Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MICHAL BOBEK
föredraget den 29 januari 2019[1]

Mål C-243/18 P

Europeiska gemensamma företaget för ITER och utveckling av fusionsenergi (Gemensamma företaget Fusion for Energy)
mot

Yosu Galocha

”Överklagande – Personalmål – Kontraktsanställda – Urvalsförfarande för det gemensamma företaget Fusion for Energy – Fel i urvalsförfarande – Inget skriftligt prov – Ogiltigförklaring av efterföljande för tredje man förmånliga rättsakter – Ogiltigförklaring av en reservlista och inverkan på anställning av personer från en reservlista – Proportionalitet – Intresseavvägning – Berättigade förväntningar”

I. Inledning

1. Det europeiska gemensamma företaget för ITER och utveckling av fusionsenergi (nedan kallat F4E eller klaganden) inledde ett urvalsförfarande för anställning av kontraktsanställd personal. I vägledningen för sökande som var bilagd meddelandet om lediga tjänster angavs att både muntliga och skriftliga prov skulle genomföras. F4E genomförde endast ett muntligt prov. Efter detta muntliga prov valde det ut sökande som fördes upp på reservlistor och sedan anställdes två sökanden från dessa listor.

2. Yosu Galocha deltog i detta urvalsförfarande. Hans namn fördes emellertid inte upp på reservlistorna. Han väckte talan mot F4E vid tribunalen med yrkande om ogiltigförklaring av urvalskommitténs beslut att inte godkänna honom. Tribunalen ogiltigförklarade inte endast det beslutet utan även reservlistorna i deras helhet och besluten att anställa godkända sökande från dessa listor.

3. F4E har nu överklagat denna dom och har gjort gällande att tribunalen har åsidosatt proportionalitetsprincipen genom att ogiltigförklara beslut som var förmånliga för tredje man, det vill säga reservlistorna och besluten om anställning.

4. Förevarande överklagande ger domstolen tillfälle att pröva huruvida den avvägning som gjorts i tribunalens dom var motiverad med hänsyn till omständigheterna i förevarande mål. Under vilka omständigheter, sett i ett vidare perspektiv, kan fel som begåtts i ett urvalsförfarande föranleda ogiltigförklaring av samtliga efterföljande åtgärder som härrör från detta urvalsförfarande inbegripet dem som är till förmån för tredje man rörande reservlistor, enskilda anställningsbeslut eller anställningsavtal?

1 Originalspråk: engelska.

II. De faktiska omständigheterna och förfarandet

A. Tvistens bakgrund

5. De faktiska omständigheterna, som de redovisas i den överklagade domen,[2] kan sammanfattas på följande sätt.

6. F4E är ett gemensamt företag enligt artikel 45 i Euratomfördraget. Det inrättades genom rådets beslut 2007/198/Euratom av den 27 mars 2007.[3] Yosu Galocha arbetade vid F4E:s anläggning i Barcelona (Spanien) från den 23 april 2014 som tillfälligt anställd. Han arbetade sedan kvar där från den 5 maj 2015 som extern uppdragstagare enligt ett avtal mellan F4E och ett annat bolag. I februari 2016 upphörde även detta avtal.

7. Den 5 februari 2015 offentliggjorde F4E ett meddelande om lediga tjänster (F4E/CA/ST/FGIV/2015/001) på sin webbplats i syfte att upprätta två reservlistor. Målet var att anställa tjänstemän inom kostnadskontroll och att upprätta en lista med namn på fyra personer för dess anläggning i Barcelona och en annan, också med namn på fyra personer, för dess anläggning i Cadarache (Frankrike). Godkända sökande skulle anställas som kontraktsanställda på kort tid enligt artikel 3a i anställningsvillkoren för övriga anställda i Europeiska unionen (nedan kallade anställningsvillkoren) för en tid om högst tre år som inte kunde förlängas.

8. Avsnitt 3 i meddelandet om lediga tjänster hänvisade till en ”vägledning för sökande” för mer information om urvalsförfarandet för kontraktsanställd personal. Denna vägledning fanns tillgänglig på F4E:s webbplats tillsammans med anställningsvillkoren.

9. Avsnitt 5 i vägledningen för sökande hade rubriken ”Översikt över urvalsförfarandet”. Däri föreskrevs att det skulle inrättas en urvalskommitté. Av tredje stycket i första underavdelningen i avsnitt 5, med rubriken ”Bedömning av ansökningar”, i vägledningen för sökande framgick att behöriga sökande som hade de bästa profilerna skulle inbjudas till muntliga och skriftliga prov. I femte stycket angavs att närmare upplysningar om datum, tidpunkt och adresser för skriftliga och muntliga prov skulle anges i inbjudningar till de behöriga sökandena. I det sjätte stycket klarlades slutligen att de kunde bjudas in till att avlägga muntliga och skriftliga prov på samma dag eller på ett antal på varandra följande dagar, beroende på antalet sökande.

10. Avsnitt 5, andra underavdelningen i vägledningen för sökande, med rubriken ”Urval” innehöll rubrikerna ”Muntligt prov” följd av ”Skriftligt prov” och ”Förfarande för proven”.

11. Under ”Muntligt prov” angavs att provet utformats i syfte att hjälpa ledamöterna i urvalskommittén att bedöma sökandens allmänna lämplighet och motivation, förmåga att utföra de arbetsuppgifter som angivits under rubriken ”Ansvarsområden” i det ifrågavarande meddelandet om lediga tjänster, specialkunskaper på det ifrågavarande området, förmåga att uttrycka sig på F4E:s arbetsspråk och förmåga att anpassa sig till en mångkulturell miljö.

12. Under ”Skriftligt prov” angavs det att det vid detta prov skulle tas hänsyn till de specifika kunskaper som krävdes för den vakanta tjänst för vilken urvalsförfarandet inletts, sökandens förmåga att uttrycka sig genom skriftlig presentation, allmänna lämplighet och språkliga förmåga, i den mån de var nödvändiga för att utföra arbetsuppgifterna.

2 Dom av den 25 januari 2018, Galocha/Gemenskapsföretaget för ITER och utveckling av fusionskraft (T-561/16, EU:T:2018:29, punkterna 1–20).

3 Beslut om inrättande av ett europeiskt gemensamt företag för ITER och utveckling av fusionsenergi samt om beviljande av förmåner till detta företag (EUT L 90, 2007, s. 58).

13. Under ”Förfarande för proven” angavs, i andra stycket, att bedömningen av sökandena skulle avslutas först när var och en av dem genomfört de två proven, det muntliga och det skriftliga, och att denna bedömning skulle grundas på det resultat som uppnåtts efter båda dessa prov.

14. Den 26 februari 2015 gav Yosu Galocha in sin ansökan om den lediga tjänsten. Han inbjöds genom ett e-postmeddelande av den 17 april 2015 av personalavdelningen vid F4E till en intervju. I ett brev som var bilagt e-postmeddelandet upplystes han om att intervjun skulle vara i ungefär 45 minuter och genomföras huvudsakligen på engelska. Syftet med intervjun var att bedöma hans allmänna lämplighet och motivation, förmåga att utföra sysslorna beskrivna under rubriken ”Ansvarsområden” i det aktuella meddelandet om lediga tjänster, specifika kunskaper på området i fråga, förmåga att uttrycka sig på arbetsspråken för F4E och förmåga att anpassa sig till en mångkulturell miljö. Brevet hänvisade inte till något skriftligt prov.

15. Yosu Galocha deltog den 11 maj 2015 i det muntliga provet. Varken han eller de andra sökandena erhöll någon inbjudan till ett skriftligt prov.

16. Chefen för personalavdelningen vid F4E underrättade honom, genom ett e-postmeddelande av den 4 juni 2015, om att urvalskommittén mot bakgrund av de skriftliga och muntliga prov han hade deltagit i hade beslutat att inte föra upp hans namn på reservlistan.

