Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. BOBEK
fremsat den 29. januar 2019 [1]

Sag C-243/18 P

Det Europæiske Fællesforetagende for ITER og Fusionsenergiudvikling European Joint Undertaking for ITER and the Development of Fusion Energy (fællesforetagendet Fusion for Energy)
mod

Yosu Galocha

»Appel – EU-personale – kontraktansatte – udvælgelsesprocedure for fællesforetagendet Fusion for Energy – uregelmæssigheder ved udvælgelsesproceduren– ingen skriftlig prøve – annullation af efterfølgende retsakter, som vedrører tredjemand og er til dennes fordel – annullation af en reserveliste og indvirkning på ansættelse af personer fra en reserveliste – proportionalitet – interesseafvejning – berettiget forventning«

I. Indledning

1. Det Europæiske Fællesforetagende for ITER og Fusionsenergiudvikling (herefter »F4E« eller »appellanten«) organiserede en udvælgelsesprocedure med henblik på ansættelse af kontraktansatte. I den vejledning til ansøgere, der var vedhæftet meddelelsen om ledig stilling (herefter »stillingsopslaget«), blev det anført, at der ville blive afholdt såvel mundtlige som skriftlige prøver. F4E afholdt kun en mundtlig prøve. Efter den mundtlige prøve udvalgte appellanten ansøgere, som blev opført på reservelister, hvorefter appellanten ansatte to ansøgere fra disse lister.

2. Yosu Galocha deltog i denne udvælgelsesprocedure. Hans navn var imidlertid ikke blevet opført på reservelisterne. Han anlagde sag mod F4E ved Retten med påstand om annullation af udvælgelseskomitéens afgørelse om ikke at opføre hans navn på listen. Retten annullerede ikke blot den pågældende afgørelse, men endvidere alle reservelisterne samt afgørelserne om at ansætte bestående ansøgere fra disse lister.

3. F4E har nu iværksat appel til prøvelse af denne dom med påstand om, at Retten ved at annullere foranstaltninger, som var til fordel for tredjemand, nemlig reservelisterne og ansættelsesafgørelserne, har tilsidesat proportionalitetsprincippet.

4. Ved den foreliggende appel er Domstolen blevet anmodet om at undersøge, hvorvidt omstændighederne i sagen kan begrunde den afvejning, som Rettens dom er et udtryk for. Mere bredt formuleret er problemstillingen, under hvilke omstændigheder en uregelmæssighed begået under en udvælgelsesprocedure kan føre til annullation af samtlige efterfølgende foranstaltninger, som udspringer af den pågældende udvælgelsesprocedure, herunder foranstaltninger, som er til fordel for tredjemand, som f.eks. reservelister, individuelle ansættelsesafgørelser og ansættelseskontrakter?

1 – Originalsprog: engelsk.

II. Faktiske omstændigheder og sagens forløb

A. Tvistens baggrund

5. De faktiske omstændigheder, således som de fremgår af den appellerede dom [2], kan sammenfattes som følger.

6. F4E er et fællesforetagende i henhold til artikel 45 i Euratomtraktaten. Det blev oprettet ved Rådets beslutning 2007/198/Euratom af 27. marts 2007 [3]. Yosu Galocha arbejdede som midlertidigt ansat i F4E's lokaler i Barcelona (Spanien) fra den 23. april 2014. Han fortsatte med at arbejde dér som ekstern konsulent fra den 5. maj 2015 i henhold til en kontrakt mellem F4E og en anden virksomhed. I februar 2016 udløb sidstnævnte kontrakt ligeledes.

7. Den 5. februar 2015 offentliggjorde F4E på sit websted et stillingsopslag (F4E/CA/ST/FGIV/2015/001) med henblik på oprettelse af to reservelister. Formålet var at ansætte cost control support officers (ansatte til omkostningsstyring) – den ene liste, med fire navne, var til foretagendets center i Barcelona, og den anden, ligeledes med fire navne, var til dets center i Cadarache (Frankrig). De bestående ansøgere skulle ansættes som kontraktansatte på kortvarige kontrakter i henhold til artikel 3a i ansættelsesvilkårene for de øvrige ansatte i Den Europæiske Union (herefter »ansættelsesvilkårene«) for en periode på højst tre år, uden mulighed for forlængelse.

8. I punkt 3 i det pågældende stillingsopslag blev der for så vidt angår yderligere oplysninger vedrørende udvælgelsesproceduren for kontraktansatte henvist til en »Vejledning til ansøgere«. Vejledningen var offentliggjort på F4E's websted sammen med ansættelsesvilkårene.

9. Punkt 5 i vejledningen til ansøgere havde overskriften »Overblik over udvælgelsesproceduren«. Heri blev det fastsat, at der skulle nedsættes en udvælgelseskomité. I vejledningens punkt 5, del 1, med overskriften »Evaluering af ansøgningerne« var det i tredje afsnit anført, at de egnede ansøgere, der havde de bedste profiler, skulle indkaldes til at aflægge mundtlige og skriftlige prøver. I femte afsnit anførtes, at mere detaljerede oplysninger vedrørende den dato, det tidspunkt og den adresse, disse mundtlige og skriftlige prøver ville finde sted på, ville blive angivet i indkaldelserne til de egnede ansøgere. Endelig fremgik det af sjette afsnit, at ansøgerne kunne anmodes om at aflægge de mundtlige og skriftlige prøver på samme dag eller over flere dage, alt efter antallet af ansøgere.

10. I punkt 5, del 2, med overskriften »Udvælgelse« i vejledningen til ansøgere var successivt angivet overskrifterne »Mundtlig prøve«, »Skriftlig prøve« og »Proceduren for prøverne«.

11. Under overskriften »Mundtlig prøve« var angivet, at den omtalte prøve var udformet med henblik på at hjælpe medlemmerne af udvælgelseskomitéen med at evaluere ansøgerens generelle præstation og motivation, vedkommendes evne til at udføre de opgaver, der var beskrevet under overskriften »Ansvarsområder« i det pågældende stillingsopslag, vedkommendes specialviden på det pågældende område, dennes evne til at udtrykke sig på F4E's arbejdssprog og dennes evne til at tilpasse sig et multikulturelt miljø.

12. Under overskriften »Skriftlig prøve« var det anført, at der under denne prøve ville blive taget hensyn til de specifikke kompetencer, der var forbundet med den ledige stilling, som udvælgelsesproceduren var blevet indledt for, kvaliteten af ansøgerens skriftlige færdigheder og dennes præsentation, såvel som vedkommendes generelle færdigheder og sproglige evner, for så vidt som de var nødvendige for udførelsen af dennes arbejdsopgaver.

2 – Dom af 25.1.2018, Galocha mod Fællesforetagendet Fusion for Energy (T-561/16, EU:T:2018:29, præmis 1-20).

3 – Beslutning om oprettelse af det Europæiske Fællesforetagende for ITER og Fusionsenergiudvikling og om tilståelse af fordele til det (EUT 2007, L 90, s. 58).

13. Under overskriften »Proceduren for prøverne« blev det i andet afsnit anført, at der først ville blive foretaget en evaluering af ansøgerne, når hver af ansøgerne havde aflagt både den mundtlige og den skriftlige prøve, og at denne evaluering var baseret på det ved disse to prøver opnåede resultat.

14. Den 26. februar 2015 indgav Yosu Galocha sin ansøgning om den ledige stilling. Ved e-mail af 17. april 2015 indkaldte enheden for menneskelige ressourcer ved F4E ham til samtale. I den skrivelse, der var vedlagt e-mailen, blev han underrettet om, at samtalen ville vare ca. 45 minutter, og at den i det væsentlige ville foregå på engelsk. Formålet med samtalen var at evaluere hans generelle præsentation og motivation, hans evne til at udføre de opgaver, der var beskrevet under overskriften »Ansvarsområder« i det pågældende stillingsopslag, hans specialviden på det pågældende område, hans evne til at udtrykke sig på F4E's arbejdssprog og hans evne til at tilpasse sig et multikulturelt miljø. Der var ikke indeholdt nogen henvisning til en skriftlig prøve i denne skrivelse.

15. Den 11. maj 2015 deltog Yosu Galocha i den mundtlige prøve. Der blev ikke sendt nogen indkaldelse til en skriftlig prøve til ham eller de andre ansøgere.

16. Ved e-mail af 4. juni 2015 underrettede chefen for enheden for menneskelige ressourcer ved F4E på vegne af udvælgelseskomitéen ham om, at udvælgelseskomitéen under hensyntagen til den mundtlige og skriftlige prøve, som han havde aflagt, havde truffet afgørelse om ikke at opføre hans navn på reservelisten.

