FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MARCO DARMON

fremsat den 1. december 1988 *

Høje Domstol.

1. Bossis stævning drejer sig om et spørgsmål, som desværre er hyppigt tilbagevendende i tvistemål vedrørende Fællesskabernes tjenestemænd: I hvilket omfang påvirker det forhold, at der ikke er udfærdiget bedømmelser af en tjenestemand, lovligheden af en forfremmelsesprocedure, som ikke er faldet ud til hans fordel? Domstolen har allerede knæsat de principper, som gør det muligt at besvare dette spørgsmål.

2. Førend Domstolen befatter sig med sagens materielle indhold, må der imidlertid tages stilling til de afvisningspåstande, som er fremsat af Kommissionen.

3. En af disse kan ikke give anledning til større diskussion. Stævningens anden annullationspåstand vedrører nemlig en retsakt, som ikke forelå på tidspunktet for stævningens indlevering. Som korrekt påpeget af Kommissionen var »listen over tjenestemænd, som faktisk er forfremmet i regnskabsåret 1987«, hverken udfærdiget eller offentliggjort, da Bossi indleverede sin stævning den 11. november 1987. Denne liste blev først offentliggjort i Meddelelser fra Administrationen nr. 545 af 14. december 1987.

4. I øvrigt er en sådan liste strengt taget ikke identisk med selve forfremmelsesbeslutningen. Den tjener alene til information om tidligere trufne afgørelser. Derfor kan en person, som mener at have interesse deri, enten anfægte en eller flere afgørelser om forfremmelse, som særskilt er kommet til hans kendskab, eller anfægte disse afgørelser i anledning af offentliggørelsen af listen, hvis det er via denne, vedkommende får kendskab til dem. Derimod er Bossis stævning, som netop ikke omhandler hverken de forud for stævningens indlevering skete forfremmelser eller en allerede udfærdiget og offentliggjort liste over forfremmelser på dette punkt af en sådan karakter, at den må afvises fra realitetsbehandling. Den løsning at anerkende annullationspåstand som egnet til realitetsbehandling »af forsynlighed«, forekommer mig ikke anvendelig.

5. De øvrige afvisningspåstande, som vedrører den tredje annullationspåstand og de tre punkter i påstanden om erstatning, bør gives lidt mere opmærksomhed.

6. Jeg skal ikke over for Domstolen lægge skjul på, at Kommissionens argumenter til støtte for de pågældende indsigelser forekommer os meget hårdttrukne, navnlig ved at Kommissionen ikke helt har forstået formålet med den forudgående klagesagsbehandling, som EF-lovgivningsmagten har foreskrevet i artikel 90 i vedtægten for De Europæiske Fællesskabers tjenestemænd.

7. Denne forudgående procedure, som er obligatorisk ifølge vedtægtens artikel 91,

* Originalsprog: fransk.

stk. 2, forekommer mig først og fremmest at være indført som et middel til opnåelse af forlig mellem fællesskabsadministrationen og dens medarbejdere og dermed som et middel til forebyggelse af retssager. Inden for rammerne af denne procedure kan løsningen på stridighederne findes såvel ud fra en legalitetsvurdering som ud fra en skønsmæssig bedømmelse. Denne procedure må derfor være smidig og ikke være underkastet nogen overdreven formalisme.

8. Det forekommer mig imidlertid netop at være udtryk for en sådan formalisme at kræve streng identitet mellem de krav, der er fremsat i klagen til ansættelsesmyndigheden, og kravene ifølge stævningen.

9. Af Domstolens faste praksis fremgår følgende:

»i tjenestemandssager kan de for Domstolen nedlagte påstande kun have samme genstand som de i klagen anførte og... der kan kun fremsættes indsigelser, der hviler på samme grundlag, som de i klagen anførte« [1].

Hvad forstås ved påstande med »samme genstand«?