17. Samma dag begärde Yosu Galocha att det beslutet skulle omprövas av urvalskommittén. I sin begäran gjorde han gällande att det inte hade anordnats något skriftligt prov och begärde att urvalsresultatet, som grundats enbart på det muntliga provet, skulle upphävas och att ett skriftligt prov skulle anordnas innan urvalskommittén fattade något slutligt beslut. Samma dag ingav Yosu Galocha också ett klagomål med samma innehåll enligt artikel 90.2 i tjänsteföreskrifterna för tjänstemän i Europeiska unionen (nedan kallade tjänsteföreskrifterna) till den myndighet som är behörig att sluta anställningsavtal, i detta fall direktören för F4E.

18. Genom e-postmeddelande av den 3 juli 2015 avslog urvalskommittén hans begäran om omprövning.

19. De reservlistor som upprättades på grundval av resultatet i urvalsförfarandet i fråga innehöll var och en namnen på fyra godkända sökande. Yosu Galocha var inte bland dem. Den 25 juni 2015 erhöll en av de godkända sökandena på dessa listor ett erbjudande om anställning från F4E och anställningen påbörjades den 1 augusti 2015 i Cadarache. Den 10 juli 2015 erbjöds en annan godkänd sökande anställning av F4E och hans anställning började den 1 november 2015 i Cadarache.

20. Den 18 augusti 2015 väckte Yosu Galocha talan vid Europeiska unionens personaldomstol, vilken förde över målet till tribunalen den 31 augusti 2016. I denna talan påstod han att urvalsförfarandet var rättsstridigt. Yosu Galocha yrkade ogiltigförklaring av urvalsförfarandet, av reservlistorna och av besluten att anställa godkända sökande från dessa listor. Han begärde också att ett nytt urvalsförfarande skulle anordnas inbegripet ett skriftligt prov.

21. F4E invände att hänvisningen till ett skriftligt prov var ett oavsiktligt administrativt misstag. F4E avsåg aldrig att genomföra ett sådant prov för tjänster på bestämd tid som behövde tillsättas snarast möjligt. Dessutom genomgick inte någon av de sökande det skriftliga provet i fråga, varför likabehandlingsprincipen inte hade åsidosatts.

B. Den överklagade domen och förfarandet vid domstolen

22. I sin dom av den 25 januari 2018 (nedan kallad den överklagade domen)[4] förklarade tribunalen att Yosu Galocha hade rätt i sitt påstående att urvalsförfarandet hade varit felaktigt. Det var klart att ett skriftligt prov skulle ha genomförts med hänsyn till att det ifrågavarande meddelandet om lediga tjänster var en bindande rättshandling. Till följd av detta fel ogiltigförklarade tribunalen urvalskommitténs beslut att inte föra upp Yosu Galocha på reservlistan.[5]

23. Tribunalen biföll också yrkandena om ogiltigförklaring av reservlistorna och beslutet om anställning av godkända sökande från dessa listor.[6] I detta avseende hänvisade den till sin egen praxis[7] enligt vilken dessa efterföljande för tredje man förmånliga rättsakter ska ogiltigförklaras endast om det inte framstår som orimligt särskilt mot bakgrund av den begångna rättsstridiga handlingen, tredje mans intressen och tjänstens intressen. Tribunalen förklarade att det vid bedömningen av tredje mans intressen i synnerhet ska tas hänsyn till vilka berättigade förväntningar som finns, vilka kan avse upptagandet av en sökande på reservlistan och utnämning till den aktuella tjänsten.

24. Mot bakgrund av omständigheterna i målet ansåg tribunalen att de godkända sökandena vars namn fanns på reservlistan inbegripet dem som erhållit erbjudande om anställning från F4E inte kunde åberopa några berättigade förväntningar. Med hänsyn till det begångna felets art var det inte heller orimligt utifrån tjänstens intresse att ogiltigförklara reservlistorna och besluten att anställa godkända sökande från dessa listor.[8]

25. Tribunalen ogillade talan i övrigt och förpliktade F4E som tappande part att ersätta rättegångskostnaderna.[9]

26. I förevarande överklagande har F4E, i egenskap av klagande, yrkat att domstolen ska upphäva den del av domen som innebär att reservlistorna och beslutet att anställa godkända sökande ogiltigförklaras. Klaganden har också yrkat att domstolen ska förplikta Yosu Galocha att ersätta rättegångskostnaderna.

27. Klaganden har åberopat en enda grund till stöd för överklagandet, indelad i tre delgrunder.

28. För det första har klaganden hävdat att ogiltigförklaringen av resultatet av urvalsförfarandet såvitt gäller tredje man är orimlig med hänsyn till rättsstridigheten i fråga.

29. För det andra har klaganden påstått att tribunalen inte beaktade beskaffenheten av den av klaganden begångna rättsstridigheten när den prövade följderna av denna rättsstridighet. Det misstag som ledningen gjorde uteslöt inte någon från urvalsförfarandet och det påverkade alla sökande på samma sätt. Avsaknaden av det skriftliga provet hade inte någon inverkan på de materiella kraven utan endast på det sätt på vilket dessa krav bedömdes (endast genom ett muntligt prov). Ledningen begick således endast ett förfarandemässigt misstag som inte kan motivera en ogiltigförklaring av påföljande beslut som rör tredje man.

4 Dom av den 25 januari 2018, Galocha/Gemenskapsföretaget för ITER och utveckling av fusionskraft (T-561/16, EU:T:2018:29).

5 Se punkterna 36–58 i den överklagade domen.

6 Se punkterna 59–67 i den överklagade domen.

7 Det vill säga dom av den 31 mars 2004, Girardot/kommissionen (T-10/02, EU:T:2004:94, punkterna 85 och 86).

8 Se punkterna 68 och 69 i den överklagade domen.

9 Se punkterna 71–80 i den överklagade domen.

30. För det tredje har klaganden åberopat att tribunalen inte gjorde en vederbörlig avvägning mellan Yosu Galochas, tredje mans och tjänstens intressen. Enligt klaganden har den överklagade domen inte någon inverkan på Yosu Galochas intressen och rättsliga ställning då han inte har begärt skadestånd och då tribunalen inte har förordnat om att F4E ska göra om urvalsförfarandet och anordna skriftliga prov. Den överklagade domen påverkar däremot de godkända sökandena negativt då de till följd av domen skulle tas bort från reservlistorna och/eller drabbas av att deras anställningsavtal upphör.

31. Yosu Galocha har inte inkommit med något svaromål.

III. Bedömning

32. Detta förslag är disponerat på följande sätt. Först beskriver jag de mer allmänna frågor som berörs av detta överklagande och som ligger i en prövning av en talan om ogiltigförklaring av resultatet av ett urvalsförfarande i vilket ett fel har begåtts: hur långt ska detta fel i princip ha verkan? (A). Sedan beskriver jag de överväganden som styr prövningen av huruvida beslut som gynnar tredje man, såsom beslut att föra upp godkända sökande på en reservlista eller att anställa dem, bör ogiltigförklaras (*på grund av* det begångna felet) eller upprätthållas (*trots* detta fel) (B). Slutligen kommer jag att tillämpa dessa överväganden på förevarande överklagande och föreslå domstolen att besluten att anställa två godkända sökande inte borde ha ogiltigförklarats (C).

A. Det generella synsättet: ”frukter från det förgiftade trädet” eller ”behandling av varje gren”?

33. Urvalsförfaranden för EU:s institutioner och organ kan bli komplicerade administrativa övningar som syftar till att skapa en grupp av personer med passande kvalifikationer. Sådana förfaranden består av många olika led som vart och ett föranleder olika (administrativa) rättsakter som kan vara av generellt slag (som rör den mer allmänna utformningen av förfarandet såsom exempelvis meddelanden om lediga tjänster, regler för sökande eller handlingar som anger urvalskriterierna) eller av individuellt slag (såsom beslut om upprättande av en reservlista, beslut att inte godta en ansökan eller att utse godkända sökande till de lediga tjänsterna).