17. Samme dag indgav Yosu Galocha en anmodning om fornyet prøvelse af denne afgørelse til udvælgelseskomitéen. Han gjorde gældende, at der ikke var blevet afholdt nogen skriftlig prøve. Han anmodede om, at resultaterne af udvælgelsen, der var fremkommet alene på grundlag af den mundtlige prøve, blev annulleret, og at den skriftlige prøve skulle afholdes, inden udvælgelseskomitéen traf en endelig afgørelse. Samme dag indgav Yosu Galocha i henhold til artikel 90, stk. 2, i vedtægten for tjenestemænd i Den Europæiske Union (herefter »vedtægten«) en klage til ansættelsesmyndigheden, dvs. direktøren for F4E.

18. Ved e-mail af 3. juli 2015 afslog udvælgelseskomitéen anmodningen om fornyet prøvelse.

19. De reservelister, der blev opstillet på grundlag af resultatet af den pågældende udvælgelsesprocedure, indeholdt hver navnene på fire bestående ansøgere. Yosu Galocha var ikke blandt dem. Den 25. juni 2015 modtog én af de bestående ansøgere på listerne et ansættelsestilbud fra F4E, og vedkommende tiltrådte den 1. august 2015 i Cadarache. Den 10. juli 2015 modtog en anden af de bestående ansøgere et ansættelsestilbud fra F4E, og denne tiltrådte den 1. november 2015 i Cadarache.

20. Den 18. august 2015 anlagde Yosu Galocha sag ved EU-Personaleretten, som overførte sagen til Retten den 31. august 2016. Under ovennævnte sag nedlagde han påstand om, at udvælgelsesproceduren var ulovlig. Yosu Galocha nedlagde påstand om annullation af udvælgelsesproceduren, reservelisterne og afgørelserne om at ansætte bestående ansøgere fra disse lister. Han nedlagde endvidere påstand om, at der blev afholdt en ny udvælgelsesprocedure, som omfattede en skriftlig prøve.

21. Som svar herpå gjorde F4E gældende, at henvisningen til en skriftlig prøve beroede på en uagtsom administrativ fejl. Appellanten havde på intet tidspunkt haft til hensigt at afholde en sådan prøve til tidsbegrænsede stillinger, som skulle besættes hurtigst muligt. Desuden havde ingen af ansøgerne aflagt den pågældende skriftlige prøve, og ligebehandlingsprincippet var således ikke blevet tilsidesat.

B. Den appellerede dom og sagen for Domstolen

22. I dom af 25. januar 2018 (herefter »den appellerede dom«) [4] fastslog Retten, at Yosu Galocha med rette havde gjort gældende, at den pågældende udvælgelsesprocedure var behæftet med en ulovlighed. Det er klart, at en skriftlig prøve skulle have været afholdt, henset til det pågældende stillingsopslags bindende karakter. Som følge af denne uregelmæssighed annullerede Retten udvælgelseskomitéens afgørelse om ikke at opføre Yosu Galochas navn på reservelisten [5].

23. Retten gav ligeledes sagsøgeren medhold i dennes påstande om, at reservelisterne og afgørelserne om at ansætte bestående ansøgere, der stod opført på disse lister, var ulovlige [6]. I denne forbindelse henviste Retten til sin egen retspraksis [7], i henhold til hvilken en annullation af disse efterfølgende afgørelser, som vedrører tredjemand og er til disses fordel, kun skal finde sted, hvis den ikke forekommer uforholdsmæssig, navnlig under hensyntagen til arten af den begåede uregelmæssighed og til tredjemands og tjenestens interesse. Retten bemærkede, at navnlig ved bedømmelsen af tredjemands interesser skal der tages hensyn til beskyttelsen af dennes berettigede forventninger, som bl.a. kan knytte sig til en ansøgers opførelse på reservelisten eller ansættelse i den stilling, der skal besættes.

24. Under de foreliggende omstændigheder fandt Retten, at de bestående ansøgere, hvis navne var opført på reservelisterne, herunder dem, der havde modtaget ansættelsestilbud fra F4E, ikke kunne påberåbe sig beskyttelse af berettigede forventninger. Henset til uregelmæssighedens karakter var en annullation af reservelisterne og af afgørelserne om at ansætte bestående ansøgere på disse lister heller ikke overdrevet under hensyn til tjenestens interesse [8].

25. I øvrigt frifandt Retten sagsøgte og pålagde F4E som den tabende part at betale sagsomkostningerne [9].

26. Ved denne appel har appellanten, F4E, for Domstolen nedlagt påstand om ophævelse af den del af dommen, som annullerer de pågældende reservelister, samt afgørelsen om at ansætte de bestående ansøgere. Appellanten har for Domstolen ligeledes nedlagt påstand om, at Yosu Galocha tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

27. Appellanten har til støtte for sin appel gjort et enkelt anbringende gældende, som er inddelt i tre led.

28. For det første har appellanten gjort gældende, at annullationen af resultaterne af en udvælgelsesprocedure for så vidt angår tredjemand er overdrevet i forhold til den pågældende ulovlighed.

29. For det andet har appellanten gjort gældende, at Retten ikke tog hensyn til arten af den af appellanten begåede ulovlighed, da den vurderede konsekvenserne heraf. Den fejl, som administrationen begik, udelukkede ikke nogen fra udvælgelsesproceduren og påvirkede alle ansøgere på samme måde. Udeladelsen af den skriftlige prøve havde ingen indvirkning på de indholdsmæssige krav, men kun på den måde, hvorpå de blev bedømt (udelukkende på grundlag af en mundtlig prøve). Administrationen begik således blot en procedurefejl, som ikke kan begrunde annullationen af efterfølgende afgørelser, som påvirker tredjemand.

4 – Dom af 25.1.2018, Galocha mod Fællesforetagendet Fusion for Energy (T-561/16, EU:T:2018:29).

5 – Jf. den appellerede doms præmis 36-58.

6 – Jf. den appellerede doms præmis 59-67.

7 – Nemlig dom af 31.3.2004, Girardot mod Kommissionen (T-10/02, EU:T:2004:94, præmis 85 og 86).

8 – Jf. den appellerede doms præmis 68 og 69.

9 – Jf. den appellerede doms præmis 71-80.

30. For det tredje har appellanten gjort gældende, at Retten ikke har foretaget en korrekt afvejning af Yosu Galochas, tredjemands og tjenestens interesser. Ifølge appellanten påvirker den appellerede dom ikke på nogen måde Yosu Galochas interesser og retsstilling, idet sidstnævnte ikke har nedlagt påstand om erstatning, og idet Retten ikke har pålagt F4E at gentage udvælgelsesproceduren og afholde skriftlige prøver. Omvendt påvirker den appellerede dom de bestående ansøgere negativt: Sidstnævnte ville som følge af den pågældende dom blive fjernet fra reservelisterne og/eller kunne risikere at få deres ansættelseskontrakter ophævet.

31. Yosu Galocha har ikke indgivet svarskrift.

III. Bedømmelse

32. Dette forslag til afgørelse er struktureret på følgende måde. Jeg vil for det første redegøre for de bredere problemstillinger, som ligger til grund for denne appel, og som er uadskilleligt forbundne, når der skal træffes afgørelse i en sag om annullation af resultaterne af en udvælgelsesprocedure, hvor en uregelmæssighed har fundet sted: Hvor vidtrækkende konsekvenser skal en sådan uregelmæssighed i princippet have (A)? For det andet vil jeg redegøre for de betragtninger, der udgør principperne for beslutningen om, hvorvidt afgørelser, der er til tredjemands fordel, som f.eks. afgørelser om at opføre bestående ansøgere på en reserveliste eller ansætte dem, bør annulleres (*på grund af* den forudgående uregelmæssighed) eller fastholdes (*på trods af* den pågældende uregelmæssighed) (B). For det tredje vil jeg anvende sådanne betragtninger på den foreliggende appel og foreslå Domstolen, at afgørelserne om at ansætte to bestående ansøgere ikke skulle have været annulleret (C).

A. Sammenfatning af tilgangsvinklerne: »frugter af et giftigt træ« eller »bedømmelse af hver enkelt gren for sig«?

33. Udvælgelsesprocedurer til EU's institutioner og organer er som regel komplicerede administrative forløb, som har til formål at oprette en passende pulje af tilstrækkeligt kvalificerede personer. Sådanne procedurer består af mange forskellige trin, som hver især indebærer forskellige (administrative) foranstaltninger, der kan være af generel art (vedrørende den overordnede tilrettelæggelse af proceduren, som f.eks. stillingsopslag, regler for ansøgere eller retsakter, som definerer udvælgelseskriterierne) eller af individuel art (som f.eks. afgørelser om at oprette en reserveliste, afgørelser, der afviser en ansøgning, eller afgørelser om at ansætte bestående ansøgere i de ledige stillinger).

