammen med den anden ansøgers arbejdsområde gennem de seneste to år, der som midlertidigt ansat udførte det arbejde, som henhørte under den stilling, udvælgelsesprøven gjaldt. Dette er efter sagsøgerinden i uoverensstemmelse med princippet om lige behandling af ansøgerne; c) resultatet af udvælgelsesprøven var, at den midlertidigt ansatte Ferrandi blev »fastansat«. Dette viser efter sagsøgerinden, at proceduren var blevet iværksat i et særligt øjemed, som bestod i at imødekomme Ferrandis personlige interesser: Der forelå altså magtfordrejning.

Jeg vil gennemgå de tre problemer i den rækkefølge, jeg har sammenfattet dem i.

2. Det fremgår af sagsakterne, at personaleudvalget i Bruxelles ved brev af 26. september 1977 meddelte udvælgelseskomiteen for den omhandlede udvælgelsesprøve, at hr. Alonso, der var udpeget som »personalets repræsentant« i udvælgelseskomiteen havde fået mandat til »at afholde sig fra enhver deltagelse i arbejdet«. I brevet blev der henvist til det paritetiske samarbejdsudvalgs opfattelse, hvorefter individuelle udvælgelsesprøver burde afskaffes samt samme udvalgs negative udtalelse vedrørende udvælgelsesprøve KOM/680/75. Det blev endelig præciseret, at Alonso havde fået en ordre i den i tjenestemandsvedtægtens artikel 21 og bilag II, artikel 1 forudsatte betydning om ikke at deltage i udvælgelseskomiteens arbejde.

Udvælgelseskomiteens rapport henviser selv i punkt 2 til, at »personalets repræsentant« ved mødets begyndelse (den 14. 11. 1977) først oplæste og derefter overgav det ovennævnte brev til formanden med anmodning om, at den blev vedlagt rapporten. Rapporten fortsætter »de øvrige medlemmer tager den omhandlede note til efterretning og

1 — Oversat fra italiensk.

beslutter at fortsætte arbejdet«. Herefter taler rapporten altid om udvælgelseskomiteens arbejde og beslutninger, men det er klart, at den fungerede uden Alonso's medvirken.

Sagens parter er naturligvis uenige om, hvilke virkninger denne manglende medvirken bør have. Som nævnt henviser sagsøgerinden til et princip, hvorefter en udvælgelseskomité kun kan fungere på lovlig vis, hvis alle dens medlemmer er til stede. I øvrigt betragter sagsøgerinden det som et særligt groft retsbrud, at det af personaleudvalget udpegede medlem, som artikel 3 i bilag III i tjenestemandsvedtægten nævner særskilt, ikke deltager i arbejdet — og understreger, at udvælgelsesprøvens resultat nødvendigvis er blevet påvirket af, at udvælgelseskomiteen under hele sit arbejde ikke har været fuldtallig. Stadig ifølge sagsøgerinden burde den omstændighed, at personaleudvalget er et internt organ, have fået udvælgelseskomiteen til i det mindste at forsøge straks at erstatte Alonso, da det blev bekendt med hans holdning. Men sagsøgte hævder at have handlet i overensstemmelse med princippet om kontinuiteten i den offentlige tjeneste på trods af den generelt hindrende politik fra personaleudvalgets side, og bemærker, at det, når der forelå en sådan udtrykkeligt vedtagen politik, var meningsløst at erstatte Alonso.