10. Kommissionen henholder sig til en meget formel opfattelse ved at påstå afvisning af påstanden om erstatning, idet der ikke er fremsat noget krav om skadeserstatning i klagesagen for ansættelsesmyndigheden. Bossi krævede da »annullation af beslutningen om ikke at optage ham på listen over de tjenestemænd, som er anset for mest egnede til forfremmelse til lønklasse B 1 — i regnskabsåret 1987«. Ifølge Kommissionen kunne han for Domstolen kun gentage denne påstand uden at udvide den.

11. En sådan opfattelse kan i vidt omfang retfærdiggøres, hvis der var tale om identitet i forholdet mellem påstanden i en appelsag og påstanden i første instans. Men man kan ikke sammenligne en klage, indgivet til ansættelsesmyndigheden med en sag anlagt ved en førsteinstans. I den administrative klagesag kan en sådan ofte nyligt opstået tvist som bekendt løses på anden måde end den retlige.

12. I øvrigt synes den af Kommissionen forfægtede opfattelse nødvendigvis at tvinge tjenestemanden til at »fylde på« i klagen, dvs. allerede fra begyndelsen at formulere klagen så bredt som muligt, hvilket kun kan besværliggøre afviklingen af denne forudgående procedure og gøre den mere kompliceret og forringe chancerne for at opnå et forlig. Paradoksalt nok indebærer kravet om identisk sagsgenstand i dets strengeste udformning en formindskelse af mulighederne for at undgå retssager vedrørende Fællesskabernes ansatte og dermed et øget antal af sådanne sager.

13. Domstolens praksis har tilsyneladende ikke fundet den endelige afvejning mellem formalisme og smidighed, idet Domstolen i Jänsch-dommen af 10. december 1987 [2] af-

1 — Sag 242/85, Geist/Kommissionen, dom af 20. maj 1987, Sml. s. 2181, præmis 9.

2 — Sag 277/84, Sml. s. 4923, præmis 10.

viste en påstand om erstatning for karrieremæssig skade, fordi den var »fremsat for første gang i stævningen«, samtidig med, at den ikke fandt nogen afvisningsgrund og statuerede frifindelse i Vincent-dommen af 10. juni 1987 [3] vedrørende et krav om erstatning, som var fremsat for første gang i svarskriftet, selv om generaladvokaten havde stillet forslag om afvisning. Jeg skal også understrege, at Domstolen i dom af 5. juni 1980 i sagen Oberthür [4] ex officio domfældte sagsøgte, dvs. Kommissionen, »til betaling af en erstatning for immateriel skade forårsaget af en tjenstlig fejl«, selv om sagsøgeren ikke havde fremsat noget krav om erstatning.

14. Da Domstolens praksis stadig er uklar, er den foreliggende sag en anledning til endeligt at klargøre denne. Jeg opfordrer Domstolen til at anvende begrebet »identitet i genstanden« på mindre restriktiv måde end Kommissionen.

15. Enhver klage fra en tjenestemand vedrører en bestemt handlemåde fra administrationens side eller en bestemt undladelse af at handle. Dens formål er at ophæve virkningerne af handlemåden eller undladelse gennem en ændring af administrationens adfærd, en erstatning fra administrationen eller begge dele samtidig. Den angiver derfor de forskellige midler til at opnå en ophævelse af de omhandlede virkninger. For Domstolen kan stævningen ikke angå en anden handlemåde eller en anden undladelse, idet der i så fald ville være tale om en ændring af grundlaget for påstanden. Det er derimod uden betydning for kravet om identitet i genstanden, at den samme handlemåde eller undladelse også under retssagen danner grundlag for en påstand om erstatning, selv om klagen kun omhandlede et krav om annullation. Formålet med både annullation og skadeserstatning er i dette tilfælde ophævelsen af de samme retsvirkninger.

16. Med andre ord, på baggrund af omstændighederne i den foreliggende sag må den påstand om annullation af beslutningen om ikke at optage Bossi på listen over tjenestemænd, som blev fundet mest egnede til forfremmelse til lønklasse B 1 (regnskabsåret 1987), og som var fremsat i den forudgående klagesag, og påstandene om erstatning, som blev fremsat i stævningen ved spørgsmålets indgivelse, anses for at have én og samme genstand: genindsættelse af Bossi i hans rettigheder i forbindelse med den af Kommissionen gennemførte forfremmelsesprocedure for 1987.