34. Disse forskellige foranstaltninger er tæt forbundne. Dette har indflydelse på, i hvilket omfang sådanne foranstaltninger og afgørelser kan være genstand for en domstolsprøvelse i henhold til artikel 270 TEUF. Det er fast retspraksis, at kun foranstaltninger og afgørelser, som påvirker sagsøgerens interesser gennem en væsentlig ændring af hans retsstilling, kan anfægtes direkte. I modsætning hertil kan forberedende foranstaltninger og afgørelser, der indgår som en del af den samlede udvælgelsesprocedure, kun anfægtes indirekte ved et søgsmål rettet mod den afgørelse, der er truffet som afslutning på proceduren [10].

35. I forbindelse med udvælgelsesprocedurer, hvor en række af de foranstaltninger og afgørelser, som bliver truffet i forløbet, vil blive anset for en forberedelse af den endelige afgørelse, er det uundgåeligt, at *resultatet* af sådanne procedurer anfægtes på grundlag af *forudgående* uregelmæssigheder. Medmindre der er tale om en uregelmæssighed, som enten kan afhjælpes hurtigt, eller som ganske

10 – Jf. f.eks. domme af 15.7.1993, Camara Alloisio m.fl. mod Kommissionen (T-17/90 – T-28/91 og T-17/92, EU:T:1993:69, præmis 39-42), og af 17.12.2003, McAuley mod Rådet (T-324/02, EU:T:2003:346, præmis 28). Jf. ligeledes dom af 21.3.2013, Brune mod Kommissionen (F-94/11, EU:F:2013:41, præmis 34 og 39).

enkelt ikke kan få afgørende betydning for de efterfølgende stadier[11], opstår spørgsmålet om, hvilken indvirkning en uregelmæssighed under udvælgelsesproceduren (»den oprindelige synd«) bør kunne få på efterfølgende afgørelser som led i og efter en given udvælgelsesprocedure, som f.eks. individuelle afgørelser om ansættelse eller endog senere forfremmelse af de bestående ansøgere.

36. Overordnet er to forskellige tilgange mulige.

37. Den første tilgang er at anskue problemstillingen som »frugter af et giftigt træ«[12]. Træstammen i form af den generelle udvælgelsesprocedure var blevet angrebet. Det samme må således være tilfældet med alle dets grene og frugter. Alle træets grene skal således hugges af: ikke blot (negative) afgørelser om *ikke* at opføre ansøgere på reservelister eller ansætte dem, men ligeledes deres (positive) modstykke, det vil sige afgørelser om at oprette en reserveliste med bestemte personer eller afgørelser om at ansætte personer fra den pågældende liste.

38. Den anden tilgang er at »bedømme hver enkelt gren for sig«. Følges denne tilgang, betyder et angreb på stammen ikke nødvendigvis, at hele træet skal fældes. Der bør i stedet foretages en omhyggelig afvejning: Hvilken type af angreb har stammen været udsat for, og hvor omfattende er det (hvor alvorlig er uregelmæssigheden)? Hvem sidder på hver enkelt af træets grene (hvem kunne i sidste ende blive påvirket af annullationen og hvordan)? Selv stammer, som har været udsat for mindre angreb, kan direkte eller indirekte frembringe sunde grene. Endelig kan et træ komme sig efter nogen tid.

39. Indledningsvis er det værd at påpege, at selv om der lejlighedsvis tales om tilbagebetaling og behovet for at genindsætte de berørte ansøgere i deres rettigheder, og den omstændighed, at det retsmiddel, som angiveligt berørte ansøgere typisk nedlægger påstand om, er annullation af (alle) de af ansættelsesmyndigheden trufne afgørelser, har Unionens retsinstanser[13] generelt valgt sidstnævnte tilgang. Det er fast retspraksis, at når der er begået en uregelmæssighed i forbindelse med en udvælgelsesprøve, vil sagsøgerens rettigheder være tilstrækkeligt beskyttet, hvis udvælgelseskomitéen og ansættelsesmyndigheden tager deres afgørelser op til fornyet overvejelse og søger en rimelig løsning i sagen, uden at det er nødvendigt at omstøde resultatet af udvælgelsesprøven som helhed eller at annullere de ansættelser, som er foretaget på grundlag heraf[14]. Annullation af samtlige resultater af en udvælgelsesprøve udgør nemlig principielt en for vidtgående sanktion mod den begåede ulovlighed[15]. Under alle omstændigheder har Unionens retsinstanser anerkendt, at når den retsakt, der skal annulleres, er til gunst for tredjemand (hvilket er tilfældet ved en afgørelse om forfremmelse af en person, opførelse på en reserveliste eller en afgørelse om at ansætte en ansøger), tilkommer det retsinstansen forudgående at efterprøve, om denne annullation udgør en for streng straf for den ulovlighed, som er begået[16].

11 – Jf. f.eks. domme af 18.12.1980, Gratreau mod Kommissionen (156/79 og 51/80, EU:C:1980:304, præmis 24).

12 – Idet jeg med taknemmelighed anerkender den (metaforiske) inspiration fra dommer Frankfurter i dommen Nardone mod De Forenede Stater, 308 U.S. 338 (1939), selv om den retlige sammenhæng, som metaforen og den deraf følgende regel (udelukkelsesregel for så vidt angår ulovligt tilvejebragte beviser) indgår i i USA, naturligvis er helt anderledes.

13 – Med »Unionens retsinstanser« mener jeg afgørelser truffet af denne ret (Domstolen), Retten og (indtil 2016) Personaleretten.

14 – Jf. f.eks. dom af 14.7.1983, Detti mod Domstolen (144/82, EU:C:1983:211, præmis 33), af 6.7.1993, Kommissionen mod Albani m.fl. (C-242/90 P, EU:C:1993:284, præmis 13), og af 22.6.1990, Marcopoulos mod Domstolen (T-32/89 og T-39/89, EU:T:1990:39, præmis 44 og den deri nævnte retspraksis).

15 – Jf. f.eks. dom af 5.6.1980, Oberthür mod Kommissionen (24/79, EU:C:1980:145, præmis 13), og af 5.5.2010, Bouillez m.fl. mod Rådet (F-53/08, EU:F:2010:37, præmis 83).

16 – Jf. f.eks. dom af 5.12.2017, Spadafora mod Kommissionen (T-250/16 P, ikke trykt i Sml., EU:T:2017:866, præmis 110, og af 5.5.2010, Bouillez m.fl. mod Rådet (F-53/08, EU:F:2010:37, præmis 82).

B. Betragtningerne

40. Der foreligger således bestemt ikke nogen »automatisk annullation«, ifølge hvilken alle konsekvenserne af en fejlbehæftet udvælgelsesprocedure automatisk omgøres. Derimod skal de forskellige interesser, som er på spil (1), afvejes i forhold til hinanden, idet der tages hensyn til de særlige omstændigheder og faktorer, der gør sig gældende i hvert enkelt tilfælde (2) med henblik på at opnå en rimelig løsning for så vidt angår det specifikke retsmiddel eller den række af specifikke retsmidler, der iværksættes i hvert enkelt tilfælde (3).

1. Interesserne

41. Det er ikke svært at få øje på de individuelle interesser, som her er på spil. Det er typisk de ansøgeres interesser, som tilsidesættes (for det meste ansøgere, der ikke er blevet valgt), tredjemands interesser (for det meste de bestående ansøgere), tjenestens interesse og den overordnede »interesse« i lovlighed (retmæssighed) [17].

42. Domstolen har i forskellige sammenhænge anerkendt hver af de »individuelle« parters interesser. Den har fremhævet »nødvendigheden af at forene interesserne hos de ansøgere, der har lidt skade på grund af en ulovlighed i forbindelse med en udvælgelsesprøve, og de øvrige ansøgeres interesse. [Unionens] retsinstanser skal nemlig tage hensyn til ikke alene nødvendigheden af at genindsætte de forurettede ansøgere i deres rettigheder, *men også* til de bestående ansøgeres berettigede forventning« [18].

43. Det præcise indhold af sådanne individuelle interesser er nærliggende. Ikke desto mindre er situationen en smule mere kompleks, når tjenestens interesse og interessen i lovlighed skal defineres.

44. Unionens retsinstanser anser til tider overholdelse af lovligheden for *omfattet af* tjenestens interesse [19]. Det anerkendes imidlertid også, at tjenestens interesse ikke blot omfatter overholdelse af lovligheden, men også »budgetmæssige følger af, at ulovlige afgørelser ikke erklæres ugyldige […], de eventuelle vanskeligheder ved opfyldelsen af afgørelsen, den eventuelle skadelige indvirkning på tjenestens kontinuitet samt risikoen for forringelser af arbejdsklimaet i institutionen« [20].