34. Dessa olika rättsakter är nära knutna till varandra. Detta får en inverkan på omfattningen av den rättsliga prövningen av dessa rättsakter enligt artikel 270 FEUF. Det är fast rättspraxis att endast rättsakter som påverkar sökandens intressen genom att åstadkomma en tydlig förändring av dennes rättsliga ställning kan bli föremål för direkt prövning. Förberedande rättsakter som är en del av urvalsförfarandet i dess helhet kan endast bli föremål för prövning indirekt i samband med en talan mot det beslut som fattats vid avslutandet av det förfarandet.[10]

35. När det gäller urvalsförfaranden i vilka ett stort antal rättsakter och beslut som antagits under förfarandets gång betraktas som förberedande inför de slutliga urvalsbesluten är det ofrånkomligt att *resultaten* av sådana förfaranden kommer att ifrågasättas på grundval av fel som begåtts *tidigare*. Såvida det inte är fråga om ett fel som antingen kan snabbt avhjälpas eller som helt enkelt inte kan ha något avgörande inflytande i senare led[11] uppkommer frågan vilken inverkan ett fel i urvalsförfarandet (”den ursprungliga oegentligheten”) ska ha för efterföljande beslut i eller efter ett visst urvalsförfarande, såsom individuella beslut att anställa godkända sökande eller till och med om deras senare befordran.

36. I stora drag är två synsätt tänkbara.

10 Se, till exempel, dom av den 15 juli 1993, Camara Alloisio m.fl./kommissionen (T-17/90, T-28/91 och T-17/92, EU:T:1993:69, punkterna 39–42), och dom av den 17 december 2003, McAuley/rådet (T-324/02, EU:T:2003:346, punkt 28). Se också dom av den 21 mars 2013, Brune/kommissionen (F-94/11, EU:F:2013:41, punkterna 34 och 39).

11 Se, till exempel, dom av den 18 december 1980, Gratreau/kommissionen (156/79 och 51/80, EU:C:1980:304, punkt 24).

37. Först är det logiken bakom synsättet ”frukter från det förgiftade trädet”.[12] Trädstammen som representerar urvalsförfarandet har blivit förgiftad. Detsamma måste då gälla alla dess grenar och frukter. Således måste trädets alla grenar huggas av: inte endast (negativa) beslut att *inte* föra upp sökande på reservlistan eller att inte anställa dem utan även deras (positiva) motsvarigheter, det vill säga beslut att upprätta en reservlista med vissa personer upptagna däri eller beslut att anställa personer från den listan.

38. Sedan är det synsättet ”bedöm varje gren för sig”. Med denna syn betyder en förgiftning av stammen inte nödvändigtvis att allt måste huggas av. Vad som i stället ska göras är en noggrann avvägning av vilket slag av förgiftning av stammen som föreligger och hur omfattande den är (hur allvarligt är felet)? Vem sitter på varje gren (vem kan slutligen bli påverkad av en ogiltigförklaring och hur)? Underförstått eller uttryckligt kan stammar med en mindre förgiftning fortfarande få friska grenar. Dessutom kan ett träd läka med tiden.

39. Det är värt att inledningsvis understryka att trots det ibland förekommande talet om upprättelse och behovet av att återställa de förfördelade sökandenas rättigheter samt det faktum att vad de påstått förfördelade sökandena typiskt sett begär vad gäller avhjälpande åtgärder är ogiltigförklaring av (samtliga) beslut av tillsättningsmyndigheten, har unionsdomstolarnas[13] generella synsätt alltid varit det sistnämnda synsättet. Det är fast rättspraxis att när ett fel har begåtts i ett uttagningsprov skyddas sökandens rättigheter på lämpligt sätt om uttagningskommittén och tillsättningsmyndigheten omprövar sina beslut och söker nå en rättvis lösning för sökanden utan att behöva ifrågasätta hela resultatet av uttagningsprovet eller att ogiltigförklara de utnämningar som skett på grund därav.[14] Ogiltigförklaring av alla resultat från ett uttagningsprov utgör i princip en alltför långtgående sanktionsåtgärd för det fel som förekommit.[15] Unionsdomstolarna har i vart fall slagit fast att när den rättsakt som ska ogiltigförklaras gynnar tredje man (vilket är fallet i fråga om befordran av en person, upptagande av någon på en reservlista eller beslut att anställa en sökande) måste domstolen först avgöra huruvida ogiltigförklaringen skulle vara en alltför långtgående sanktionsåtgärd för det fel som förekommit.[16]

B. Överväganden

40. Det föreligger således inte någon regel om ”automatisk ogiltigförklaring” som skulle kräva att alla resultat från ett felaktigt urvalsförfarande utan vidare upphävs. I stället ska de olika intressen som står på spel (1) vägas mot varandra i förhållande till det specifika sammanhanget och omständigheterna i varje fall (2) i syfte att nå en rimlig lösning med hänsyn till den specifika avhjälpande åtgärden/uppsättningen av åtgärder som eftersträvas i varje enskilt fall (3).

12 Med tacksamt erkännande av den (metaforiska) inspirationen från domare Frankfurter i målet Nardone mot United States, 308 U.S. 338 (1939) samtidigt som naturligtvis metaforens rättsliga amerikanska sammanhang och åtföljande regel (uteslutning av bevis som åtkommits olagligen) är helt olik.

13 Med ”unionsdomstolarna” avser jag denna domstol (EU-domstolen), tribunalen och (fram till 2016) personaldomstolen.

14 Se, till exempel, dom av den 14 juli 1983, Detti/domstolen (144/82, EU:C:1983:211, punkt 33), dom av den 6 juli 1993, kommissionen/Albani m.fl. (C-242/90 P, EU:C:1993:284, punkt 13), och dom av den 22 juni 1990, Marcopoulos/domstolen (T-32/89 och T-39/89, EU:T:1990:39, punkt 44 och där angiven rättspraxis).

15 Se, till exempel, dom av den 5 juni 1980, Oberthür/kommissionen (24/79, EU:C:1980:145, punkt 13), och dom av den 5 maj 2010, Bouillez m.fl. rådet (F-53/08, EU:F:2010:37, punkt 83).

16 Se, till exempel, dom av den 5 december 2017, Spadafora/kommissionen (T-250/16 P, ej publicerad, EU:T:2017:866, punkt 110), och dom av den 5 maj 2010, Bouillez m.fl./rådet (F-53/08, EU:F:2010:37, punkt 82).

1. Intressen

41. De enskilda intressen som står på spel är inte svåra att urskilja. De innefattar typiskt sett de negativt påverkade sökandenas intressen (mestadels icke godkända sökande), tredje mans intressen (mestadels godkända sökande), tjänstens intressen och det övergripande ”intresset” av lagenlighet (legalitet). [17]

42. Domstolen har i olika sammanhang fastslagit varje ”individuell” parts intressen. Den har framhållit ”nödvändigheten att förena de intressen som innehas av sökande som missgynnas av ett fel som begås under ett uttagningsprov och övriga sökandes intressen. Domstolen ska beakta inte endast nödvändigheten att återupprätta rättigheterna för de sökande som påverkats negativt *utan också* redan utvalda sökandes berättigade förväntningar”. [18]

43. Det exakta innehållet i vart och ett av dessa enskilda intressen är ganska uppenbart. Men situationen är något mer komplicerad i fråga om precisering av tjänstens intressen och intresset av lagenlighet.

44. Unionsdomstolarna anser ibland att respekt för lagenlighet ligger *inom* tjänstens intressen. [19] Det medges emellertid också att tjänstens intressen inte endast innefattar respekt för lagen utan också ”budgetkonsekvenserna av att rättsstridiga beslut inte ogiltigförklaras …, de eventuella svårigheterna att verkställa avgörandet, eventuell skadlig inverkan på tjänstens kontinuitet och riskerna för en försämrad arbetsstämning inom institutionen”. [20]

45. Även om man således skulle vilja ansluta sig till institutionernas osjälviska intresse av lagenlighet kan en envis röst från verkligheten viska något annat. Det är inte otänkbart att en institution eller byrå som består av människor ibland kan finna att det ligger ”i tjänstens intressen” att gå vidare trots rättstridigheten, till exempel för kontinuitetens skull och för förvaltningens gilla gång eller av vilket annat skäl som helst. Annorlunda uttryckt kan tjänstens objektiva intresse faktiskt vara att säkerställa att förvaltningen i allmänhet bedrivs i enlighet med lagen men dess subjektiva intresse kan i det enskilda fallet ändå bestå i att upprätthålla utgången av urvalsförfarandet och bibehålla de utnämningar som beslutats *trots* den rättsstridighet som förekommit.