17. Et sådant ræsonnement forekommer mig også at overholde den retspraksis, som fandt udtryk i Rihoux-dommen af 7. maj 1986 [5], og hvorefter:

»artikel 91 i vedtægten har til formål at muliggøre og lette en mindelig ordning af uoverensstemmelsen mellem tjenestemændene og administrationen. For at tilfredsstille dette krav er det væsentligt, at administrationen har et tilstrækkeligt dybtgående kendskab til partens klagepunkt eller ønsker. Derimod har bestemmelsen ikke til formål på en håndfast og definitiv måde at

3 — Sag 7/86, Sml. 1987, s. 2473.

4 — Sag 24/79, Sml. 1980, s. 1743, præmis 14.

5 — Sag 52/85, Sml. 1986, s. 1555, præmis 12.

indsnævre den mulige juricielle fase, eftersom søgsmålet hverken ændrer grundlaget eller genstanden for den administrative klage.«

Når lovligheden af en af Kommissionens eller en anden EF-institutions handlinger bestrides af en tjenestemand, er den pågældende institution efter min opfattelse udmærket klar over, at de eventuelle skadevirkninger af den mulige ulovlighed kan danne grundlag for erstatning.

18. På den baggrund foreslår jeg at forkaste Kommissionens påstande om afvisning, for så vidt de er baseret på manglende identitet i genstanden mellem de under retssagen fremsatte påstande og den forudgående klage, hvorved der dog ses bort fra det andet punkt i erstatningspåstanden vedrørende forfremmelser senere end regnskabsåret 1987, dvs. forfremmelsesprocedurer, der ikke er omfattet af klagen og desuden er senere end indleveringen af stævningen.

19. Kommissionen hævder ligeledes, at erstatningspåstandene må afvises, dels fordi sagsøgeren ikke udtrykkeligt har påberåbt sig, at der består en årsagsforbindelse mellem den påståede fejl og det påståede tab, dels fordi han ikke både kan kræve annullation af visse retsakter og erstatning for det tab, som disse retsakter påfører ham, idet der i tilfælde af annullation af retsakterne ikke længere vil være noget tab.

20. I modsætning til Kommissionen er jeg af den opfattelse, at årsagsforbindelsen mellem ikke-forfremmelsen fra B 2 til B 1, som er anfægtet af sagsøgeren, og påstanden om erstatning svarende til den årlige forskel mellem løn og andre fordele i henholdsvis lønklasse B 1 og B 2 klart kan udledes af stævningen, hvorfor der ikke på dette punkt er grundlag for afvisning. I øvrigt ville jeg gerne kunne støtte en så optimistisk opfattelse af den administrative ansvarlighed som den, at en annullation af retsakterne i sig selv får skadevirkningen til at forsvinde. Det forekommer mig dog, at indholdet af Fællesskabets tjenestemandslovgivning ikke på nogen måde tillader at fremsætte et sådant postulat og heraf udlede, at erstatningskravet må afvises. Forbindelsen mellem annullation og tab forekommer mig snævert knyttet til de konkrete omstændigheder ved en annullation, altså til sagens realitet. Jeg foreslår følgelig også at forkaste påstandene om afvisning, for så vidt de hviler på de to anbringender, som jeg her har omtalt.

21. Diskussionen om formaliteten tvinger mig til separat at gennemgå den indsigelse, at Bossis stævning tilsigter annullation af den stiltiende afvisning af den forudgående klage, hvilken ifølge Kommissionen er en bekræftende retsakt, som ikke kan være genstand for et søgsmål.

22. Her står vi igen over for en formalistisk holdning fra Kommissionens side, som forekommer mig at gå stik imod ordlyden i vedtægten for Fællesskabets tjenestemænd og desuden fordrejer begrebet »bekræftende retsakt«.

23. Lad mig først se på vedtægten. Som bekendt, lyder dens artikel 91, stk. 2, således:

»...