45. Hvor ønskværdig forestillingen om en institutionel uselvisk interesse i lovlighed end måtte være, vil det således være svært at overhøre den nagende stemme, der hvisker, at det forholder sig anderledes i virkelighedens verden. Det kan ikke afvises, at en institution eller et organ bestående af mennesker ville anse det for at være »i tjenestens interesse« at fortsætte på trods af ulovligheden, f.eks. for kontinuitetens skyld og med henblik på, at administrationen fungerer, som den skal, eller af en hvilken som helst anden grund. Sagt på en anden måde kan tjenestens objektive interesse sagtens være at sikre, at den administrative foranstaltning overordnet set opfylder loven, mens dens subjektive interesse i det enkelte tilfælde ikke desto mindre består i at godkende resultatet af en udvælgelsesprøve og opretholde de ansættelser, der er foretaget, *på trods af* den begåede ulovlighed.

17 – Jf. i denne retning dom af 5.12.2017, Spadafora mod Kommissionen (T-250/16 P, ikke trykt i Sml., EU:T:2017:866, præmis 110), og af 5.5.2010, Bouillez m.fl. mod Rådet (F-53/08, EU:F:2010:37, præmis 87-89).

18 – Jf. f.eks. dom af 6.7.1993, Kommissionen mod Albani m.fl. (C-242/90 P, EU:C:1993:284, præmis 14). Min fremhævelse.

19 – Jf. f.eks. dom af 5.5.2010, Bouillez m.fl. mod Rådet (F-53/08, EU:F:2010:37, præmis 89), og af 23.10.2012, Strack mod Kommissionen (F-44/05 RENV, EU:F:2012:144, præmis 125).

20 – Jf. f.eks. dom af 5.5.2010, Bouillez m.fl. mod Rådet (F-53/08, EU:F:2010:37, præmis 89).

46. På den anden side er det sandsynligt, at ansøgerne deler institutionens interesse i at overholde loven og således følge reglerne (for udvælgelsen) [21]. Derfor, og ligeledes fordi ulovlighedens karakter sandsynligvis afgør, hvor hård en »sanktion«, der iværksættes over for resultaterne af en udvælgelsesprøve, er det måske bedre at anerkende, at der er forskel på »tjenestens interesser« og den »generelle interesse i lovlighed«. Det er bedst at holde de to begreber adskilt.

2. Faktorerne

a) Typen af udvælgelsesprocedure

47. Der er sager, hvor der sondres mellem almindelige udvælgelsesprøver på den ene side og interne udvælgelsesprøver og forfremmelser på den anden. Når et trin i en udvælgelsesprocedure annulleres i forbindelse med en *almindelig udvælgelsesprøve*, anses ansøgere, der ikke er blevet valgt, for at være tilstrækkeligt beskyttet, hvis udvælgelseskomitéen og ansættelsesmyndigheden tager deres afgørelser op til fornyet overvejelse og søger en rimelig løsning på sagen, uden at det er nødvendigt at omstøde resultatet af udvælgelsesprøven som helhed eller at annullere de udnævnelser, som er foretaget på grundlag heraf, og dette uanset uregelmæssighedens karakter og omfanget af dens konsekvenser for resultaterne af udvælgelsesprøven. Hvor der omvendt er tale om *interne udvælgelsesprøver og forfremmelser*, foretager Unionens retsinstanser en prøvelse i hvert enkelt tilfælde, hvor der tages hensyn til karakteren af den pågældende uregelmæssighed [22].

48. Jeg er ikke af den opfattelse, at en sådan lejlighedsvis sondring kan anses for at udgøre en fastlæggelse af formelle regler for, hvilken tilgang der skal følges. Jeg opfatter nærmere den omstændighed, at en anden tilgangsvinkel indimellem vælges, som et udtryk for en anden slags variabel: Den pågældende udvælgelsesprocedures størrelse og type vil sandsynligvis have indflydelse på den viden, en rimelig velinformeret ansøger kan forventes at besidde. To elementer skal tages i betragtning: for det første kendskabet til alle de regler og procedurer, der gælder for udvælgelsesproceduren, og for det andet kendskabet til, at en eller flere af disse regler er blevet tilsidesat under den pågældende procedure.

49. I tilfældet med almindelige udvælgelsesprøver, hvor der er hundredvis eller helt op til titusinder af »anonyme« ansøgere, kan det forventes, at disse ansøgere har et grundlæggende kendskab til udvælgelsesproceduren. Det er imidlertid usandsynligt (eller rettere urealistisk at forvente), at de har et indgående kendskab til EU-personalerettens komplekse regler. Endvidere er det i betragtning af antallet af ansøgere, deres anonymitet og den betydelige ulighed for så vidt angår viden, der består mellem sådanne ansøgere og administrationen, ret usandsynligt, at sådanne ansøgere ville være i stand til at opdage en eventuel uregelmæssighed.

50. Omvendt er det rimeligt at forvente mere for så vidt angår de oplysninger og den viden, ansøgerne besidder, jo mindre og mere begrænset udvælgelsesprøven er. Det kan antages, at »insidere«, som f.eks. fem ansøgere, der deltager i en intern udvælgelsesprøve, vil have et mere indgående kendskab til de gældende regler og/eller har fået kendskab til en eventuel uregelmæssighed i forløbet.

21 – I den »oprindelige position« og bag »uvidenhedens slør« for så vidt angår resultatet af udvælgelsen ville enhver fornuftig ansøger vælge lovlighed som et af de principper, hvorefter proceduren skulle foregå (selv om det med temmelig stor sikkerhed kan antages, at John Rawls ikke havde EU-ansatte på kortvarige kontrakter i tankerne, da han fremsatte sin teori – jf. J. Rawls, »En teori om retfærdighed«, revideret udgave, Belknap Press, Harvard, 1999, s. 118-130).

22 – Jf. f.eks. dom af 6.7.1993, Kommissionen mod Albani m.fl. (C-242/90 P, EU:C:1993:284, præmis 13), af 5.5.2010, Bouillez m.fl. mod Rådet (F-53/08, EU:F:2010:37, præmis 83-90), og af 23.10.2012, Strack mod Kommissionen (F-44/05 RENV, EU:F:2012:144, præmis 117).

b) Uregelmæssighedens karakter

51. Karakteren og grovheden af ulovligheden er af betydning. Ved vurderingen af forfremmelsesprocedurer tager Unionens retsinstanser uregelmæssighedens karakter i betragtning. Hvis den konstaterede uregelmæssighed alene er en *procedurefejl*, der berører en enkelt tjenestemand, fastslår Unionens retsinstanser a priori, at en sådan uregelmæssighed ikke berettiger til en annullation af afgørelserne om forfremmelse, idet en sådan annullation udgør en for vidtgående sanktion. Hvis der til gengæld foreligger en *væsentlig mangel*, såsom en retlig fejl, som gør sammenligningen af fortjenester ugyldig i sin helhed, foretager Unionens retsinstanser som regel en afvejning af de involverede interesser [23].

52. Efter min opfattelse bør sådanne betragtninger ikke udelukkende begrænses til at omfatte forfremmelser, men må generelt være relevante, når det drejer sig om bedømmelsen af, hvilke konsekvenser forudgående uregelmæssigheder har på foranstaltninger, der er til fordel for tredjemand i en hvilken som helst type af udvælgelsesprocedure.

53. Der kan naturligvis ikke opstilles nogen udtømmende klassificering eller kategorisering i den henseende. Dertil er situationerne for forskellige. Som tommelfingerregel vil jeg imidlertid foreslå, at der anvendes et kontinuum for *grovheden*.

54. I den ene ende af spektret er der de *mindre* alvorlige uregelmæssigheder. De vil sædvanligvis ikke isoleret set have nogen indvirkning på udfaldet af udvælgelsesproceduren, og de vil under ingen omstændigheder have nogen indvirkning på afgørelser, der er til fordel for bestående ansøgere. Eksempler i denne kategori omfatter skrivefejl i udvælgelsesproceduren, som f.eks. en formfejl eller andre procedurefejl, som ikke væsentligt ændrer afgørelsens indhold.

55. I den anden ende af spektret findes de *alvorlige* uregelmæssigheder, som med sikkerhed vil blive tillagt større vægt i interesseafvejningen for så vidt angår lovlighedens »interesse«, især i sammenligning med tredjemands interesser. Mindst tre forskellige typer alvorlige uregelmæssigheder er mulige: svig og korruption, tilsidesættelse af Unionens grundlæggende værdier eller en konsekvent tilsidesættelse af de regler, der gælder for udvælgelsesproceduren.

56. For det første er påviste tilfælde af *svig* eller *korruption* i udvælgelsesprocedurer alvorlige nok til at begrunde annullation af hele udvælgelsesproceduren. Heraf følger, at afgørelser til fordel for tredjemand også ville blive annulleret. I en sådan ekstrem situation vil tredjemands berettigede forventning, om nogen, næppe kunne komme til at spille en rolle for så vidt angår opretholdelsen af en foranstaltning, som er behæftet med en alvorlig uregelmæssighed af en sådan art. Anvendes den tidligere nævnte metafor, står den stamme ikke til at redde.