Jeg finder det nødvendigt først at erindre om, at den af personaleudvalget udvalgte tjenestemand i enhver henseende er medlem af udvælgelseskomiteen: Dette fremgår klart af den nævnte artikel 3 i vedtægtens bilag III. Det er derfor urigtigt at påberåbe sig den af sagsøgte fremsatte opfattelse, hvorefter den pågældende tjenestemands tilstedeværelse er en garanti for personalet, som personaleudvalget også kunne give afkald på: Denne afkaldsmulighed kan ikke accepteres. Det er på den anden side også forkert at sammenligne udvælgelseskomiteen ved en udvælgelsesprøve med et paritetisk organ, som naturligvis ikke kan fungere, hvis ikke alle dens ordinære medlemmer (eller, dersom de er fraværende, deres suppleanter) er til stede (jf. artikel 3 i vedtægtens bilag III). Sagsøgerinden har henvist til dette synspunkt, men det modbevises dog af den omstændighed, at en udvælgelseskomité er en enhed, hvor der ikke kunne tænkes at bestå noget krav om afbalancering af institutionernes interesser over for personalets. Jeg finder det på den anden side heller ikke rigtigt i den af personaleudvalget udpegede person at se en »repræsentant« for udvalget eller for personalet; i en udvælgelseskomité indtager hvert medlem en individuel og uafhængig stilling og udøver derfor ikke sin virksomhed i andres navn eller for andres regning og kan heller ikke beskytte en kategoris interesser.

I virkeligheden forholder det sig således, at uanset hvorledes det ene eller andet medlem af en udvælgelseskomité er udpeget, har ethvert medlem samme stilling, når det først er udpeget (bortset naturligvis fra bisiddere med rent rådgivende stemme). Der er i det foreliggende tilfælde ingen tvivl om, at udpegelserne foregik lovligt: Kommissionen var i overensstemmelse med artikel 3 i vedtægtens bilag III sammensat af formanden og tre personer, der var udpeget af ansættelsesmyndigheden og af den af personaleudvalget udpegede tjenestemand (og en sekretær, om hvis stilling der hersker usikkerhed: Den pågældendes underskrift forefindes ikke nederst på rapporten). Tilbage er kun det generelle spørgsmål, om en lovligt sammensat udvælgelseskomité kan fungere uden ét af sine medlemmer.

I Domstolens praksis findes der et nyttigt, om end ikke afgørende præjudikat i dommen af 1. april 1971 i sag 76/69, Rabe (Sml. 1971, s. 69 ff). Et af sagens aspekter var, at et medlem af udvælgelseskomiteen, der var fraværende den dag, da ansøgerne blev interviewet, havde underskrevet rapporten og erklæret at tilslutte sig udvælgelseskomiteens afgørelse. Domstolen statuerede, at der forelå ulovlighed, idet det fraværende medlem »ved at tilslutte sig udvælgelseskomiteens afgørelse ... har givet indtryk af at have været underrettet lige så fuldstændigt som de øvrige medlemmer af udvælgelseskomiteen vedrørende hver enkelt ansøger, mens han i virkeligheden ikke har deltaget i det nævnte møde ...«. Domstolen tilføjede: »Det kan ikke udelukkes, at udvælgelseskomiteen i betragtning af alle de konstaterede ulovligheder såvel som ansættelsesmyndigheden burde have truffet en anden afgørelse«. Generaladvokat Dutheillet de Lamothe fremhævede i sit forslag til afgørelse om at »... i visse regler om det offentliges funktion, der nærmest ligestiller de regler, som en udvælgelseskomité skal overholde ved formuleringen af sin afgørelse med procedurereglerne under en retssag, er denne omstændighed i sig selv tilstrækkelig til uden hensyn til dens eventuelle virkninger at medføre annullation af udvælgelsesprøven«. Og vedrørende visse af »Consiglio di Stato italiano« og af »Conseil d'État français« trufne afgørelser, der afspejler en sådan opfattelse anførte han yderligere: »Denne praksis går ud fra, at det er umuligt at få kendskab til alt, hvad der kunne være sket i udvælgelseskomiteen, dersom alle dens medlemmer havde været til stede ...«.