46. Å andra sidan delar sannolikt även sökandena intresset av att institutionen agerar lagenligt och således spelar enligt reglerna (för urvalsspelet). [21] Av det skälet och också på grund av att rättstridighetens art sannolikt påverkar hur sträng ”sanktionen” blir mot resultaten av ett uttagningsprov är det kanske bättre att konstatera att det föreligger en skillnad mellan ”tjänstens intressen” och det ”allmänna intresset av lagenlighet”. De två begreppen hålls bäst isär.

17 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 december 2017, Spadafora/kommissionen (T-250/16 P, ej publicerad, EU:T:2017:866, punkt 110), och dom av den 5 maj 2010, Bouillez m.fl./rådet (F-53/08, EU:F:2010:37, punkterna 87–89).

18 Se, till exempel, dom av den 6 juli 1993, kommissionen/Albani m.fl. (C-242/90 P, EU:C:1993:284, punkt 14). Min kursivering.

19 Se, till exempel, dom av den 5 maj 2010, Bouillez m.fl./rådet (F-53/08, EU:F:2010:37, punkt 89) och dom av den 23 oktober 2012, Strack/kommissionen (F-44/05 RENV, EU:F:2012:144, punkt 125).

20 Se, till exempel, dom av den 5 maj 2010, Bouillez m.fl./rådet (F-53/08, EU:F:2010:37, punkt 89).

21 I den ”ursprungliga ställningen” och bakom ”okunnighetens slöja” beträffande utgången av urvalet skulle varje rationell sökande välja lagenlighet som en av de principer enligt vilken förfarandet ska genomföras (fastän det säkerligen kan antas att John Rawls inte hade kontraktsanställda inom EU i åtanke när han antog denna teori – se Rawls, J. A Theory of Justice, Reviderad utgåva. Belknap Press, Harvard, 1999, s. 118–130).

2. Faktorer

a) Typ av urvalsförfarande

47. Det finns fall i vilka åtskillnad görs mellan å ena sidan allmänna uttagningsprov och å andra sidan interna uttagningsprov och befordran. När ett led i urvalsförfarandet i ett *allmänt uttagningsprov* ogiltigförklaras anses rättigheterna för icke godkända sökande vara tillräckligt skyddade om kommittén och den tillsättande myndigheten omprövar sina beslut och söker uppnå en rimlig lösning av deras fall utan att behöva ifrågasätta hela resultatet från uttagningsprovet eller att ogiltigförklara de utnämningar som skett till följd därav oavsett felets art och i vilken omfattning som det påverkar resultatet av uttagningsprovet. Vad däremot gäller *interna uttagningsprov och befordran* gör domstolarna en prövning från fall till fall som beaktar felets art. [22]

48. Jag tror inte att en sådan åtskillnad beroende på arten av förfarandet kan anses ge uttryck för några formella regler i fråga om tillämpning. Jag uppfattar snarare denna skillnad i tillämpningen som en grund för en annan variabel: storleken på och typen av urvalsförfarandet i fråga har sannolikt en inverkan på vilken kännedom en rimligt informerad sökande kan förväntas ha. Två moment har särskild betydelse: för det första kännedom om förfarandet och om samtliga regler som är tillämpliga på urvalsförfarandet, och för det andra kännedom om den omständigheten att en eller flera av dessa regler har åsidosatts under detta förfarande.

49. Vad beträffar allmänna uttagningsprov med hundratals eller upp till tiotusentals ”anonyma” sökande kan man förvänta sig att dessa sökande ska ha grundläggande kännedom om urvalsförfarandet. Men det är osannolikt (och ganska orealistiskt att förvänta sig) att de skulle vara väl insatta i de komplicerade unionsrättsliga reglerna om offentlig tjänst. Med hänsyn till antalet sökande, deras anonymitet och den avsevärda obalansen i fråga om information som föreligger mellan en sådan sökande och den administrativa ledningen är det dessutom ganska osannolikt att sådana sökande skulle kunna upptäcka förekomsten av ett fel.

50. Ju mindre och mer begränsat uttagningsprovet å andra sidan är desto mer rimligt är det att förvänta sig att sökandena har mer information och kännedom. Det kan förutsättas att ”interna sökande” som till exempel fem sökande till ett internt uttagningsprov känner till tillämpliga regler mer i detalj och kan ha erhållit kännedom om ett eventuellt rättsstridigt fel i förfarandet.

b) Felets beskaffenhet

51. Det begångna felets beskaffenhet och svårighetsgrad har betydelse. Vid bedömningen av förfaranden rörande befordran beaktar unionsdomstolarna felets beskaffenhet. Om felet enbart utgör ett *förfarandefel* som endast påverkar en tjänstemans situation anser unionsdomstolarna i princip att ett sådant fel inte motiverar att besluten om befordran ogiltigförklaras, eftersom en sådan ogiltigförklaring utgör en alltför långtgående sanktionsåtgärd. Om det däremot föreligger ett *materiellt fel*, som till exempel en felaktig rättstillämpning som drabbar hela den jämförande bedömningen av kvalifikationerna gör unionsdomstolarna i allmänhet en intresseavvägning. [23]

52. Enligt min uppfattning ska dessa överväganden inte begränsas endast till fall som rör befordran utan beaktas generellt vid bedömningen av följderna av tidigare fel för åtgärder som gynnar tredje man i varje slag av urvalsförfaranden.

22 Se, till exempel, dom av den 6 juli 1993, kommissionen/Albani m.fl. (C-242/90 P, EU:C:1993:284, punkt 13), dom av den 5 maj 2010, Bouillez m.fl./rådet (F-53/08, EU:F:2010:37, punkterna 83–90) och dom av den 23 oktober 2012, Strack/kommissionen (F-44/05 RENV, EU:F:2012:144, punkt 117).

23 Se, till exempel, dom av den 5 maj 2010, Bouillez m.fl./rådet (F-53/08, EU:F:2010:37, punkterna 83–85 och där angiven rättspraxis), och dom av den 23 oktober 2012, Strack/kommissionen (F-44/05 RENV, EU:F:2012:144, punkterna 117 och 118).

53. Det föreligger naturligtvis inte någon uttömmande taxonomi eller kategorisering i detta avseende. Livet är alltför färgstarkt för det. Som en tumregel föreslår jag emellertid att det ska finnas ett steglöst spektrum för allvarlighetsgraden.

54. I den ena änden av spektrumet finns de *mindre* felen. De ska inte i sig själva ha någon inverkan på resultatet av urvalsförfarandet, i vart fall inte på beslut som gynnar godkända sökande. Exempel under denna rubrik skulle innefatta skriv- eller tryckfel i urvalsförfarandet såsom ett misstag beträffande form eller andra misstag i förfarandet som inte sakligt påverkar beslutets innehåll.

55. I den andra änden av spektrumet finns de *allvarliga* felen som förvisso väger tyngre vid intresseavvägningen inom ”intresset” av lagenlighet i jämförelse i synnerhet med tredje mans intressen. Minst tre olika slag av allvarliga fel kan komma i fråga: bedrägeri och korruption, en kränkning av unionens grundvärden eller konsekvent bristande respekt för reglerna kring urvalsförfarandet.

56. Styrkta fall av *bedrägeri* eller *korruption* i urvalsförfaranden är tillräckligt allvarliga för att motivera ogiltigförklaring av hela urvalsförfarandet. Följaktligen skulle också beslut som gynnar tredje man behöva ogiltigförklaras. I ett sådant extremt scenario kan tredje mans berättigade intressen, om de föreligger, knappast spela någon roll för att bevara en åtgärd som är befläckad av ett sådant grovt fel av detta slag. Med hänvisning till metaforen i inledningen kan inte den trädstammen läka.