2. En klage kan kun antages til påkendelse ved De Europæiske Fællesskabers Domstol når

— der for ansættelsesmyndigheden i forvejen er indbragt en klage efter artikel 90, stk. 2, inden for den deri fastsatte frist, og

— denne klage har været genstand for en udtrykkelig eller stiltiende afvisning.

3. Den i stk. 2 omhandlede klage skal fremsættes inden for en frist på 3 måneder. Fristen løber fra:

...

— den dag, hvor fristen for at afgive svar udløber, når klagen vedrører en stiltiende afvisning af en klage, der er fremsat i henhold til artikel 90, stk. 2.«

Ved læsningen af disse bestemmelser forekommer det mig indlysende, at fællesskabslovgiveren, selv om selve den stiltiende afvisning bekræfter administrationens tidligere tilkendegivne holdning, ikke desto mindre udtrykkeligt har fastsat en klagefrist, når klagen »vedrører en stiltiende afvisning af en klage«. Kan denne regel anses for ikke eksisterende på basis af Kommissionens argumentation? Det mener jeg ikke.

24. I øvrigt finder jeg, at begrebet »bekræftende retsakt« ikke har megen mening, når det anvendes på den stiltiende afvisning af en klage. Dette begreb tjener i almindelig forvaltningsret til at udelukke et sagsanlæg til prøvelse af en retsakt, som blot gentager en tidligere afgørelse, hvis frist for sagsanlæg er udløbet. Dette har intet at gøre med den ovenfor omtalte situation, hvor fællesskabslovgiver hjemler en forudgående administrativ klage og udtrykkeligt bestemmer, at denne obligatoriske fremgangsmåde suspenderer fristen for anlæg af søgsmål, idet forvaltningens tavshed i 4 måneder, i kraft af udtrykkelige regler i vedtægten, konstituerer en afgørelse, der kan være genstand for søgsmål.

25. Jeg finder, at hverken vedtægtens ordlyd eller ånden i begrebet »bekræftende retsakt« kan støtte den af Kommissionen påståede afvisning.

26. Ganske vist har Kommissionen påberåbt sig Plug-dommen af 9. december 1982[6], hvor Domstolen under henvisning til Kuhner-dommen[7] og modsat generaladvokat Reischls forslag til afgørelse, afviste påstande om annullation af stiltiende afvisninger af klager og udtalte, at:

»enhver afvisning, hvad enten den er stiltiende eller udtrykkelig, hvis den er klar og enkel, kun bekræfter den akt eller undladelse, hvorover sagsøgeren gør indsigelse, og ikke isoleret betragtet udgør en akt, som kan anfægtes«.[8]

6 — Sag 191/81, Sml. 1982, s. 4229.

7 — Forenede sager 33 og 75/79, dom af 28. maj 1980, Sml. s. 1677.

8 — Sag 191/81, nævnt ovenfor, præmis 13.

27. Andre af Domstolens domme hviler imidlertid på en anden opfattelse. Domstolen anså ikke den stiltiende afvisning af en klage for bekræftende og uegnet til at tage under påkendelse i Morbelli-dommen af 21. maj 1981 [9] og i Andersen-dommen af 19. januar 1984 [10]. I sidstnævnte afgørelse udtalte Domstolen

»Da det fremgår af reglerne for tjenestemændenes klageadgang, at en administrativ klage altid skal gå forud for et eventuelt sagsanlæg, kan det ikke nægtes, at sagsøgerne har interesse i at påstå annullation af afvisningen af deres klage samtidig med annullation af den akt, som indeholder et klagepunkt mod dem, uanset den konkrete virkning af annullationen af en sådan afgørelse i det enkelte tilfælde«. [11]

Denne opfattelse forekommer mig at være i perfekt overensstemmelse med vedtægtens ordlyd og ånden i begrebet »bekræftende retsakt«, hvilket begreb ikke har noget at gøre med en retsakt, som pr. definition er fremkommet inden for søgsmålsfristen. I det omfang Domstolens praksis synes at tøve mellem to holdninger, foreslår jeg Domstolen definitivt at vælge standpunktet i den forudgående Andersen-dom og forkaster Kommissionens afvisningspåstand vedrørende den tredje annullationspåstand.