»Ratio decidendi« i den nævnte Rabe-dom synes at være nødvendigheden af, at alle udvælgelseskomiteens medlemmer skal være i stand til at bedømme ansøgerne. Dette forudsætter, at alle medlemmerne hele tiden faktisk deltager i udvælgelseskomiteens arbejde. Dersom Domstolen i Rabe-sagen havde fundet, at udvælgelseskomiteen kunne fungere lovligt, selv om et af dens medlemmer var fraværende, ville medlemmets underskrift til godkendelse af mødereferatet have været uden betydning og derfor ikke have kunnet gøre proceduren lovlig. Der kan generelt fremsættes to bemærkninger, som går i samme retning som de netop nævnte domme. For det første er fuldtalligheden af en udvælgelseskomité en garanti for de ansøgere, som ved, at slutresultat fremkommer efter en udveksling af teknisk erfaring og forskellige synspunkter. Det er derfor berettiget, at udvælgelseskomiteerne ikke kan votere, hvis deres medlemmer ikke er mødt fuldtalligt. Når for det andet, der ikke findes regler om *quorum* (som det er tilfældet for de udvælgelsesprøver, der omfattes af personalevedtægten), er det umuligt at fastslå, hvilket minimum af medlemmer, som skal være tilstede for at udvælgelseskomiteen kan votere gyldigt; den opfattelse, hvorefter det er tilstrækkeligt, at blot et flertal af udvælgelseskomiteens medlemmer er til stede, støder på den indsigelse, at i så fald er en afgørelse, der er truffet af flertallet af de tilstedeværende medlemmer, et resultat af et mindretal af udvælgelseskomiteens medlemmers vilje (eller at en afgørelse ville blive umulig, dersom udvælgelseskomiteen består af tre medlemmer).

Jeg er klar over, at denne opfattelse indebærer en risiko for, at personaleudvalget kan føre en effektiv obstruktionspolitik, når dette indtager et sådant standpunkt, som det har givet udtryk for i det foreliggende tilfælde og i andre lignende tilfælde. I denne forbindelse ville jeg imid-

lertid gerne fremsætte nogle bemærkninger. Jeg mener dels ikke, at personaleudvalget er beføjet til med såkaldte »tjenestebefalinger« at binde en tjenestemand, som det har udpeget til at deltage i en udvælgelseskomité. Denne tjenestemand — der som sagt ikke korrekt kan betegnes som »personalets repræsentant« er således personligt ansvarlig for sin holdning i udvælgelseskomiteen. Dels er en erklæring om ikke at ville deltage i en udvælgelseskomités arbejde ensbetydende med at nedlægge sit hverv. Den institution, der har udskrevet udvælgelsesprøven, burde drage de samme konsekvenser heraf som i tilfælde af afskedsansøgninger: Den bør foretage en ny udpegning. Kun hvis denne procedure ikke giver noget resultat eller hvis dette »dilemma«, som efterfulgte den foregående udnævnelse gentog sig, kunne institutionen gøre gældende, at det har vist sig muligt at overholde artikel 3 i bilag III — hvad angår reglen om, at der skal deltage et af personaleudvalget udpeget medlem — og at denne umulighed gør det berettiget at udnævne en udvælgelseskomité, som udelukkende er sammensat af personer, der er udpeget af ansættelsesmyndigheden.

Der er ikke sket noget sådant i det foreliggende tilfælde. Udvælgelseskomiteen har uanset det af personaleudvalget udpegede medlems nægtelse af at deltage, roligt fortsat sit arbejde; den ansvarlige fællesskabsinstitution har ej heller forsøgt at erstatte dette medlem af udvælgelseskomiteen. Sagsøgerinden hævder derfor med rette, at resultaterne af udvælgelsesprøven er behæftet med mangler på grund af et af medlemmerne af udvælgelseskomiteens fravær. Efter min opfattelse medfører denne omstændighed procedurens ugyldighed.

3. Jeg vil gå over til det andet spørgsmål, der er beskrevet i indledningen til dette forslag til afgørelse. Emnet for den skriftlige prøve til den omhandlede udvælgelsesprøve lød således: »Fællesskabet og dets forbindelser med landene i middelhavsområdet: Associering eller ordning uden præferencer«. Det stod angivet i meddelelsen om udvælgelsesprøven, at den skriftlige prøve ville bestå af en affattelse over et emne, der vedrørte landene i middelhavsområdet (punkt III, 1). Den særlige tjeneste, hvori den stilling fandtes, som udvælgelsesprøven gjaldt (inden for generaldirektoratet for forbindelser med tredjelande) var faktisk den særlige tjeneste for forbindelser med landene i Sydeuropa; dens særlige opgave er »koordinationen sammen med generaldirektoratet for udvikling af samarbejdet vedrørende alle problemerne med hensyn til landene i middelhavsområdet, Portugal, Spanien, Malta, Grækenland, Tyrkiet, Jugoslavien og Cypern«.