57. For det andet kan administrationens *tilsidesættelse af Unionens grundlæggende værdier* også karakteriseres som en alvorlig uregelmæssighed. Det ville f.eks. være tilfældet, hvis udvælgelsesproceduren var diskriminerende over for ansøgerne af de grunde, som er anført i artikel 21 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. I lighed med svig kunne en sådan alvorlig ulighed i behandlingen siges at medføre, at hele udvælgelsesproceduren bliver ugyldig, herunder alle resultaterne heraf [24].

23 – Jf. f.eks. dom af 5.5.2010, Bouillez m.fl. mod Rådet (F-53/08, EU:F:2010:37, præmis 83-85 og den deri nævnte retspraksis), og af 23.10.2012, Strack mod Kommissionen (F-44/05 RENV, EU:F:2012:144, præmis 117 og 118).

24 – Dette er naturligvis ikke til hinder for, at andre tilfælde af ulighed i behandlingen (af ansøgere) under udvælgelsesproceduren også kan være relevante og bør tages i betragtning. Det, der antydes her, er langt mere beskedent: Der er ganske enkelt en betydelig forskel på at gennemføre en udvælgelsesprøve, som er mangelfuld på grund af en teknisk ulighed mellem ansøgerne og udvælgelsesprocedurer, som f.eks. er (in)direkte racistiske eller sexistiske. Til belysning heraf kan der f.eks. henvises til dom af 13.2.1979, Martin mod Kommissionen (24/78, EU:C:1979:37, præmis 21), hvor Domstolen gik så vidt som til at annullere en afgørelse om at ansætte en ansøger, som havde fået en fordel for så vidt angik en prøves indhold.

58. For det tredje er der den særlige kategori af »vaneforbrydere«. I sager, hvor en af Unionens institutioner eller organer undlader at gennemføre en lovlig udvælgelsesprocedure på trods af, at Domstolen har afsagt flere domme vedrørende samme type udvælgelse, må der tages skrappere midler i brug [25]. Endvidere kan *konsekvent tilsidesættelse* af de gældende regler føre til, at gentagelsen af mindre uregelmæssigheder bliver til en række uregelmæssigheder, som under visse omstændigheder, og igen efter behørig interesseafvejning, ligeledes ugyldiggør hele proceduren samt de deraf følgende resultater.

c) De bestående ansøgeres berettiget forventning

59. Det er fast retspraksis, at princippet om beskyttelse af den berettigede forventning gælder for enhver i forbindelse med begrundede forventninger, som en EU-institution ved at afgive præcise løfter har givet anledning til. Sådanne løfter skal, uanset under hvilken form de er afgivet, være præcise, ubetingede og samstemmende [26].

60. De faktiske omstændigheder ved en given udvælgelsesprocedure, især hvad angår den begåede ulovligheds type, omfang og karakter, er således afgørende for, hvorvidt tredjemand har en berettiget forventning til dens udfald eller ej. Følgelig vil der eksistere et *omvendt proportionalt forhold* i tilfælde, hvor en person har kendskab til en potentiel uregelmæssighed og en berettiget forventning: jo større kendskab, jo mindre eller slet ingen berettigede forventninger. Et sådant kendskab må vurderes på baggrund af, hvilken standard der sættes for en rimelig velinformeret ansøger [27]: Vidste eller burde en sådan ansøger have vidst, at afgørelsen var fejlbehæftet?

61. For det første er det mindre sandsynligt, at en udefra kommende ansøger har samme kendskab til alle de regler, der gælder for en udvælgelsesprocedure, som en »insider« og dermed heller ikke til en potentiel uregelmæssighed [28]. En sådan ansøger kan således have en større berettiget forventning om, at selv en ulovlig afgørelse, som var rettighedsstiftende for ham, bliver opretholdt.

62. For det andet forholder det sig således, at jo grovere uregelmæssigheden er, jo mere sandsynligt er det, at en rimelig velinformeret ansøger havde eller måtte have kendskab dertil [29]. Det forholder sig ganske vist ikke således, at ulovlighedens grovhed i sig selv er ensbetydende med, at ansøgerne måtte have kendskab dertil. Hvis en ansøger imidlertid ikke har kunnet undgå at bemærke den pågældende uregelmæssighed [30], synes en bestået ansøgers berettigede forventning at være mindre eller endog

25 – Jf. generaladvokat Sharpstons nylige forslag til afgørelse Spanien mod Parlamentet (C-377/16, EU:C:2018:610, punkt 156-164) og mit forslag til afgørelse Kommissionen mod Italien (C-621/16 P, EU:C:2018:611, punkt 153-157).

26 – Jf. f.eks. dom af 16.12.2010, Kahla mod Thüringen Porzellan/Kommissionen (C-537/08 P, EU:C:2010:769, præmis 63 og den deri nævnte retspraksis), af 19.7.2016, Kotnik m.fl. (C-526/14, EU:C:2016:570, præmis 62), og af 13.9.2017, Pappalardo m.fl. mod Kommissionen (C-350/16 P, EU:C:2017:672, præmis 39). Jf. også dom af 19.5.1983, Mavridis mod Parlamentet (C-289/81, EU:C:1983:142, præmis 21).

27 – Standarden er naturligvis formuleret forskelligt inden for de forskellige retsområder (og afhængigt af, om de pågældende aktører er erhvervsdrivende eller ej) – jf. f.eks. for så vidt angår den berettigede forventning i momssammenhænge betegnes standarden »den forudseende og påpasselige erhvervsdrivende« i dom af 14.9.2006, Elmeka (C-181/04 – C-183/04, EU:C:2006:563, præmis 32), og af 9.7.2015, Cabinet Medical Veterinar Tomoiagă Andrei (C-144/14, EU:C:2015:452, præmis 44). I forbindelse med statsstøtte er det nærmere betegnet standarden for den påpasselige erhvervsdrivende: f.eks. i dom af 20.9.1990, Kommissionen mod Tyskland (C-5/89, EU:C:1990:320, præmis 14), og af 11.11.2004, Demesa og Territorio Histórico de Álava mod Kommissionen (C-183/02 P – C-187/02 P, EU:C:2004:701, præmis 44).

28 – Punkt 49 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

29 – Punkt 53-58 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

30 – Jf. f.eks. dom af 20.3.1997, Alcan Deutschland (C-24/95, EU:C:1997:163, præmis 25), hvor Domstolen fastslog, at støttemodtageren ikke kunne have en berettiget forventning om, at støtten var lovligt ydet, da Kommissionen ikke var blevet underrettet om støtten, og den manglende underretning kunne dermed sammenlignes med en grov uregelmæssighed i forbindelse med statsstøtte.

ikke-eksisterende. Hvis en bestået ansøger har været i ond tro eller selv har medvirket til uregelmæssigheden, gælder det så meget desto mere, at vedkommende afgjort ikke kan have *nogen som helst* berettiget forventning om, at den (ulovlige) afgørelse, der er til hans fordel, opretholdes [31].

63. I henhold til Unionens retsinstanser forholder det sig for det tredje således, at et kendskab, som bestående ansøgere måtte have til en forestående retssag rettet mod visse dele af udvælgelsesproceduren, herunder sådanne, som er til fordel for de pågældende ansøgere, ligeledes er relevant i denne sammenhæng. Et sådant kendskab kunne afholde dem fra at have en berettiget forventning om, at deres fordelagtige status ikke ville blive berørt, idet disse afgørelser var blevet anfægtet inden for fristerne. Især bestående ansøgere, som er blevet ansat i en stilling, må være vidende om, at deres ansættelse kun vil kunne anses for endelig, såfremt andre ansøgere ikke får medhold i deres annullationssøgsmål [32].

64. Hvis omstændighederne i den enkelte sag viser, at der rent faktisk forelå et sådant kendskab, bør det bestemt tages med i betragtning. Jeg vil imidlertid advare imod en sådan formodning om et sådant kendskab. I praksis er det ikke umiddelbart indlysende, hvordan en bestået ansøger – igen navnlig i større og almindelige udvælgelsesprøver – skulle få kendskab til en forestående retssag, medmindre vedkommende er part i den pågældende sag, dersom EU-institutionen eller -organet ikke har pligt til at oplyse vedkommende derom. Ét er simpelthen at overhøre rygter på gangene om et verserende annullationssøgsmål. Det er noget helt andet at være blevet underrettet om, at et sådant søgsmål verserer, og at det endvidere kunne få konsekvenser selv for bestående ansøgere.

65. Det bør bestemt ikke være sådan, at bestående ansøgere må bære de (skæbnesvangre) konsekvenser af en potentiel annullation af afgørelser, der vedrører dem, uden at kunne gøre noget og uden mulighed for regres, især når annullationen rent faktisk blev anordnet flere år efter, at sagen blev anlagt [33]. Selv om sagen er blevet anlagt inden for fristerne, kan en berettiget forventning således opretholdes, medmindre og indtil det er slået fast, at de pågældende ansøgere havde kendskab til de problemer, der opstod under den pågældende udvælgelsesprocedure.