57. *Kränkning av unionens grundvärden* under förfarandets gång kan också betecknas som ett allvarligt fel. Detta skulle till exempel vara fallet om urvalsförfarandet skulle diskriminera mellan sökande på grunder som fastställs i artikel 21 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. I likhet med bedrägeri kan en sådan grov särbehandling sägas smitta ned hela urvalsförfarandet inbegripet samtliga resultat.[24]

58. Sedan finns det den särskilda gruppen ”återfallsförbrytare”. I de fall där en institution eller ett organ inom unionen inte förmår anordna ett lagenligt urvalsförfarande trots tidigare domar från domstolen avseende samma slag av urval kan strängare sanktioner vara påkallade.[25] Dessutom kan *konsekvent bristande respekt* för de tillämpliga reglerna också förvandla återkommande mindre allvarliga fel till ett allvarligt fel som under vissa omständigheter och återigen efter en vederbörlig intresseavvägning kan smitta ned hela förfarandet och de efterföljande resultaten.

c) De godkända sökandenas berättigade förväntningar

59. Det framgår av fast rättspraxis att varje enskild person har rätt att åberopa principen om skydd för berättigade förväntningar om han eller hon befinner sig i en situation av vilken det framgår att en unionsinstitution, genom att ge tydliga försäkringar, har väckt grundade förhoppningar hos honom eller henne. Tydliga, ovillkorliga och samstämmiga uppgifter utgör, oavsett i vilken form de har lämnats, en sådan försäkran.[26]

24 Detta hindrar naturligen inte att andra fall av särbehandling i urvalsförfarandet också är relevanta och beaktas vederbörligen. Mitt förslag här är mycket mer modest: det föreligger helt enkelt en avsevärd skillnad mellan att genomföra ett urvalsförfarande som är befläckat med någon teknisk ojämlikhet mellan sökande och urvalsförfaranden som är (in)direkt rasistiska eller sexistiska, till exempel. För ett belysande exempel, se till exempel dom av den 13 februari 1979, Martin/kommissionen (24/78, EU:C:1979:37, punkt 21), där domstolen gick så långt som att ogiltigförklara ett beslut att utnämna en sökande som hade erhållit en fördel med avseende på föremålet för ett prov.

25 Se, på senare tid, förslag till avgörande av generaladvokaten Sharpston i målet Spanien/parlamentet (C-377/16, EU:C:2018:610, punkterna 156–164) och mitt förslag i målet kommissionen/Italien (C-621/16 P, EU:C:2018:611, punkterna 153–157).

26 Se, till exempel, dom av den 16 december 2010, Kahla Thüringen Porzellan/kommissionen (C-537/08 P, EU:C:2010:769, punkt 63 och där angiven rättspraxis), dom av den 19 juli 2016, Kotnik m.fl. (C-526/14, EU:C:2016:570, punkt 62), och dom av den 13 september 2017, Pappalardo m.fl./kommissionen (C-350/16 P, EU:C:2017:672, punkt 39). Se också dom av den 19 maj 1983, Mavridis/parlamentet (289/81, EU:C:1983:142, punkt 21).

60. Den faktiska ramen kring ett visst urvalsförfarande, i synnerhet dess typ, omfattning och det däri begångna rättsstridiga felets karaktär överförs sedan till tredje man som har eller inte har berättigade förväntningar beträffande dess resultat. Det föreligger således ett *förhållande med omvända proportioner* när någon har kännedom om ett eventuellt fel och berättigade förväntningar: ju större kännedom, desto mindre eller till och med obefintliga berättigade förväntningar. Denna kännedom ska bedömas med ledning av en norm som utgörs av den kännedom som en rimligt informerad sökande har:[27] kände en sådan sökande till eller borde han rimligtvis ha känt till att detta beslut var bristfälligt?

61. För det första är det mindre sannolikt att en extern sökande i jämförelse med en ”insider” känner till alla de regler som är tillämpliga på ett urvalsförfarande och följaktligen har kännedom om den möjliga förekomsten av ett fel.[28] En sådan sökande kan således ha starkare berättigade förväntningar i fråga om upprätthållande av ett beslut som medfört rättigheter för honom, även om det är rättsstridigt.

62. Ju allvarligare felet är, desto mer sannolikt är det att en rimligt informerad sökande kände till eller måste ha känt till det.[29] Rättsstridighetens allvarlighet betyder förvisso inte i sig att sökandena med nödvändighet kände till rättsstridigheten. Om emellertid felet i fråga inte rimligtvis kan ha undgått en sökandes uppmärksamhet[30] förefaller en godkänd sökandes förväntningar vara mindre berättigade eller till och med obefintliga. Om en godkänd sökande har varit i ond tro eller själv bidragit till felet kan denne i än mindre grad hysa *några* berättigade förväntningar beträffande upprätthållande av det (rättsstridiga) beslutet till hans förmån.[31]

63. Enligt unionsdomstolarna har den kännedom som godkända sökande kan ha om en pågående talan mot vissa rättsakter i urvalsförfarandet, inbegripet dem som gynnar dessa sökande, också betydelse i detta sammanhang. Detta slag av kännedom kan hindra dem från att förlita sig på den berättigade förväntningen att deras förmånliga ställning inte skulle påverkas då dessa rättsakter angripits inom föreskrivna frister. I synnerhet kan godkända sökande som utnämnts till en tjänst inte vara omedvetna om att deras anställning först skulle bli definitiv när domstolen beslutade att ogilla den talan om ogiltigförklaring som väckts av övriga sökande.[32]

64. Om det på grund av omständigheterna i ett enskilt fall visas att det faktiskt förelåg sådan kännedom ska förvisso detta tas i beaktande. Jag vill emellertid varna för tillämpning av en presumtion för detta. I praktiken kan det inte vara omedelbart tydligt hur godkända sökande, återigen särskilt inte i större och allmänna uttagningsprov, faktiskt skulle ha kännedom om förekomsten av en pågående talan om de inte är parter i dessa mål och om ifrågavarande institution eller organ i unionen inte har en skyldighet att underrätta dem om denna talan. Det är en sak att endast ha råkat höra rykten i korridoren att en ogiltighetstalan pågår. En annan sak är att ha blivit underrättad om att en sådan talan är anhängig och kan ha återverkningar även för de godkända sökandena.

27 Formuleringen av normen är naturligtvis olika på olika rättsområden (och beroende på huruvida aktörerna i fråga är yrkesverksamma) – se till exempel, beträffande berättigade förväntningar på mervärdesskatteområdet, normen ”försiktig och medveten ekonomisk aktör” i dom av den 14 september 2006, Elmeka (C-181/04–C-183/04, EU:C:2006:563, punkt 32) och dom av den 9 juli 2015, Cabinet Medical Veterinar Tomoiagă Andrei (C-144/14, EU:C:2015:452, punkt 44). I fråga om statligt stöd är det snarare en omdömesgill ekonomisk aktör som är normen: till exempel, dom av den 20 september 1990, kommissionen/Tyskland (C-5/89, EU:C:1990:320, punkt 14) och dom av den 11 november 2004, Demesa och Territorio Histórico de Álava/kommissionen (C-183/02 P och C-187/02 P, EU:C:2004:701, punkt 44).

28 Ovan punkt 49 i detta förslag.

29 Ovan punkterna 53–58 i detta förslag.

30 Se, till exempel, dom av den 20 mars 1997, Alcan Deutschland (C-24/95, EU:C:1997:163, punkt 25) där domstolen fann att mottagaren av statligt stöd inte kunde ha några berättigade förväntningar att stödet var lagenligt om inte kommissionen underättats därom och då avsaknad av underrättelse var jämförlig med grov rättsstridighet i fråga om statligt stöd.

31 Se, analogt, i samband med statligt stöd, dom av den 12 december 1985, Sideradria/kommissionen (67/84, EU:C:1985:506, punkt 21), avseende ett företags uppenbara åsidosättande av reglerna, och dom av den 16 juli 1998, Oelmühle och Schmidt Söhne (C-298/96, EU:C:1998:372, punkt 29) avseende kravet på god tro hos ett företag som bestred återkrav av ett lagstridigt statsstöd som det beviljats.

32 Se, till exempel, dom av den 5 december 2017, Spadafora/kommissionen (T-250/16 P, ej publicerad, EU:T:2017:866, punkt 112). Se även personaldomstolens dom av den 23 oktober 2012, Strack/kommissionen (F-44/05 RENV, EU:F:2012:144, punkt 123), och dom av den 5 maj 2010, Bouillez m.fl./rådet (F-53/08, EU:F:2010:37, punkt 88).