28. Vedrørende den første annullationspåstand, som Kommissionen ikke kræver afvist, er der efter min mening ikke anledning til ex officio at afvise den, idet listen over tjenestemænd, der blev fundet mest egnede til en forfremmelse til lønklasse B 1, i virkeligheden er en rent forudgående akt i forhold til de egentlige forfremmelser, som alene kan være genstand for søgsmål, og som sagsøgeren ikke behørigt har anfægtet. I Castille-dommen af 6. februar 1986 [12] er dette spørgsmål ikke blevet opklaret, og dommen gav heller ikke mulighed for at diskutere den opfattelse, som generaladvokat Lenz fremsatte i sit forslag til afgørelse. Generaladvokaten anførte, at

»den liste over de mest forfremmelsesværdige tjenestemænd, som skal fastlægges af ansættelsesmyndigheden, udgør en definitiv akt, idet en tjenestemand, som ikke figurerer på den, er udelukket fra forfremmelse.« [13]

Man kan imidlertid anføre, at Domstolen i en tidligere dom (Ditterich) [14] efter realitetsbehandlingen afviste klagepunkterne i en stævning, som drejede sig om en af ansættelsesmyndigheden opstillet liste over de mest forfremmelsesværdige tjenestemænd. Domstolen statuerede dermed, at en sådan liste ikke blot er en rent forberedende akt, men kan være genstand for søgsmål. Jeg foreslår Domstolen at bekræfte dette standpunkt.

29. Jeg har længe opholdt mig ved formalitetsindsigelserne. De var imidlertid i Kommissionens svarskrift genstand for så lange udredninger, at jeg fandt det nødvendigt grundigt at belyse disse spørgsmål. Jeg konstaterer, at min opfattelse ligner den, der blev lagt til grund af generaladvokat Tesauro i sag 224/87. For så vidt denne opfattelse deles af Domstolen, foreslår jeg, at af-

9 — Sag 156/80, Sml. 1981, s. 1357.

10 — Sag 260/80, Sml. 1984, s. 177.

11 — Præmis 4.

12 — Sag 173/82, 157/83 og 186/84, Sml. 1986, s. 497, præmis 12.

13 — Sml. 1986, s. 502.

14 — Sag 86/77, dom af 12. oktober 1978, Sml. s. 1855.

gørelsen vedrørende de omhandlede indsigelser begrundes på en sådan måde, at uberettigede afvisningspåstande afskæres fra at blive fremsat i kommende retssager.

30. Jeg er således nået frem til gennemgangen af realiteten. Stævningen indeholder fire anbringender, der kan sammenfattes på følgende måde. I proceduren for forfremmelse fra lønklasse B 2 til lønklasse B 1 for regnskabsåret 1987 havde de kompetente instanser ikke kendskab til Bossis bedømmelsesrapporter for perioderne 1981-1983 og 1983-1985, idet disse rapporter ikke var udfærdiget. Således var de nævnte instanser ikke i stand til at vurdere den pågældendes fortjenester, hvilket vedtægtsmæssigt er en betingelse for forfremmelse. Under disse omstændigheder udgjorde de manglende bedømmelsesrapporter en ulovlighed, som påvirkede ansættelsesmyndighedens opstilling af listen over de tjenestemænd, der var mest egnede til at blive forfremmet til lønklasse B 1, og en tjenstlig fejl, som har medført materiel og ideel skade.

31. Det fremgår af sagsakterne, at den anfægtede beslutning, som blev offentliggjort den 2. marts 1987, er truffet på et tidspunkt, da Bossis bedømmelsesrapporter for de omhandlede perioder endnu ikke var udfærdiget og følgelig heller ikke var tilgået hans personlige aktmappe. Der blev derfor ikke taget hensyn til de nævnte bedømmelsesrapporter, hverken ved udfærdigelsen af listen over de mest forfremmelsesværdige tjenestemænd, eller ved de forberedende foranstaltninger, dvs. høringen af Forfremmelsesudvalget og indstillingen fra direktoratet, hvor Bossi gjorde tjeneste, og som var grundlaget for Forfremmelsesudvalgets arbejde. Sagsakterne viser meget klart, at udfærdigelsen af de omtvistede rapporter først begyndte i maj 1987, dvs. efter Bossis indgivelse af klagen om annullation af beslutningen om ikke at medtage ham på listen over mest forfremmelsesværdige tjenestemænd.