66. Kort sagt må der foretages en afvejning mellem disse faktorer og betragtninger på baggrund af omstændighederne i den enkelte sag. Det, der advares imod i dette afsnit, er tendensen til blindt at anvende forholdsvis kategoriske udtalelser, som f.eks. »der kan aldrig nogensinde opstå en berettiget forventning på baggrund af en ulovlighed begået af institutionen« og/eller »eftersom afgørelsen blev anfægtet i tide, kan ingen have berettiget forventning«. Sådanne udtalelser, som ofte med rette anvendes på retsområder, hvor erhvervsdrivende agerer, kan næppe helt overføres til et retsområde, som ganske enkelt er anderledes. I stedet kan en smule empati og virkelighedssans være på sin plads, også henset til den enorme ulighed, der altid vil være mellem institutionerne og deres potentielle ansatte for så vidt angår viden og magt – atter navnlig i forbindelse med almindelige udvælgelsesprøver. Dermed være ikke sagt, at potentielle ulovligheder begået af institutioner på nogen måde skal undskyldes eller tolereres. Det er snarere en bemærkning om, at medmindre ganske særlige omstændigheder gør sig gældende, kan bestående ansøgere næppe sammen med administrationen holdes ansvarlige for uregelmæssigheden [34].

31 – Jf. analogt i forbindelse med statsstøtte, dom af 12.12.1985, Sideradria mod Kommissionen (67/84, EU:C:1985:506, præmis 21), vedrørende en virksomhed, der havde gjort sig skyldig i en åbenbar overtrædelse af gældende regler, og af 16.7.1998, Oelmühle og Schmidt Söhne (C-298/96, EU:C:1998:372, præmis 29), for så vidt angår kravet om, at en virksomhed skal være i god tro for at kunne bestride tilbagesøgningskravet i forbindelse med den ulovligt ydede statsstøtte.

32 – Jf. f.eks. dom af 5.12.2017, Spadafora mod Kommissionen (T-250/16 P, ikke trykt i Sml., EU:T:2017:866, præmis 112), af 25.9.2008, Strack mod Kommissionen (F-44/05, EU:F:2008:123, præmis 123), og af 5.5.2010, Bouillez m.fl. mod Rådet (F-53/08, EU:F:2010:37, præmis 88).

33 – I dom af 23.10.2012, Strack mod Kommissionen (F-44/05 RENV, EU:F:2012:144, præmis 123), var der gået ikke mindre end otte år fra det tidspunkt, hvor de anfægtede afgørelser blev truffet. Dog fandt Personaleretten, at de bestående ansøgere ikke kunne påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, eftersom disse afgørelser var blevet anfægtet inden for fristerne.

34 – Medmindre de ønskede »ideelle EU-tjenestemænd«, som en sådan tilgangsvinkel skulle sikre en forhåndsudvælgelse af, udelukkende er ansøgere, som har læst, understreget og lavet notater i vedtægten og alle stillingsopslagene/meddelelserne om udvælgelsesprøver, enhver vejledning til ansøgere og alle til rådighed værende manualer. De vil studere dem indgående, have disse dokumenter liggende på natbordet og læse dem hver aften, inden de lægger sig til at sove. Under hele udvælgelsesproceduren optræder de som ægte »procedurevagthunde«, der konstant udfordrer hvert et skridt, ja selv den allermindste afvigelse, som institutionen foretager fra de gældende regler.

3. Retsmidlerne

67. Formålet med artikel 270 TEUF er at genindsætte ansøgere (de ansøgere, der ikke er blevet valgt) i deres rettigheder i tilfælde af, at der er begået uregelmæssigheder. Ifølge Unionens retsinstanser indebærer dette, at de ansøgere, der ikke er blevet valgt, genindsættes i deres rettigheder, og at administrationen finder en »rimelig løsning« i sagen [35]. En sådan rimelig løsning spænder fra annullationen af afgørelser vedrørende de ansøgere, der ikke er blevet valgt [36], til at lade proceduren gå om for så vidt angår den berørte ansøger [37]. I denne forbindelse er det også konsekvent blevet anført, at tilkendelsen af erstatning af egen drift [38] udgør den form for godtgørelse, som bedst tilgodeser såvel sagsøgerens interesser som de tjenstlige krav [39].

68. Hvad angår *foranstaltninger, som især er til fordel for tredjemand*, som f.eks. reservelister og ansættelser, synes en annullation af sådanne afgørelser – som pr. definition har tilbagevirkende kraft – med rette at være et ultima ratio, såfremt der ikke foreligger noget andet åbenlyst passende retsmiddel til genindsættelse af de berørte ansøgere i deres rettigheder [40].

69. Som generaladvokat Van Gerven meget rammende pointerer i Albani-sagen, er det i sådanne tilfælde nødvendigt »at finde balancen mellem interesserne hos de ansøgere, der berøres af en uregelmæssighed i forbindelse med en udvælgelsesprøve, og de øvrige ansøgeres interesser. Denne nødvendige hensyntagen til de forskellige interesser i en sag er et almindeligt princip inden for god forvaltning, og i dette tilfælde god retspleje, som er knæsat i fællesskabsretten. Princippet kræver, at Domstolen eller Retten ikke alene bestræber sig på af retssikkerhedsmæssige grunde at genindsætte de berørte ansøgere i deres rettigheder på en retfærdig måde, men også tager hensyn til den berettigede forventning hos de allerede udvalgte og/eller udnævnte ansøgere. Dette indebærer i denne sag, at dommerne, når de søger at finde en løsning i forbindelse med uregelmæssigheder ved ansættelsesproceduren, skal sammenligne to typer skader […], der er lidt af de berørte ansøgere, og som skal godtgøres på rimelig måde, og den potentielle skade, som de øvrige ansøgere vil lide som følge af den påtænkte godtgørelse« [41].

70. Det er måske værd at tilføje, at Domstolen i sin efterfølgende dom besluttede sig for at ophæve den af Retten afsagte dom, som ved at annullere reservelisterne ikke begrænsede retsvirkningerne af annullationen til, at de fire oprindelige sagsøgere genindsattes i deres rettigheder [42].

71. Umiddelbart kan det diskuteres, hvorvidt genindsættelsen af sagsøgere i deres rettigheder – de ansøgere, der ikke er blevet valgt – altid indebærer en annullation af afgørelser, der vedrører de bestående ansøgere, medmindre hele udvælgelsesproceduren skal gå om, hvilket er forholdsvis sjældent og noget, som Domstolen alligevel ikke har hjemmel til at afgøre. Som alternative retsmidler, synes erstatning – og hvor det er muligt – en gentagelse af udvælgelsesproceduren udelukkende med deltagelse af de berørte ansøgere at være den mest hensigtsmæssige løsning med henblik på at sanktionere en (forudgående) ulovlighed begået under den pågældende procedure uden derved at foretage indgreb i de bestående ansøgeres berettigede forventning.

35 – Jf. f.eks. dom af 31.3.2004, Girardot mod Kommissionen (T-10/02, EU:T:2004:94, præmis 89).

36 – Jf. f.eks. dom af 28.6.1979, Anselme og Constant mod Kommissionen (255/78, EU:C:1979:175, præmis 15).

37 – Jf. f.eks. dom af 22.6.1990, Marcopoulos mod Domstolen (T-32/89 – T-39/89, EU:T:1990:39, præmis 44), og af 21.3.2013, Brune mod Kommissionen (F-94/11, EU:F:2013:41, præmis 65).

38 – Jf. f.eks. dom af 31.3.2004, Girardot mod Kommissionen (T-10/02, EU:T:2004:94, præmis 89).

39 – Jf. f.eks. dom af 5.6.1980, Oberthür mod Kommissionen (24/79, EU:C:1980:145, præmis 14), og af 1.6.1995, Coussios mod Kommissionen (C-119/94 P, EU:C:1995:164, præmis 24).

40 – Jf. for så vidt angår de forholdsvis sjældne eksempler på annullation af afgørelser om ansættelse af ansøgere, dom af 13.2.1979, Martin mod Kommissionen (24/78, EU:C:1979:37, præmis 21), og af 23.10.2012, Strack mod Kommissionen (F-44/05 RENV, EU:F:2012:144, præmis 123-126).

41 – Generaladvokat Van Gervens forslag til afgørelse, Kommissionen mod Albani m.fl. (C-242/90 P, EU:C:1993:108, punkt 10).

42 – Dom af 6.7.1993, Kommissionen mod Albani m.fl. (C-242/90 P, EU:C:1993:284, præmis 17).