65. Godkända sökande ska förvisso inte hjälplöst – utan att kunna ingripa – svara för de (ödesdigra) följderna av en eventuell ogiltigförklaring av beslut som rör dem, särskilt inte när ogiltigförklaringen faktiskt beslutas flera år efter det att talan väcktes.[33] Även om talan har väckts inom fristerna kan berättigade förväntningar således fortfarande vara opåverkade såvida inte och till dess det fastställs att sökandena i fråga kände till de problem som uppkommit i urvalsförfarandet i fråga.

66. Sammanfattningsvis ska alla dessa faktorer och överväganden vägas mot varandra, med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet. Vad som varnats mot i detta avsnitt är en viss mekanisk tillämpning av ganska kategoriska påståenden såsom ”en berättigad förväntan kan aldrig uppkomma på grund av en rättsstridighet som begåtts av en institution” och/eller ”eftersom beslutet angreps i rätt tid kan inte någon ha haft berättigade förväntningar”. Sådana påståenden som ofta framförs på rättsområden där affärsmän är verksamma kan knappast överföras fullt ut till ett rättsområde som helt enkelt är annorlunda. I stället kan en nypa empati och realism vara påkallad, även med beaktande av den väldiga obalans avseende information och makt som, återigen särskilt i allmänna uttagningsprov, alltid kommer att föreligga mellan institutionerna och deras möjliga anställda. Detta betyder inte att eventuella rättsstridigheter som begås av institutioner ska ursäktas eller tolereras. Det innebär snarare ett påstående att såvida det inte föreligger exceptionella omständigheter kan godkända sökande knappast vid sidan om administrationen hållas ansvariga för felet.[34]

3. Avhjälpande åtgärder

67. Artikel 270 FEUF syftar till att återställa sökandes (icke godkända sökande) rättigheter när en rättsstridighet har begåtts. Enligt unionsdomstolarna innebär ett återställande av rättigheterna för icke godkända sökande att administrationen finner en ”rimlig lösning” av fallet.[35] En sådan rimlig lösning sträcker sig från ogiltigförklaring av de beslut som rör icke godkända sökande[36] till att inleda förfarandet på nytt såvitt gäller den förfördelade sökanden.[37] I detta sammanhang har det också konsekvent förklarats att skadestånd, som kan dömas ut ex officio,[38] utgör den form av ersättning som bäst uppfyller både sökandens intressen och tjänstens krav.[39]

68. Beträffande *beslut* som specifikt är till *förmån för tredje man* såsom reservlistor eller utnämningar förefaller ogiltigförklaring av sådana beslut, som per definition är retroaktiva, med rätta vara en sista utväg när det inte finns någon annan lämplig åtgärd för att återställa den förfördelade sökandens rättigheter.[40]

33 I dom av den 23 oktober 2012, Strack/kommissionen (F-44/05 RENV, EU:F:2012:144, punkt 123) hade inte mindre än åtta år gått efter antagandet av de angripna besluten. Personaldomstolen förklarade ändå att de godkända sökandena inte kunde åberopa berättigade förväntningar då dessa beslut hade angripits i rätt tid.

34 Såvida inte den önskade ”ideala EU-tjänstemannen” som en sådan tillämpning förmodas välja ut på ett effektivt sätt uteslutande är sökande som har läst, strukit under och kommenterat tjänsteföreskrifterna och samtliga meddelanden om lediga tjänster/uttagningsprov, varje vägledning för sökande och alla tillgängliga anvisningar. De gör det detaljerat, förvarar dessa dokument på sina nattygsbord och läser dem varje kväll innan de somnar. Under hela urvalsförfarandet uppträder de som ”processuella vakthundar” som oavbrutet ifrågasätter varje steg som institutionen tar även på grund av minsta avvikelse från tillämpliga regler.

35 Se, till exempel, dom av den 31 mars 2004, Girardot/kommissionen (T-10/02, EU:T:2004:94, punkt 89).

36 Se, till exempel, dom av den 28 juni 1979, Anselme och Constant/kommissionen (255/78, EU:C:1979:175, punkt 15).

37 Se, till exempel, dom av den 22 juni 1990, Marcopoulos/domstolen (T-32/89 och T-39/89, EU:T:1990:39, punkt 44) och dom av den 21 mars 2013, Brune/kommissionen (F-94/11, EU:F:2013:41, punkt 65).

38 Se, till exempel, dom av den 31 mars 2004, Girardot/kommissionen (T-10/02, EU:T:2004:94, punkt 89).

39 Se, till exempel, dom av den 5 juni 1980, Oberthür/kommissionen (24/79, EU:C:1980:145, punkt 14), och dom av den 1 juni 1995, Coussios/kommissionen (C-119/94 P, EU:C:1995:164, punkt 24).

40 Se, beträffande de faktiskt sällsynta exemplen på ogiltigförklaring av beslut att utnämna sökande, dom av den 13 februari 1979, Martin/kommissionen (24/78, EU:C:1979:37, punkt 21), och dom av den 23 oktober 2012, Strack/kommissionen (F-44/05 RENV, EU:F:2012:144, punkterna 123–126).

69. Som generaladvokaten Van Gerven kort och träffande beskrivit i målet Albani är det nödvändigt i sådana fall ”att finna balansen mellan intressena hos de sökande som berörs av en rättsstridighet som förekommit i ett uttagningsprov och övriga sökandes intressen. Detta nödvändiga hänsynstagande till olika berörda intressen är en allmän princip om sund förvaltning och i detta mål god rättstillämpning som är fastställd i gemenskapsrätten. Denna princip kräver att domstolen inte endast bemödar sig om att av rättssäkerhetsskäl återinsätta de drabbade sökandena i deras rättigheter på ett rättvist sätt men också tar hänsyn till de berättigade förväntningarna hos de sökande som redan har utvalts och/eller utnämnts. Detta betyder i detta mål att när domstolen söker en lösning med anledning av ett rättsstridigt anställningsförfarande ska den göra en avvägning mellan två slag av skador: den skada som faktiskt lidits av de drabbade sökandena som ska gottgöras på rimligt sätt och den potentiella skada som kan drabba övriga sökande till följd av de åtgärder som erfordras för att genomföra denna gottgörelse.” [41]

70. Det kan vara värt att tillägga att EU-domstolen i dess följande dom beslutade att upphäva den dom som meddelats av tribunalen, vilken då den ogiltigförklarade reservlistorna inte begränsade följderna av ogiltigförklaringen av efterföljande rättsakter i urvalsförfarandet till att återställa rättigheterna för de fyra ursprungliga sökandena. [42]

71. Det är vid första anblicken faktiskt möjligt att påstå att återinsättandet av sökande – icke godkända sökande – i sina rättigheter alltid medför ogiltigförklaring av beslut som rör godkända sökande, såvida inte hela urvalsförfarandet ska göras om vilket är ganska sällsynt och som i vart fall domstolen inte äger förordna om. Alternativa åtgärder, skadestånd eller om möjligt omtagning av urvalsförfarandet endast avseende de förfördelade sökandena, förefaller faktiskt vara de mest lämpliga åtgärderna för att rätta till en (tidigare) rättsstridighet i förfarandet utan inverkan på de godkända sökandenas berättigade förväntningar.

72. Återigen, vilket redan beskrivits ovan, [43] ska tredje man i princip inte svara för följderna av tidigare begångna fel som denne inte kände till eller kunde ha känt till. Tredje personer kan sakna kännedom om att fel har begåtts eller att det pågår en talan mot urvalsförfarandet och de har följaktligen inte möjlighet att försvara sig. Detta förhållande, som tidigare har behandlats i samband med sådana personers kännedom och motsvarande berättigade förväntningar får en ytterligare dimension i samband med avhjälpande åtgärder. Godkända sökande blir sannolikt inte parter i ett sådant fall men ändå djupt påverkade av dess följder. Förr eller senare uppkommer frågan om rätten till försvar.

