CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL F. CAPOTORTI VAN 11 JANUARI 1979 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Met haar op 27 februari 1978 ingesteld beroep wil mevrouw Hélène Martin bereiken dat een intern vergelijkend onderzoek, waarvoor zij zich had opgegeven en waarvan zij het schriftelijk gedeelte heeft afgelegd, terwijl zij tot het mondeling gedeelte niet werd toegelaten, wordt nietigverklaard. Dat onderzoek (COM/680/75) vond plaats onder na te melden omstandigheden, waaraan betrokkene de drie gronden van haar beroep ontleent, te weten: a) het lid van de commissie (jury) dat door het personeelscomité was aangewezen, was op de eerste zitting van bedoelde commissie verschenen met de mededeling dat hij niet aan de werkzaamheden wenste deel te nemen; ook nadien distancieerde hij zich ervan. Verzoekster acht hierin een schending gelegen van het beginsel volgens hetwelk een vergelijkend onderzoek slechts rechtsgeldig kan zijn wanneer alle leden der jury eraan deelnemen; b) het onderwerp dat door de jury voor het schriftelijk gedeelte werd opgegeven, was gelegen op het terrein waarop de andere kandidaat zich de beide voorafgegane jaren had bewogen — als tijdelijk functionaris was hij belast met de werkzaamheden, verbonden aan de post waarom het in het vergelijkend onderzoek ging —. Verzoekster acht dit in strijd met het beginsel dat de kandidaten gelijk moeten worden behandeld; c) de uitslag van het onderzoek leidde tot de vaste aanstelling van de tijdelijk functionaris, de heer Ferrandi. De procedure blijkt dus te zijn opgezet met het oog op een speciaal doel, te weten het tevredenstellen van de heer Ferrandi — hetgeen overschrijding van rechtsmacht oplevert —.

Ik zal de drie vragen bespreken in de volgorde waarin ik ze hiervoor heb samengevat.

2. Uit de stukken blijkt dat het Brussels personeelscomité bij brief van 26 september 1977 de jury heeft medegedeeld dat de heer Alonso, als vertegenwoordiger van het personeel voor die commissie aangewezen, de opdracht had ontvangen „zich van iedere deelneming aan de werkzaamheden te onthouden". In de brief werd gerefereerd aan het feit dat de paritaire commissie zich vóór een afschaffing van individuele vergelijkende onderzoeken had uitgesproken, alsook aan de bezwaren, door die commissie tegen het vergelijkend onderzoek COM/680/75 had gemaakt. Tenslotte werd erop gewezen dat de nietdeelneming door de heer Alonso aan de werkzaamheden van de jury berustte op een instructie in de zin van artikel 21 van het Statuut en artikel 1 van bijlage II.

De jury refereert harerzijds in haar verslag — sub 2 — aan het feit dat de vertegenwoordiger van het personeelscomité bij het begin van de zitting (van 14 november 1977) aan de voorzitter voormelde brief heeft voorgelezen en overhandigd, met verzoek om aanhechting aan het procesverbaal. „De andere leden" — zo vervolgt het verslag — „nemen akte van de inhoud der betrokken nota en be-

1 — Vertaald uit het Italiaans.

sluiten hun werkzaamheden voort te zetten". Het verslag spreekt nadien steeds van de werkzaamheden en besluiten *van de jury;* het is evenwel duidelijk dat de jury buiten aanwezigheid van de heer Alonso is opgetreden.

Partijen beoordelen zijn afwezigheid uiteraard verschillend. Ik wees er reeds op, dat verzoekster het beginsel inroept dat een jury slechts rechtsgeldig kan optreden, wanneer alle leden aan haar werkzaamheden deelnemen. Met name acht zij het onrechtmatig wanneer het door het personeelscomité aangewezen lid — met zoveel woorden genoemd in artikel 3 van bijlage III van het Statuut — aan die werkzaamheden niet deelneemt, en zij wijst erop dat de uitslag van het onderzoek natuurlijk mede is bepaald door het feit dat de jury gedurende de werkzaamheden steeds onvolledig is gebleven. Nog steeds volgens verzoekster, had het feit dat het personeelscomité een intern orgaan is, de Commissie aanleiding moeten geven om tenminste te proberen de heer Alonso vervangen te krijgen, toen deze zijn standpunt mededeelde. Maar verweerster stelt harerzijds te hebben gehandeld overeenkomstig het beginsel dat een continuë vervulling van de openbare dienst verlangt — tegenover de in de regel obstructionistische gedragslijn van het personeelscomité — en wijst erop dat het, gezien deze met zoveel woorden aangekondigde gedragslijn, geen zin had naar een vervanger van de heer Alonso uit te zien.