72. Her forholder det sig som allerede anført ovenfor således [43], at tredjemand i princippet ikke bør bære konsekvenserne af en forudgående uregelmæssighed, som vedkommende ikke havde eller kunne have kendskab til. Sådanne parter har ikke nødvendigvis kendskab til uregelmæssigheder eller verserende retssager mod udvælgelsesproceduren, og de har således ikke mulighed for at svare i sagen. Som drøftet i det foregående i forbindelse med kendskab og den dertil knyttede berettigede forventning, antager denne omstændighed en ny dimension i forbindelse med retsmidler. Det er usandsynligt, at de bestående ansøgere er parter i en sådan sag; ikke desto mindre kan dens udfald være af afgørende betydning for dem. Før eller siden vil spørgsmålet om retten til forsvar opstå.

C. Anvendelse på den foreliggende sag

73. Retten annullerede ved den appellerede dom tre forskellige typer af afgørelser, der vedrørte resultatet af udvælgelsesproceduren: i) afgørelsen om ikke at opføre Yosu Galocha på reservelisterne (herefter »den negative afgørelse«), ii) afgørelsen om at oprette reservelister (herefter »reservelisterne«) og iii) afgørelserne om ansættelse af bestående ansøgere fra reservelisterne (herefter »ansættelsesafgørelserne«).

74. Med denne appel har appellanten alene anfægtet den del af den appellerede dom, som vedrører reservelisterne ii) og ansættelsesafgørelserne iii). Den omstændighed, at Retten annullerede den specifikke negative afgørelse vedrørende Yosu Galocha (nemlig ikke at opføre hans navn på reservelisterne), er ikke blevet bestridt. Appellanten har heller ikke bestridt, at der forelå en underliggende, forudgående uregelmæssighed, i og med at der ikke blev afholdt nogen skriftlig prøve under udvælgelsesproceduren.

75. Genstanden for denne appel er således udelukkende de konklusioner, Retten drog af den pågældende uregelmæssighed for så vidt angår *tredjemand*, nemlig afgørelse ii) og iii). Til støtte for sin afgørelse vedrørende disse to annullationsforanstaltninger anførte Retten:

»68. Under de foreliggende omstændigheder kan de bestående ansøgere, hvis navne er opført på reservelisterne, herunder dem, der har modtaget tilbud om ansættelse fra [F4E], imidlertid ikke påberåbe sig beskyttelse af en berettiget forventning. Den pågældende meddelelse om ledig stilling fastlagde nemlig, at der ville blive afholdt en skriftlig prøve. Imidlertid er reservelisterne blevet udarbejdet og jobtilbuddene tilsendt, uden at disse ansøgere har aflagt en sådan prøve.

69. Henset til uregelmæssighedens karakter kan det i øvrigt heller ikke antages, at en annullation af reservelisterne og af afgørelserne om at ansætte bestående ansøgere på disse lister vil være overdrevet, henset til tjenestens interesse. Dels påvirkede uregelmæssigheden nemlig evalueringen af samtlige ansøgere, og den kan følgelig ikke afhjælpes med foranstaltninger, der udelukkende vedrører sagsøgeren. Dels har denne udvælgelsesprocedure kun en meget begrænset størrelse« [44].

76. Ifølge appellanten pålagde Retten tredjemand en unødvendig straf ved også at lade konsekvenserne af den pågældende uregelmæssighed omfatte bestående ansøgere – uanset om disse blot var opført på reservelisterne eller allerede var blevet ansat.

77. Anvendes de ovenfor anførte betragtninger på den appellerede dom, må jeg erklære mig enig med appellanten for så vidt angår annullationen af ansættelsesafgørelserne iii), men ikke nødvendigvis for så vidt angår reservelisterne ii).

43 – Punkt 59-66 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

44 – Den appellerede doms præmis 68 og 69.

78. For det første ser det ud til, at den type af udvælgelsesprocedure, der er tale om, er en almindelig udvælgelsesprøve. For det andet står det for så vidt angår karakteren af den uregelmæssighed, der er begået under udvælgelsesproceduren, temmelig klart, at den omstændighed, at der ikke blev gennemført en skriftlig prøve som nævnt i vejledningen til ansøgere, udgør en ulovlighed begået af administrationen. Det er fast retspraksis, »at stillingsopslaget udgør en retlig ramme, ansættelsesmyndigheden selv har opstillet, og som den derfor nøje skal overholde«[45]. Det følger heraf, at eftersom stillingsopslaget henviste til vejledningen til ansøgere, burde appellanten have afholdt en skriftlig prøve.

79. Det ville imidlertid være temmelig usædvanligt at kategorisere den pågældende fejl som alvorlig og grov. Retten anførte, at den omstændighed, at der ikke blev afholdt en skriftlig prøve, påvirkede alle deltagere i udvælgelsesproceduren på samme måde[46]. Yderligere argumentation ville således være påkrævet for at komme til den konklusion, at dette udgjorde en alvorlig indholdsmæssig uregelmæssighed, som ville resultere i forskelsbehandling. Den omstændighed, at der ikke blev afholdt en skriftlig prøve, synes således snarere at skyldes en forsømmelse fra administrationens side, som ikke fik opdateret de dokumenter, der var relevante for udvælgelsesproceduren, herunder vejledningen til ansøgere og de standardskrivelser, som blev sendt til ansøgerne[47].

80. For så vidt angår de bestående ansøgeres faktiske eller mulige kendskab til den uregelmæssighed, som appellanten begik, kan det for det tredje antages, at ansøgerne burde have vidst, at udvælgelsesprøven bestod af såvel mundtlige som skriftlige prøver, eftersom det blev nævnt i vejledningen til ansøgere. Det kan imidlertid diskuteres, hvorvidt den omstændighed, at der ikke blev afholdt nogen skriftlig prøve, nødvendigvis kom som en overraskelse for de bestående ansøgere, da de modtog resultaterne af udvælgelsesproceduren. Det afhænger af, hvordan en rimelig velinformeret ansøger kan have opfattet sjette afsnit i vejledningens punkt 5, del 1, hvorefter egnede ansøgere kunne anmodes om at aflægge mundtlige og skriftlige prøver *på samme dag* eller over flere dage, *alt efter antallet af ansøgere*.

81. Kunne ansøgerne på baggrund af sådanne faktiske omstændigheder egentlig ikke med rimelighed antage, at administrationen måske havde samlet den mundtlige og skriftlige prøve i én samlet prøve, især fordi den skrivelse, hvorved de blev inviteret til den mundtlige prøve, ikke nævnte en skriftlig prøve? Eller at administrationen havde besluttet sig for at lade den skriftlige prøve udgå af proceduren, antageligt fordi den mundtlige prøve var et tilstrækkeligt grundlag for administrationens bedømmelse af ansøgernes egnethed til ansættelse på tidsbegrænsende kontrakter, og måske også, fordi der ikke var så mange ansøgere?

82. Af ovenstående grunde ser jeg i modsætning til Retten ingen grund til, at bestående ansøgere ikke skulle kunne påberåbe sig beskyttelsen af deres berettigede forventning for så vidt angår opretholdelsen af virkningerne af en afgørelse, som var til deres fordel, til trods for den (ulovlige) udeladelse af en skriftlig prøve.

83. Jeg vil gerne tilføje, at jeg i lyset af de betragtninger og den afvejning, der skal foretages i denne type af sager, ikke er sikker på, at jeg kan følge Rettens andet argument: at udvælgelsesproceduren »kun [havde] en meget begrænset størrelse«. Jeg medgiver, at størrelsen med hensyn til udvælgelsesprøvens omfang og karakter er relevant for den mulige bedømmelse af kendskab og deraf

45 – Jf. f.eks. dom af 18.3.1993, Parlamentet mod Frederiksen (C-35/92 P, EU:C:1993:104, præmis 16), af 9.11.2004, Montalto mod Rådet (T-116/03, EU:T:2004:325, præmis 54), og af 25.9.2008, Strack mod Kommissionen (F-44/05, EU:F:2008:123, præmis 155).

46 – Den appellerede doms præmis 56.

47 – Det kan udledes af sagens faktiske omstændigheder, som Retten præsenterede dem, at den skrivelse, der indkaldte ansøgerne til at aflægge den mundtlige prøve, ikke indeholdt nogen henvisning til en skriftlig prøve, mens den skrivelse, som underrettede ansøgerne (i det mindste Yosu Galocha) om udfaldet af udvælgelsesproceduren, nævnte både de mundtlige og skriftlige prøver, som han angiveligt havde aflagt (jf. den appellerede doms præmis 12 og 15).

følgende berettigede forventning[48]. Jeg er dog uenig heri, dersom argumentet blev fremsat for at antyde, at en berettiget forventning er »mindre værd« og nemmere at se bort fra i afvejningen, hvis den gavner to personer snarere end 200. Den værdiafvejning, der skal foretages, handler om forventningernes kvalitet og hvorvidt de er beskyttelsesværdige. Der er ikke tale om kvantitet.