Sagsøgte i den foreliggende sag har indrømmet, at ansøgeren Ferrandi under sin ansættelsesperiode som midlertidigt ansat i den ovennævnte tjeneste har været beskæftiget først med sager vedrørende »Tyrkiet« og siden vedrørende »Jugoslavien«. Som svar på et spørgsmål fra Domstolen med hensyn til det af sagsøgerinden udførte arbejde mellem den 1. juli 1975 og datoen for udvælgelsesprøven, har Kommissionen svaret, at fru Martin har beskæftiget sig med programmer og særlige uddannelsesplaner, der blev financieret af Den europæiske Udviklingsfond og ligeledes har været udsendt på tjenesterejse i tre AVS-lande. Denne virksomhed lå således på et helt andet område end det, der var beskrevet i meddelelsen om udvælgelsesprøven.

Det er indlysende, at Ferrandi havde en fordel ved allerede i to år at have udøvet de funktioner, der svarede til den stilling, udvælgelsesprøven gjaldt. Denne fordel kunne selvfølgelig ikke skade hans ret til

at deltage i den nævnte udvælgelsesprøve. Men udvælgelseskomiteen, der havde kendskab til ansøgernes tidligere arbejdsfelter (som bekendt skulle den på forhånd fastslå, hvilke af disse, der havde den bedste erfaring for arbejdet!) skulle have sørget for ikke yderligere at begunstige den ene ansøger i forhold til den anden, således at de fik ulige chancer for at bestå prøven. Prøvens emne kunne derfor udmærket helt i overensstemmelse med meddelelsen om udvælgelsesprøven dreje sig om alle de generelle problemer med hensyn til de lande i middelhavsområdet, som Fællesskabet har forbindelse med, eller i hvert fald dreje sig om problemer vedrørende andre lande i middelhavsområdet end Jugoslavien og Tyrkiet. Det af udvælgelseskomiteen valgte emne har derimod givet Ferrandi mulighed for at udnytte sin særlige erfaring til at beskrive associeringsproblemet (Tyrkiet) og problemerne om en ordning uden præferencer (Jugoslavien). I betragtning heraf synes det rigtigt at give sagsøgerinden medhold i hendes klagepunkt: Princippet om lige behandling af ansøgerne ved en udvælgelsesprøve er en væsentlig del af det endnu mere omfattende lighedsprincip, og det bør meget nøje overholdes, især af en udvælgelseskomite, som lige fra begyndelsen af sit arbejde har været anklaget for at have udpeget den foretrukne på forhånd (jf. det ovennævnte brev fra personaleudvalget af 26. 9. 1977, efterskriften: »Ifølge de oplysninger, som personaleudvalget er i besiddelse af ... vil Ferrandi blive foretrukket ...«.

4. Herefter skal spørgsmålet om magtfordrejning undersøges. Ifølge sagsøgerinden har det af sagsøgte forfulgte mål ved offentliggørelsen af meddelelsen om udvælgelsesprøven ikke været tjenestens interesse, men udnævnelsen af den person, der beklædte stillingen som midlertidigt ansat. Til støtte for denne tese nævner sagsøgerinden følgende omstændigheder: Den første meddelelse om den omhandlede ledige stilling blev offentliggjort i september 1974 (KOM/1440/74), men blev annulleret i marts 1975; Ferrandi blev ansat som midlertidig ansat i maj 1975; den anden meddelelse om ledig stilling blev offentliggjort i juli 1975 (KOM/680/75), og dog blev forfremmelses- eller forflyttelsesproceduren (som Ferrandi ikke kunne deltage i) ikke videreført; to år hengik, før end meddelelsen om en ny intern udvælgelsesprøve blev offentliggjort, og da dette skete, indeholdt den mindre strenge betingelser end dem, der var opstillet i meddelelsen om den ledige stilling (den sidstnævnte krævede særligt kendskab til de problemer, der optræder i forbindelserne mellem Fællesskabet og landene i middelhavsområdet, hvorimod det til udvælgelsesprøven ansås for tilstrækkeligt med blot et kendskab til disse problemer. Det af det paritetiske samarbejdsudvalg og personaleudvalget indtagne standpunkt med hensyn til den omhandlede udvælgelsesprøve — negativ udtalelse fra det førstnævnte og forudsigelse om udnævnelse af Ferrandi fra det sidstnævnte — bekræfter ifølge sagsøgerinden, at proceduren var blevet planlagt til fordel for en bestemt person, hvorfor der var tale om en udvælgelsesprøve »efter mål«.