Ik meen er in de eerste plaats aan te moeten herinneren dat de door het personeelscomité aangewezen ambtenaar in ieder opzicht als een lid van de jury is te beschouwen: het staat duidelijk te lezen in voormeld artikel 3 van bijlage III bij het Statuut. Het houdt dan ook geen steek wanneer verweerster betoogt dat de aanwezigheid van bedoelde ambtenaar een aan het personeel verleende garantie inhoudt, waarvan het personeelscomité ook afstand zou kunnen doen: die mogelijkheid tot afstand kan niet worden aanvaard. Het is evenwel ook misplaatst wanneer men de jury wil vergelijken met een paritair orgaan, dat natuurlijk niet kan werken als niet alle leden (c.q. hun plaatsvervangers) aanwezig zijn (vgl. artikel 3 van bijlage II bij het Statuut). Verzoekster heeft daarop gezinspeeld; zij vergat evenwel dat een jury — waarbinnen aan afstemming tussen belangen van de instelling en belangen van het personeel niet kan worden gedacht — strikt als een eenheid is te beschouwen. Anderzijds acht ik het ook niet juist in de door het personeelscomité aangewezen ambtenaar een „vertegenwoordiger" van het comité of van het personeel te zien; in een jury neemt ieder lid een individuele, onafhankelijke plaats in; hij treedt dus niet samen met — of voor rekening van — anderen op en kan geen groepsbelangen verdedigen.

Onverschillig langs welke weg de onderscheiden leden van een jury worden aangewezen, als het eenmaal zover is nemen zij allen eenzelfde positie in (uiteraard tenzij er sprake is van toegevoegde leden, met alleen maar een adviserende stem). In casu lijdt het geen twijfel dat de aanwijzingen regulier waren geschied: de jury bestond — in de zin van genoemd artikel 3 van bijlage III bij het Statuut — uit de voorzitter, uit drie personen aangewezen door het tot aanstelling bevoegde gezag en de door het personeelscomité aangewezen ambtenaar (alsook uit een — vrouwelijke — secretaris, die een onzekere positie inneemt: haar handtekening staat niet onder het verslag). Het is dus heel in het algemeen slechts de vraag of een regulier samengestelde commissie kan functioneren als een der leden niet aan de werkzaamheden deelneemt.

In 's Hofs jurisprudentie is een leerzaam, ofschoon niet doorslaggevend precedent te vinden in de zaak 76/69 (Rabe, arrest van 1 april 1971, Jurispr. 1971, blz. 297 e. v.). Een der aspecten welke in die zaak aan de orde kwamen, was gelegen in het feit dat een lid van de jury op de dag waarop het gesprek met de kandidaten gevoerd werd, afwezig was geweest en toch het proces-verbaal had ondertekend, verklarende zich met de conclusie van de jury te kunnen verenigen. Het Hof achtte dit onrechtmatig, omdat het afwezige lid, „door zich uitdrukkelijk achter de conclusies van de jury te stellen, de indruk heeft gevestigd evenzeer als de andere juryleden volledig over elk der kandidaten te zijn ingelicht, terwijl hij in werkelijkheid niet heeft deelgenomen aan dit onderhoud ..." Het Hof overwoog verder „dat niet uitgesloten moet worden geacht dat zowel de jury als het tot aanstelling bevoegde gezag wegens de zojuist geconstateerde onregelmatigheden in andere zin hadden kunnen beslissen". In zijn conclusie had de advocaat-generaal Dutheillet de Lamothe erop gewezen dat in „het ambtenarenrecht van sommige landen ... de regels voor de beraadslaging van een jury voor een vergelijkend onderzoek min of meer gelijk worden gesteld met die in de rechtspraak", welk feit „reeds op zichzelf — afgezien van de eventuele gevolgen — voldoende zou zijn voor de nietigverklaring van het vergelijkend onderzoek". En voorts — naar aanleiding van de aldus georiënteerde arresten van de Italiaanse Consiglio di Stato en de Franse Conseil d'État —: „deze uitspraken steunen alle op de gedachte dat het onmogelijk is te weten hoe het in de jury zou zijn gegaan indien alle leden bij alle vergaderingen aanwezig waren geweest".