C. Tillämpning på förevarande fall

73. I den överklagade domen har tribunalen ogiltigförklarat tre olika slag av beslut som är kopplade till resultaten från urvalsförfarandet: i) beslutet att inte föra upp Yosu Galocha på reservlistorna (kallat det negativa beslutet), ii) beslutet att upprätta reservlistorna (kallade reservlistorna), iii) anställningsbesluten varigenom godkända sökande utnämndes från reservlistorna (kallade anställningsbesluten).

74. Genom förevarande överklagande angrips endast den del av den överklagade domen som rör reservlistorna (ii) och anställningsbesluten (iii). Det förhållandet att tribunalen ogiltigförklarade det särskilda negativa beslutet rörande Yosu Galocha (nämligen att inte föra upp honom på reservlistorna) har inte ifrågasatts. Inte heller har klaganden ifrågasatt att det fanns bakomliggande tidigare fel som bestod i att ett skriftligt prov inte genomfördes under urvalsförfarandet.

41 Förslag till avgörande av generaladvokaten Van Gerven i målet kommissionen/Albani m.fl. (C-242/90 P, EU:C:1993:108, punkt 10).

42 Dom av den 6 juli 1993, kommissionen/Albani m.fl. (C-242/90 P, EU:C:1993:284, punkt 17).

43 Ovan punkterna 59–66 i detta förslag.

75. Föremålet för detta överklagande är således uteslutande de slutsatser som tribunalen drog av detta fel såvitt gäller *tredje man*, nämligen besluten (ii) och (iii). Som motivering för sina beslut avseende dessa två ogiltigförklarande åtgärder anförde tribunalen följande:

”68. Mot bakgrund av omständigheterna i förevarande mål kan de kandidater som upptagits i reservlistan, inklusive de som mottagit anställningserbjudanden från [F4E], inte åberopa några befogade förväntningar. I meddelandet om lediga tjänster angavs nämligen att ett skriftligt prov skulle anordnas. Reservlistan upprättades och erbjudanden om anställning gavs emellertid utan att det anordnats något sådant prov.

69. Med hänsyn till rättsstridighetens art kan det inte heller anses som en orimlig sanktion utifrån tjänstens intresse att upphäva reservlistan och ogiltigförklara besluten att anställa kandidater som upptagits i denna. Rättsstridigheten har nämligen, för det första, påverkat bedömningen av samtliga sökande och kan således inte korrigeras genom åtgärder som enbart riktar sig till sökanden. För det andra var urvalsförfarandet i fråga av mycket begränsad omfattning.” [44]

76. Enligt klaganden ålade tribunalen tredje man en alltför långtgående sanktionsåtgärd genom att utsträcka följderna av felet i fråga till de godkända sökandena oavsett om det gäller reservlistorna eller utnämningarna.

77. En tillämpning av tidigare beskrivna överväganden på förevarande överklagande får mig att hålla med klaganden beträffande ogiltigförklaring av anställningsbesluten (iii) men inte nödvändigtvis beträffande reservlistorna (ii).

78. När man betraktar typen av urvalsförfarandet i fråga förefaller det vara ett allmänt uttagningsprov. Beträffande arten av det fel som förekommit i urvalsförfarandet är det ganska klart att underlåtenheten att anordna ett skriftligt prov i enlighet med vad som nämns i vägledningen för sökande utgör en rättsstridighet som begåtts av administrationen. Det framgår av fast rättspraxis att ”meddelandet om ledig tjänst utgör … en rättslig ram som den myndighet som är behörig att sluta anställningsavtal själv underkastar sig och som den noggrant skall iaktta”. [45] Eftersom meddelandet om ledig tjänst hänvisade till vägledning för sökande skulle klaganden följaktligen ha anordnat ett skriftligt prov.

79. Det skulle emellertid vara ganska förvånande att beteckna detta misstag som allvarligt och gravt. Tribunalen anförde att avsaknaden av ett skriftligt prov påverkade samtliga deltagare i urvalsprovet lika. [46] Därför krävs det ytterligare skäl för att dra slutsatsen att detta utgjorde ett allvarligt materiellt fel som medförde en särbehandling. Avsaknaden av ett skriftligt prov förefaller därför snarare vara resultatet av ett förbiseende av administrationen som inte uppdaterade för urvalsförfarandet relevanta handlingar, såsom vägledningen för sökande och mallen för brev som skickades till sökandena. [47]

80. Beträffande de godkända sökandenas faktiska eller möjliga kännedom om det fel klaganden hade begått kan det förmodas att de borde ha känt till att urvalsförfarandet bestod av både muntliga och skriftliga prov då detta nämndes i vägledningen för sökande. Det är emellertid en öppen fråga huruvida avsaknaden av ett skriftligt prov nödvändigtvis kom som en överraskning för de godkända

44 Punkterna 68 och 69 i den överklagade domen.

45 Se, till exempel, dom av den 18 mars 1993, parlamentet/Frederiksen (C-35/92 P, EU:C:1993:104, punkt 16), dom av den 9 november 2004, Montalto/rådet (T-116/03, EU:T:2004:325, punkt 54), och dom av den 25 september 2008, Strack/kommissionen (F-44/05, EU:F:2008:123, punkt 155).

46 Punkt 56 i den överklagade domen.

47 Det framgår av omständigheterna i målet som de redovisas av tribunalen att brevet som kallar sökandena till det muntliga provet inte hänvisade till något skriftligt prov medan brevet som upplyste sökande (åtminstone Yosu Galocha) om utgången av urvalsförfarandet faktiskt nämnde både de muntliga och skriftliga proven som han påstods ha genomfört (se den överklagade domen i punkterna 12 och 15).

sökandena när de mottog resultaten från urvalsförfarandet. Det beror på hur en rimligt informerad sökande kan ha uppfattat sjätte stycket i första underavdelningen i avsnitt 5 i vägledningen för sökande, enligt vilket behöriga sökande kunde bjudas in till att avlägga muntliga och skriftliga prov *på samma dag* eller på ett antal på varandra följande dagar *beroende på antalet sökande*.

81. Skulle det egentligen under sådana faktiska omständigheter och även på grund av att brevet med inbjudan till muntligt prov inte nämnde något skriftligt prov vara orimligt att sökandena hade trott att administrationen kunde ha lagt samman det muntliga provet med det skriftliga? Eller att den hade beslutat att utesluta det skriftliga provet i förfarandet förmodligen på grund av att det muntliga provet var tillräckligt för administrationens bedömning av sökandenas lämplighet som anställda på viss tid och kanske också på grund av att det inte var så många sökande?

82. Av dessa skäl kan jag, i motsats till tribunalen, inte förstå varför de godkända sökandena inte skulle ha kunnat förlita sig på berättigade förväntningar med avseende på bibehållande av följderna av de för dem förmånliga besluten trots den (rättsstridiga) underlåtenheten att anordna ett skriftligt prov.

83. Jag vill tillägga att jag, med hänsyn till de överväganden och den avvägning som ska göras i liknande fall, inte är säker på att jag förstår tribunalens andra argument, att urvalsförfarandet ”var av mycket begränsad omfattning”. Jag håller med om att storleken, i betydelsen uttagningsprovets omfattning och karaktär, är relevant för den eventuella bedömningen av kännedom och efterföljande berättigade förväntningar.[48] Jag har emellertid en annan uppfattning om det argumentet framförs för att framhålla att berättigade förväntningar är ”mindre värda” och väger lättare vid intresseavvägningen när det gäller endast två personer snarare än två hundra. Den avvägning av värden som ska genomföras avser förväntningarnas kvalitet och skyddsvärde. Det är inte fråga om antalet personer.

84. När således godkända sökande inte i sig är uteslutna från att ha berättigade förväntningar på att resultatet av urvalsförfarandet inte kommer att ändras för deras del, äger den följande avvägningen rum när dessa förväntningar vägs mot andra intressen, med beaktande av den exakta typen av åtgärd som yrkas. Utgången av denna avvägning skiljer sig enligt min uppfattning åt beroende på om det är fråga om ii) reservlistorna eller iii) anställningsbesluten.