84. Eftersom de bestående ansøgere således ikke pr. definition er afskåret fra at have en berettiget forventning om, at resultatet af udvælgelsesproceduren opretholdes for deres vedkommende, foregår den videre afvejning derved, at deres forventning afvejes over for andre interesser – i forhold til det specifikke retsmiddel, der er nedlagt påstand om. Der er efter min mening forskel på udfaldet af afvejningen for så vidt angår ii) reservelisterne og iii) ansættelsesafgørelserne.

85. For så vidt angår *reservelisterne* ii) på den ene side er det resultat, som Retten nåede frem til, måske ikke det eneste mulige, men det holder sig inden for det muliges rammer.

86. For det første har ansøgerne på reservelisterne en svagere berettiget forventning end dem, der er blevet udvalgt til ansættelse. Retten har omtalt dette forhold: »Opførelse af udvalgte ansøgere fra almindelige udvælgelsesprøver på egnethedslisten efter deres udvælgelsesprøvers afslutning indebærer alene, at de pågældende har mulighed for at blive udnævnt til tjenestemand på prøve«[49]. Ifølge nævnte dom har ansøgere på reservelister ikke ret til at blive ansat, selv om reservelisten i det foreliggende tilfælde var til kontrakter af kort varighed. De har alene en berettiget forventning om at blive behørigt taget i betragtning i tilfælde af, at en ledig stilling skal besættes.

87. For det andet er de praktiske virkninger af annullationen af en reserveliste i sagens natur i det væsentlige fremtidige, selv om den er med tilbagevirkende kraft med hensyn til sine retlige virkninger. Dels er administrationen nødt til at gentage udvælgelsesproceduren og oprette en ny reserveliste, hvis den stadig ønsker at få en ledig stilling besat. Det er imidlertid prisen for en uregelmæssighed i udvælgelsesproceduren, som ikke kan afhjælpes på anden vis. Tjenestens interesse kan således næppe fremføres som gyldigt argument for ikke at annullere reservelister. Dels vil de bestående ansøgere, som blev valgt fra listen og ansat før den potentielle annullation af listen, nyde individuel beskyttelse, men på et andet grundlag: De havde således ikke blot en berettiget forventning, men også erhvervet ret til ansættelse.

88. For det tredje kommer sagsøgerens interesser (den ansøger, der ikke er blevet valgt) i lyset heraf næsten op på niveau med de interesser, som de ansøgere, der stadig står opført på reservelisten, men som ikke er blevet valgt, har for så vidt angår fremtiden. De kan med rette forvente, at administrationen vil gentage proceduren i fuld overensstemmelse med loven, således at de nu har en chance for at blive valgt. De ansøgere, der var opført på den – nu annullerede – liste, har ligeledes samme chance for så vidt angår fremtiden. Sagt lidt forenklet: Kortene skal blandes igen, og der skal spilles et nyt spil, hvor alle igen kan deltage.

89. Af disse yderligere grunde synes Rettens afgørelse om at annullere reservelisterne under de omstændigheder, der gør sig gældende i den foreliggende sag, ikke at være en for vidtgående sanktion, der tilsidesætter proportionalitetsprincippet.

90. Dels er situationen efter min opfattelse en anden for så vidt angår *ansættelsesafgørelserne* iii). Annullationen af disse afgørelser udgør en for vidtgående sanktion af mindst tre grunde.

48 – Punkt 48-50 og punkt 61 ovenfor.

49 – Jf. f.eks. dom af 11.7.2007, Centeno Mediavilla m.fl. mod Kommissionen (T-58/05, EU:T:2007:218, præmis 52). Jf. ligeledes Personalerettens dom af 13.9.2011, AA mod Kommissionen (F-101/09, EU:F:2011:133, præmis 44).

91. For det første står det rimelig klart, at ikke alene har de ansatte personer fået en berettiget forventning; de har bevæget sig langt højere op på skalaen af retssikkerhed: De har erhvervet ret i form af underskrevne og bindende (tidsbegrænsede) kontrakter. Sådanne rettigheder, hvis stiftelse naturligvis også har haft betydelige personlige konsekvenser, tillægges pr. definition højere vægt i afvejningen.

92. For det andet, som meget passende bemærket af appellanten, modsvares disse (ganske vist) vægtige rettigheder af den åbenlyse omstændighed, at det faktisk ikke står fuldstændig klart, lige præcis hvordan annullationen af ansættelsesafgørelserne ville være i sagsøgers interesse i udvælgelsesproceduren. Da de pågældende stillinger vedrører kontraktansatte på tidsbegrænsede kontrakter, for hvem den aftalte ansættelsesperiode allerede var udløbet, ville en sagsøger ikke kunne forvente at tiltræde disse stillinger. En sådan annullation kan næppe bidrage til at genindsætte de berørte ansøgere i deres rettigheder. Samtidig var karakteren af den ulovlighed, som F4E havde begået, næppe så alvorlig, at nødvendigheden af at genskabe objektiv lovlighed (eller alt efter synsvinkel, nødvendigheden af at »straffe« administrationen for den) ville opveje alle andre hensyn.

93. For det tredje, og nærmere som sidebemærkning, om end stadig relevant, kan anføres de uhensigtsmæssige praktiske konsekvenser for såvel de ansatte ansøgere som administrationen, som en sådan ex tunc-fjernelse af ethvert retsgrundlag for ansættelsen (og den tidsbegrænsede kontrakt) ville medføre. Da en annullation har tilbagevirkende kraft, må alle efterfølgende foranstaltninger vedrørende de ansatte ansøgere anses for ugyldige. Hvad ville der da ske med de lønninger, sociale ydelser, skatter samt mulige afgørelser/administrative foranstaltninger, som de pågældende ansatte ansøgere har truffet i deres egenskab af kontraktansatte for F4E? For så vidt angår deres lønninger f.eks., ville alle F4E's udbetalinger til dem da blive anset for uberettiget vinding (betalinger modtaget uden gyldigt retsgrundlag)? Dersom alt dette ikke ordnes i god ro og orden og mindelighed, ville hver privat part da skulle sagsøge den anden?

94. Det synes således klart for så vidt angår ansættelsesafgørelserne i den foreliggende sag, at lovlighedens »interesse« og sagsøgers interesse i en sådan udvælgelsesprocedure helt klart ikke kan opveje de ansatte ansøgeres interesser. Rettens annullation af ansættelsesafgørelserne var således en for vidtgående sanktion. Af denne grund skal den appellerede dom ophæves for så vidt angår domskonklusionens punkt 3.

95. To afsluttende bemærkninger er på sin plads her.

96. For det første skal det påpeges, at en sådan afvejning af, hvilket retsmiddel der er hensigtsmæssigt, altid afhænger af den konkrete sag. I den foreliggende sag er der intet som helst, der tyder på, at administrationen har gjort sig skyldig i en forsætlig eller gentagen forsømmelse. Desuden kunne det rent hypotetisk være nødvendigt at nå til et andet resultat, også for så vidt angår interesseafvejningen, dersom det viste sig, at administrationen var i ond tro. Det kunne f.eks. være, hvis administrationen bevidst skyndte sig at ansætte ansøgere fra reservelisterne, før en domstolsprøvelse overhovedet kunne finde sted, vel vidende, at sådanne udnævnelser aldrig ville blive ændret. En sådan tænkt situation ville med sikkerhed give interesseafvejningen en anden drejning. Der er imidlertid intet, der taler for, at dette kunne være tilfældet her.

97. For det andet er det således, at i tilfælde hvor ansøgere *har en* berettiget forventning, har disse ret til at søge godtgørelse, dersom de måtte ønske det. Dette kan de gøre, selv om interesseafvejningen, som i denne sag, fører til en annullation af reservelisterne [50].

50 – Jf. f.eks. hvad angår en fortabt ansættelsesmulighed, dom af 21.2.2008, Kommissionen mod Girardot (C-348/06 P, EU:C:2008:107, præmis 55).

D. Sagsomkostninger

98. I henhold til procesreglementets artikel 138, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. I henhold til samme artikels stk. 3 skal hver part bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter.

99. Appellanten har kun delvis opnået medhold i sin appel som omhandlet i procesreglementets artikel 138, stk. 1. I henhold til procesreglementets artikel 138, stk. 3, bærer appellanten således sine egne omkostninger.

IV. Forslag til afgørelse

100. På baggrund af førnævnte betragtninger foreslår jeg Domstolen

– at ophæve Rettens dom af 25. januar 2018, Galocha mod Fællesforetagendet Fusion for Energy (T-561/16, EU:T:2018:29), for så vidt som den annullerede de af Det Europæiske Fællesforetagende for ITER og Fusionsenergiudvikling trufne afgørelser om ansættelse af bestående ansøgere på reservelisterne for udvælgelsesproceduren F4E/CA/ST/FGIV/2015/001

– at pålægge Det Europæiske Fællesforetagende for ITER og Fusionsenergiudvikling at bære sine egne omkostninger.