Het komt mij voor dat de *ratio* van voormeld arrest Rabe gelegen is in het feit dat alle leden van de jury gelijkelijk in staat moeten zijn de sollicitanten te beoordelen. Dat wil zeggen dat alle leden ook daadwerkelijk en geregeld aan de werkzaamheden van de jury moeten deelnemen. Zou het Hof in het geval Rabe het optreden der commissie ondanks de afwezigheid van een der leden geoorloofd hebben geacht, dan zou de ondertekening — i. e. goedkeuring — van het proces-verbaal door dat lid irrelevant zijn geweest, en dus ook niet als vormfout kunnen worden aangemerkt. Men kan hier in het algemeen twee overwegingen doen gelden, die in dezelfde richting wijzen als voormelde jurisprudentie. In de eerste plaats vormt de omstandigheid dat een jury uit meerdere leden bestaat, een waarborg voor de kandidaten dat aan de uiteindelijke beslissing verschillende technische ervaringen en gezichtspunten ten grondslag zullen liggen; het heeft dus goede zin dat de jury's geen besluit kunnen nemen als niet alle leden aanwezig zijn. In de tweede plaats valt, wanneer *quorum*-regelen ontbreken (zoals het geval is met de vergelijkende onderzoeken in de zin van het personeelsstatuut), onmogelijk te bepalen hoeveel leden tenminste aanwezig moeten zijn, wil de commissie rechtsgeldig kunnen besluiten; de stelling dat de aanwezigheid van een eenvoudige meerderheid der leden voldoende zou zijn, stuit af op het bezwaar dat in zodanig geval een meerderheidsbesluit van de aanwezigen uit de wil van een minderheid der leden zou resulteren (ofwel — wanneer de commissie uit drie leden mocht bestaan — zonder meer onmogelijk zou worden).

Ik geef er mij rekenschap van, dat aan mijn standpunt het risico verbonden is dat het tot werkelijke obstructie van de zijde van het personeelscomité komt, wanneer het zich mocht willen gedragen zoals het in casu — en in andere soortge-

lijke gevallen — heeft gedaan. Ik zou hieromtrent nochtans enige opmerkingen willen maken. Enerzijds geloof ik niet dat het personeelscomité met zogenaamde „instructies" een ambtenaar die het voor deelneming aan een jury had aangewezen, heeft kunnen binden. Bedoelde ambtenaar — die, als gezegd, eigenlijk niet als „personeelsvertegenwoordiger" kan worden aangemerkt — is dan ook persoonlijk aansprakelijk voor de houding welke hij binnen de jury aanneemt. Anderzijds komt een verklaring dat men aan de werkzaamheden van een commissie van onderzoek niet wenst deel te nemen, op het aanvragen van ontslag uit de commissie neer. De instelling die het vergelijkend onderzoek heeft uitgeschreven, zou daaraan dus dezelfde consequenties moeten kunnen verbinden als aan ontslagaanvragen, dat wil zeggen de procedure tot een nieuwe benoeming op gang brengen. Alleen wanneer die procedure niet tot resultaat mocht leiden of tot eenzelfde „impasse" mocht leiden als naar aanleiding van de eerdere benoeming ontstond, zou de instelling kunnen volhouden dat de naleving van artikel 3 van bijlage III, wat betreft de deelneming van een door het personeelscomité aangewezen lid aan de werkzaamheden der jury, onmogelijk is gebleken en dat zij, gezien die onmogelijkheid, gerechtigd was een jury samen te stellen, uitsluitend bestaande uit personen die door het tot aanstelling bevoegde gezag waren aangewezen.

In casu is het zo niet gegaan. De jury heeft, toen het door het personeelscomité aangewezen lid weigerde als zodanig op te treden, rustig zijn werkzaamheden voortgezet; de verantwoordelijke instelling der Gemeenschap heeft zelfs geen vervanging beproefd. Verzoekster heeft dan ook gelijk, wanneer zij stelt dat de uitkomsten van het vergelijkend onderzoek door het ontbreken van een van de leden der commissie zijn vervalst. Mijns inziens brengt dit mede dat de procedure niet als rechtsgeldig kan worden aangemerkt.