32. Under disse omstændigheder, som altså er ubestridelige, har sagsøgeren anført, at der er sket en overtrædelse af artiklerne 43 og 45, stk. 1, i vedtægten for Fællesskabernes tjenestemænd og af artikel 6 i de almindelige gennemførelsesbestemmelser vedrørende bedømmelsen af personalet, og fremhævet, at væsentlige oplysninger om ham ikke har kunnet tages i betragtning under forfremmelsesproceduren: en specialuddannelse i indretning af lokaler for computere og deltagelsen i sprogkurser i engelsk. Han hævder yderligere, at den anfægtede beslutning blev truffet uden, at hans overordnede blev hørt vedrørende den periode, som ikke er omfattet af bedømmelsesrapporter.

33. Kommissionen hævder for sit vedkommende, under henvisning til Domstolens praksis, at forfremmelsesprocedurens gyldighed ikke er berørt af Bossis manglende bedømmelsesrapporter, idet de instanser, som medvirkede i nævnte procedure, har rådet over alle relevante oplysninger for vurderingen af sagsøgerens fortjenester, og at det vedtægtsmæssige forhold, at der ikke var udfærdiget rapporter ikke har påvirket instansernes valg, som er faldet på ældre tjenestemænd med højere anciennitet og større dygtighed end sagsøgeren.

34. Den ovenfor nævnte Oberthür-dom fastslår, at bedømmelsesrapporter som i henhold til vedtægtens artikel 43 skal udfærdiges mindst hvert andet år,

»udgør en uundværlig del af vurderingen, hver gang den overordnede myndighed skal tage stilling til tjenestemandens karriere«,

og Domstolen udtalte i den forbindelse

»Ifølge vedtægtens artikel 45, stk. 1, kan forfremmelse af tjenestemænd således alene ske blandt de tjenestemænd, der kan komme i betragtning ved forfremmelsen, efter sammenligning af deres fortjenester og de afgivne udtalelser om dem«,

og konkluderede herefter:

»de krav, der må stilles til en sammenligning efter artikel 45, ikke er opfyldt, når nogle ansøgeres fortjenester vurderes på grundlag af en i henhold til artikel 43 udfærdiget udtalelse og andres ikke.« [15]

Imidlertid har Domstolen i Gratreau-dommen af 18. december 1980 anført, at

»under særlige omstændigheder [kan] manglende bedømmelse erstattes af andre oplysninger om tjenestemandens fortjenester.« [16]

Domstolen har også indtaget en nuanceret holdning, idet den har understreget, at retspraksis ikke medfører,

»at alle ansøgere bør befinde sig på ... nøjagtigt samme stadium med hensyn til udfærdigelsen af deres bedømmelsesrapporter, eller at ansættelsesmyndigheden er forpligtet til at udskyde sin afgørelse, hvis den seneste udtalelse for den ene eller den anden ansøger endnu ikke er udfærdiget«,

idet den tilføjede, at det ikke er tilstrækkeligt til at annullere udnævnelserne eller forfremmelserne,

»at en enkelt ansøgers personlige akter er mangelfulde og ufuldstændige, medmindre det bevises, at denne omstændighed kan have haft afgørende betydning« [17]

for den omhandlede procedure.

35. Det forekommer mig, at Domstolens praksis reelt har taget stilling til to spørgsmål.

36. På spørgsmålet, om en forfremmelsesprocedure opfylder kravene i vedtægtens artikel 45, stk. 1, om, at ansøgernes fortjenester skal sammenlignes, svarer Domstolen benægtende, når der ikke foreligger bedømmelser af en tjenestemand, medmindre denne mangel udlignes af andre relevante oplysninger. Anvendelsen af en sådan nødløsning anser Domstolen dog for usædvanlig, hvilket må indebære, at administrationen ikke bør anvende denne mulighed som en genvej, der kan fritage den for udfærdigelse af bedømmelsesrapporter.