85. Å ena sidan är den slutsats vartill tribunalen kommit avseende *reservlistorna* kanske inte den enda möjliga men den ligger ändå inom gränserna för vad som är tänkbart.

86. Sökande på reservlistorna har svagare berättigade förväntningar i jämförelse med dem som valts ut för anställning. Tribunalen har förklarat att ”[d]en omständigheten att sökande i allmänna uttagningsprov förs upp i en förteckning över godkända sökande efter genomgångna prov innebär nämligen endast att sökandena kan komma att tillsättas som provanställda tjänstemän”.[49] Enligt det avgörandet har sökande på reservlistor inte någon rätt att bli utnämnda, även om reservlistan i förevarande fall avsåg avtal på kort tid. De har endast berättigade förväntningar att vederbörligen komma i fråga för det fall en ledig tjänst ska tillsättas.

87. Vidare är en ogiltigförklaring av en reservlista till sin karaktär i huvudsak framåtriktad såvitt gäller de praktiska följderna därav, men bakåtriktad i fråga om dess rättsliga följder. Å ena sidan måste administrationen göra om urvalsförfarandet och upprätta en ny reservlista om den fortfarande vill tillsätta en ledig tjänst. Detta är emellertid det pris som får betalas för det fel som begåtts i uttagningsförfarandet som inte kan avhjälpas på annat sätt. Tjänstens intressen kan således knappast

48 Ovan punkterna 48–50 och 61.

49 Se, till exempel, dom av den 11 juli 2007, Centeno Mediavilla m.fl./kommissionen (T-58/05, EU:T:2007:218, punkt 52). Se även personaldomstolens dom av den 13 september 2011, AA/kommissionen (F-101/09, EU:F:2011:133, punkt 44).

vara ett giltigt skäl för att inte ogiltigförklara reservlistorna. De godkända sökande, å andra sidan, som valdes från reservlistan och utnämndes före den eventuella ogiltigförklaringen av denna lista skyddas individuellt men på en annan grund: de har inte endast berättigade förväntningar utan även den förvärvade rätten att ha blivit utnämnda.

88. Mot denna bakgrund är sökandens intressen (icke godkänd sökande) på en liknande nivå för framtiden som de godkända sökandena som fortfarande är uppförda på, men inte har valts från, reservlistan. De kan förvänta sig att administrationen kommer att ta om förfarandet helt i enlighet med lagen så att de nu har chansen att bli utvalda. Men samma chans för framtiden ligger lika öppen för de sökande som fanns på den – nu ogiltigförklarade – listan. Enkelt uttryckt: en ny kortlek ska delas ut och ett nytt spel ska spelas i vilket alla kan delta igen.

89. Av dessa ytterligare skäl förefaller inte tribunalens beslut under omständigheterna i förevarande mål att ogiltigförklara reservlistorna vara en alltför långtgående sanktionsåtgärd i strid med proportionalitetsprincipen.

90. Å andra sidan är situationen enligt min uppfattning en annan avseende *anställningsbesluten* (iii). Ogiltigförklaringen av dessa beslut utgör en alltför långtgående sanktionsåtgärd av åtminstone tre skäl.

91. För det första är det ganska klart att de utnämnda personerna inte endast har fått berättigade förväntningar, utan de har förflyttat sig mycket längre på rättssäkerhetsskalan: de har förvärvat rättigheter i form av undertecknade och bindande avtal (på viss tid). Sådana legala rättigheter, vars tillkomst naturligen också har haft betydande påverkan på ett personligt plan, har per definition större tyngd vid intresseavvägningen.

92. För det andra kommer utöver dessa (verkligt) tunga rättigheter det uppenbara förhållandet, som klaganden med fog har påpekat, att det inte är helt klart hur ogiltigförklaringen av anställningsbesluten exakt skulle tjäna sökandens intressen i urvalsförfarandet. Då tjänsterna i fråga avser anställningar på viss tid som redan har löpt ut kan en sökande inte förvänta sig att tillträda dem. En sådan ogiltigförklaring kan knappast bidra till att återupprätta den förfördelade sökandens rättigheter. Samtidigt var beskaffenheten av den rättsstridighet som begicks av F4E knappast så allvarlig att behovet av att återupprätta objektiv legalitet (eller, beroende på uppfattning, behovet av att ”bestraffa” administrationen för den) skulle väga tyngre än alla övriga hänsyn.

93. För det tredje, av underordnad men ändå relevant betydelse, medför ett undanröjande med retroaktiv verkan av den rättsliga grunden för anställningen (och avtalet på viss tid) praktiska diskutabla konsekvenser både för de anställda sökandena och administrationen. Då en ogiltigförklaring har retroaktiv verkan (*ex tunc*) måste samtliga efterföljande åtgärder rörande anställda sökande anses vara ogiltiga. Vad skulle då hända med löner, sociala förmåner, skatter samt eventuella beslut/förvaltningsrättsakter som antagits av dessa anställda sökande i deras egenskap av kontraktsanställda vid F4E? Vad gäller exempelvis deras löner, skulle alla betalningar till dem av F4E anses vara obehörig vinst (betalningar som mottas utan giltig rättslig grund)? Förutsatt att allt detta inte förlikas i godo och i tysthet skulle varje enskild part behöva stämma den andre?

94. Såvitt gäller anställningsbesluten i förevarande mål förefaller det därför vara klart att ”intresset” av laglighet och sökandens intressen i ett sådant urvalsförfarande klart inte kan väga tyngre än de anställda sökandenas intressen. Härav följer att tribunalens ogiltigförklaring av anställningsbesluten var en alltför långtgående sanktionsåtgärd. Den överklagade domen ska därför upphävas med avseende på den tredje punkten i domslutet.

95. Två avslutande anmärkningar är påkallade.

96. För det första ska det understrykas att en sådan avvägning avseende lämpliga avhjälpande åtgärder alltid beror på det enskilda fallet. I förevarande mål finns inte någon som helst utredning om att administrationens underlåtenhet var avsiktlig eller en upprepad underlåtenhet. En annan utgång, också med avseende på intresseavvägningen rörande anställningsbesluten, kunde dessutom hypotetiskt ha varit erforderlig om ond tro skulle ha befunnits föreligga hos administrationen. Detta kunde exempelvis innefatta att administrationen avsiktligt påskyndade utnämningen av sökande från reservlistorna innan en rättslig prövning ens kunde äga rum i medvetande om att dessa utnämningar aldrig skulle komma att beröras. Ett sådant hypotetiskt scenario kunde förvisso få intresseavvägningen att luta åt ett annat håll. Inget pekar emellertid på att detta kunde vara fallet här.

97. För det andra, under omständigheter när sökande *faktiskt har* berättigade förväntningar, har de rätt att begära ersättning om de skulle vilja det. Detta är fallet även om intresseavvägningen leder till att reservlistorna ogiltigförklaras, såsom i förevarande mål. [50]

D. Kostnader

98. Enligt artikel 138.1 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats av den vinnande parten. Enligt artikel 138.3 ska, om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter, vardera parten bära sina rättegångskostnader.

99. I förevarande överklagande var klaganden endast delvis vinnande i den mening som avses i artikel 138.1 i rättegångsreglerna. Därför ska klaganden enligt artikel 138.3 i rättegångsreglerna bära sina egna rättegångskostnader.

IV. Förslag till avgörande

100. Mot bakgrund av ovannämnda överväganden föreslår jag att domstolen ska besluta enligt följande:

– Upphäver tribunalens dom av den 25 januari 2018, Galocha mot Gemenskapsföretaget Fusion for Energy (T-561/16, EU:T:2018:29), till den del den innebar att beslut fattade av Europeiska gemensamma företaget för ITER och utveckling av fusionsenergi att anställa godkända sökande från reservlistorna i urvalsförfarande F4E/CA/ST/FGIV/2015/001 ogiltigförklarades.

– Förpliktar Europeiska gemensamma företaget för ITER och utveckling av fusionsenergi att bära sina egna rättegångskostnader.

50 Se, till exempel avseende en förlorad möjlighet att bli anställd, dom av den 21 februari 2008, kommissionen/Girardot (C-348/06 P, EU:C:2008:107, punkt 55).