3. Gaan wij thans over tot bespreking van de tweede hiervoor genoemde vraag. Het onderwerp van het schriftelijk gedeelte van het hierbedoelde vergelijkend onderzoek was als volgt omschreven: „De Gemeenschap en haar betrekkingen met de landen van het Middellandse Zeegebied: associatie of non-preferentiële regeling". In de aankondiging van het onderzoek was vermeld dat het schriftelijk gedeelte zou bestaan in een exposé over een onderwerp, de landen van het Middellandse Zee-gebied betreffende (punt III, 1). De gespecialiseerde dienst waar de post moest worden vervuld waarom het in het vergelijkend onderzoek ging (een dienst op het directoraat-generaal Buitenlandse betrekkingen) was die voor de betrekkingen met de landen van Zuid-Europa; zij had met name tot taak de „coördinatie met de directoraten-generaal Ontwikkeling en samenwerking inzake *gezamenlijke vraagstukken* betreffende de landen van het Middellandse Zee-gebied: Portugal, Spanje, Malta, Griekenland, Turkije, Zuid-Slavië, Cyprus".

Verweerster heeft erkend dat de kandidaat Ferrandi in het tijdvak, gedurende hetwelk hij als tijdelijk functionaris op die dienst werkzaam is geweest, eerst Turkse en vervolgens Joegoslavische aangelegenheden heeft behandeld. Met betrekking tot de werkzaamheden welke verzoekster tussen 1 juli 1975 en de dag van het onderzoek heeft verricht, heeft verweerster — in antwoord op een vraag van ons Hof — zelf verklaard dat mevrouw Martin zich had bezig gehouden met speciale vormingsprogramma's en -projecten, die gefinancierd werden door het Europees Ontwikkelingsfonds, waaraan ook een taak was toegedacht ten behoeve van drie ACP-landen, dat wil zeggen werkzaamheden gelegen op een heel ander terrein dan in de aankondiging van het onderzoek voorzien.

Dat de heer Ferrandi reeds twee jaar de functies, verbonden aan de post in het vergelijkend onderzoek bedoeld, had vervuld, was voor hem uiteraard een voor-

deel. Natuurlijk deden deze voor hem gunstige omstandigheden niet af aan zijn recht aan het onderzoek deel te nemen. Maar de jury had, kennisdragende van de precedenten der sollicitanten (opgemerkt zij dat zij eerst had moeten uitmaken wie hunner de nodige ervaring voor de functie hadden opgedaan!), erop moeten toezien dat het voordeel van de ene sollicitant ten opzichte van de andere niet nog groter werd, zodat aan de gelijkheid van de kansen van beide sollicitanten afbreuk werd gedaan. Voor de schriftelijke behandeling had men derhalve — met volledige inachtneming van de aankondiging — zeer wel zijn keus kunnen bepalen op algemene problemen, in hun gezamenlijkheid betrekking hebbende op de Middellandse Zee-landen waarmede de Gemeenschap betrekkingen onderhoudt, of anders problemen betreffende andere Middellandse Zee-landen dan Joegoslavië en Turkije. Omgekeerd heeft het gekozen onderwerp de heer Ferrandi in staat gesteld met behulp van zijn bijzondere ervaring het probleem van de associatie (wat Turkije betreft) en dat van de non-preferentiële regeling (wat Joegoslavië betreft) te illustreren. In zoverre acht ik het bekłag van verzoekster gerechtvaardigd: het beginsel ener gelijke behandeling van de deelnemers aan een vergelijkend onderzoek is een belangrijk aspect van het gelijkheidsbeginsel in ruimere zin en dient, vooral door een commissie die er van het begin harer werkzaamheden af aan van is beschuldigd bij voorbaat haar keus te hebben bepaald, strikt te worden geëerbiedigd (vgl. de aangehaalde brief van 26 september 1977 van het personeelscomité, postscriptum: „volgens de inlichtingen waarover het comité beschikt ... zal de heer Ferrandi het concours winnen ...").