Der hersker ingen tvivl om, at hvis en intern udvælgelsesprøve synes at være udskrevet alene med henblik på at udnævne den også faktisk foretrukne ansøger i den ledige stilling, er proceduren ugyldig på grund af magtfordrejning (jf. i denne forbindelse dommen af 28. 9. 1976 i sag 105/75, Giuffrida, Sml. 1976, s. 1395 ff). Denne magtfordrejning skal imidlertid godtgøres ved hertil

egnede beviser i forhold til det generelle formål for enhver udvælgelsesprøve: I Giuffrida-sagen havde den sagsøgte institution indrømmet, at det reelle formål for den interne udvælgelsesprøve, der udgjorde stridens genstand, havde været at »afhjælpe uregelmæssighederne i en bestemt tjenestemands administrative situationer«; desuden syntes betingelserne ved udvælgelsesprøven at være sat ud fra hensynet til den foretrukne konkurrent. I det foreliggende tilfælde foreligger der en anden situation, og der synes ikke at være frembragt noget afgørende bevis for magtfordrejning.

De af sagsøgerinden påberåbte argumenter er sammenfattet ovenfor. Annullationen i 1975 af den i 1974 offentliggjorte meddelelse om ledig stilling forekommer uvæsentlig, idet der er tale om en begivenhed, der går forud for ansættelsen af Ferrandi som midlertidigt ansat. Den omstændighed, at den meddelelse om ledig stilling, der blev offentliggjort i juli 1975, ikke blev fulgt op af andet end meddelelsen om udvælgelsesprøven af 1977 er ikke nødvendigvis ensbetydende med, at administrationen afventede, at Ferrandi havde opnået større kundskaber: Han kunne lige så vel anse sig for at blive skadet ved udsættelsen af en udvælgelsesprøve, som han med sikkerhed havde til hensigt at deltage i. Forskellen mellem meddelelsen om ledig stilling og meddelelsen om udvælgelsesprøve skyldes ifølge sagsøgte, at der blev taget hensyn til en henstilling fra det paritetiske samarbejdsudvalg. Dette udvalgs og personaleudvalgets holdning til udvælgelsesprøven afspejler som nævnt en bredere indstilling. Hvad angår den førnævnte udtalelse om, at Ferrandi ville blive foretrukket, bør det ikke glemmes, at han på forhånd havde den fordel allerede at have udøvet de funktioner, som hørte under den stilling, udvælgelsesprøven gjaldt, og at han kun havde én virkelig konkurrent.

Alt dette udelukker ganske vist ikke, at »udnævnelsen« af Ferrandi eventuelt havde været inde i billedet ved offentliggørelsen af den omhandlede meddelelse om intern udvælgelsesprøve; men dette er efter min opfattelse ikke tilstrækkeligt til, at der foreligger magtfordrejning. Denne mangel ville foreligge, dersom det blev godtgjort, at man i stedet for det særlige formål for en udvælgelsesprøve (nemlig udvælgelse af den bedst egnede person til at beklæde en stilling) *fra offentliggørelsen af meddelelsen* havde haft til hensigt at besætte stillingen med en bestemt person. Imidlertid udgør de af sagsøgerinden beskrevne omstændigheder ikke noget bevis i denne henseende.

5. Under hensyn til de fremsatte bemærkninger, især til den formmangel, som skyldes, at udvælgelseskomiteen arbejdede uden et af sine medlemmer, og til at der foreligger en krænkelse af princippet om lige behandling af ansøgerne, vil jeg foreslå Domstolen at annullere proceduren til udvælgelsesprøven KOM/680/75 og at idømme Kommissionen sagsomkostningerne.