4. Blijft de vraag of er van overschrijding van rechtsmacht mag worden gesproken. Volgens verzoekster zou verweerster met het uitschrijven van het onderzoek niet slechts het dienstbelang op het oog hebben gehad, doch ook de benoeming van degene die — als tijdelijk functionaris — reeds op de post werkzaam was. Tot staving van haar standpunt vermeldt verzoekster de volgende feiten: een eerste aankondiging van de vacature is geschied in september 1974 (COM/1440/74), doch in maart 1975 geannuleerd; de heer Ferrandi werd in mei 1975 als tijdelijk functionaris in dienst genomen; een tweede aankondiging van de vacature verscheen in juli 1975 (COM/680/75), maar de procedure voor promotie of overgang (waaraan de heer Ferrandi niet kon deelnemen) werd niet uitgeschreven; er verstreken nog twee jaren voordat het intern vergelijkend onderzoek werd uitgeschreven, en op dat moment vermeldde de aankondiging gunstiger condities dan toen de post vacant werd verklaard (was daarin sprake van een *grondige* kennis van problemen verband houdende met de betrekkingen tussen de Gemeenschap en de Middellandse Zee-landen, voor het vergelijkend onderzoek volstond men met het verlangen van kennis — zonder meer — van bedoelde problemen). De houding, welke de paritaire commissie en het personeelscomité met betrekking tot dit vergelijkend onderzoek hebben ingenomen — een negatief standpunt van de eerste, en een voorspelling van het succes van de heer Ferrandi door de tweede — hield volgens verzoekster een bevestiging in dat de procedure een bepaald persoon op het lijf geschreven was en als een „concours bidon" mag worden beschouwd.

Als een intern vergelijkend onderzoek alleen blijkt te zijn uitgeschreven ten einde de in feite gekozen kandidaat op de vacante post te kunnen benoemen, dan is er met betrekking tot de procedure ongetwijfeld van overschrijding van rechtsmacht sprake (vgl. het arrest van 28 september 1976, gewezen in de zaak 105/75, Giuffrida, Jurispr. 1976, blz. 1395 e.v.). Dat het typische algemene

doel van ieder vergelijkend onderzoek op deze wijze is omzeild, moet evenwel deugdelijk worden bewezen: in het geval Giuffrida had de gedaagde instelling toegegeven dat het er in het omstreden geding om begonnen was geweest „de onregelmatigheid van de administratieve positie van een bepaalde ambtenaar op te heffen"; voorts leken de condities van het onderzoek voor de sollicitant die de benoeming kreeg, op maat gesneden. In casu doet zich een andere situatie voor, en een deugdelijk bewijs van overschrijding van rechtsmacht lijkt mij niet geleverd.

Ik heb hiervoor de argumenten van verzoekster opgesomd. Dat de in 1974 gepubliceerde aankondiging van de vacature in 1975 werd geannuleerd, legt voor mij geen gewicht in de schaal, omdat zich dit vóór de aanstelling van de heer Ferrandi als tijdelijk functionaris heeft afgespeeld. Dat de in juli 1975 geplaatste aankondiging van de vacature pas na uitschrijving van het vergelijkend onderzoek van 1977 tot een benoeming heeft geleid, wil niet per se zeggen dat de administratie heeft gewacht totdat de heer Ferrandi voldoende ervaring zou hebben opgedaan: hij kon zich door de vertraagde uitschrijving ook benadeeld achten, nu hij stellig aan het concours wenste deel te nemen. Het verschil tussen de aankondiging der vacature en de uitschrijving van het vergelijkend onderzoek vindt zijn oorzaak in een suggestie van de paritaire commissie, welke zij heeft overgenomen. In de houding van die commissie en van het personeelscomité met betrekking tot het onderhavig vergelijkend onderzoek spiegelde zich, naar wij zagen een meer algemene gedragslijn af. Wat tenslotte de voorspelling van het succes van de heer Ferrandi betreft, dat deze een voordeliger uitgangspositie innam, omdat hij de tot de post behorende functies reeds had vervuld en met slechts een werkelijke mededinger te doen had, behoeft niet te worden geloochend.

Een en ander neemt natuurlijk niet weg dat het vooruitzicht van een vaste aanstelling van de heer Ferrandi op het tijdstip dat het hierbedoelde onderzoek werd uitgeschreven, een rol heeft kunnen spelen; mijns inziens is dat evenwel niet voldoende om van overschrijding van rechtsmacht te spreken. Anders ware het indien werd bewezen dat in *plaats* van het typische doel dat bij het uitschrijven van een concours voorzit (het kiezen van de meest geschikte kandidaat) *bij de uitschrijving van het concours terstond* de bedoeling heeft voorgezeten de post aan een bepaalde persoon te vergeven. De door verzoekster aangevoerde omstandigheden bewijzen het niet.

5. Op grond van vorenstaande overwegingen, met name gelet op de procedurefout, welke in het optreden van de jury bij ontstentenis van een lid besloten ligt en in aanmerking genomen de schending van het beginsel ener gelijke behandeling der kandidaten, concludeer ik dat het Hof het vergelijkend onderzoek COM/680/75 zal nietig verklaren — met veroordeling van de Commissie in de kosten —.