15 — Præmis 8.

16 — Sag 156/79 og 51/80, Sml. s. 3943, præmis 22.

17 — Sag 263/81, List, dom af 27. januar 1983, Sml. s. 103, præmis 27 og 7/86, Vincent, dom af 10. juni 1987, Sml. s. 2473, præmis 17.

37. På spørgsmålet, om en fejl ved forfremmelsesproceduren, som indebærer, at kravet om sammenligning af ansøgernes fortjenester ikke er opfyldt, bør føre til annullation af de faktisk gennemførte forfremmelser, svarer Domstolen benægtende, hvis det ikke er bevist, at denne fejl kan have haft en afgørende betydning for de pågældende forfremmelser.

38. Spørgsmålet er altså, om de kompetente instanser i den omtvistede procedure har kunnet foretage en behørig sammenligning af ansøgernes fortjenester, uanset at der ikke forelå bedømmelser vedrørende Bossi, men dog forelå andre tilgængelige oplysninger.

39. Kommissionen har besvaret dette spørgsmål positivt. Den understreger, at indstillingerne til Forfremmelsesudvalget, som kom fra det direktorat, hvor Bossi gjorde tjeneste, var udarbejdet efter høring af direktører, kontorchefer og chefer for særlige tjenestegrene, der var i stand til at foretage en detaljeret bedømmelse af fortjenesterne for hver enkelt af de forfremmelsesværdige tjenestemænd, som de regelmæssigt kan kontrollere, og hvis arbejde de jævnligt kan vurdere. Den henviser på dette punkt til direktør Volpis skrivelse af 22. maj 1987, hvori det anføres, at Bossis nuværende og tidligere overordnede har deltaget i direktoratets drøftelser, og at deres overvejelser kan være taget i betragtning, selv om det konkluderes, »at pågældendes alder og anciennitet samt hans præstationer sammenholdt med hans kollegers kan ikke berettige ham til at blive optaget på listen over tjenestemænd, indstillet til forfremmelse«.

40. Kommissionen tilføjede, at Forfremmelsesudvalget er forpligtet til, hvis en tjenestemand forlanger det, at foretage en speciel sammenlignende vurdering af hans situation og således eventuelt at rette op på kritisable forglemmelser. Bossi har imidlertid ikke klaget til udvalget over ikke at være medtaget i indstillingerne fra hans generaldirektorat. Kommissionen understreger, at ansættelsesmyndigheden tiltrådte Forfremmelsesudvalgets enstemmige rapport.

41. Denne argumentation forekommer mig lidet overbevisende. Jeg skal bemærke, at den delvis er baseret på en efterfølgende erklæring fra administrationen, dvs. fra Volpi, som forsikrer om hans kendskab til Bossis kvaliteter og fortjenester på tidspunktet for udfærdigelsen af direktoratets forslag. I mangel af et mere objektivt vurderingsgrundlag, f. eks. vidneudsagn fra de af Bossis direkte eller nære overordnede, som deltog i drøftelserne om direktoratets forslag til forfremmelser, forekommer en simpel ensidig erklæring fra sagsøgte, afgivet efter den pågældende klage er indgivet, ikke at være tilstrækkeligt overbevisende.

42. De sagsakter, der vedrører de vurderinger, som blev foretaget af Delhez, Bossis direkte overordnede i perioderne, der ikke var omfattet af bedømmelsesrapporterne, gør det desuden ikke muligt at afgøre, om denne blev hørt som led i forfremmelsesproceduren, og navnlig ved udfærdigelsen af direktoratets indstillinger. Kommissionen påviser netop på intet tidspunkt, at en sådan høring har fundet sted, men nævner alene, at Delhez forlod tjenesten, mens indstillingerne blev udformet. Den påstand, at »det

var efter grundige drøftelser i hvert direktorat, hvori Bossis nuværende og tidligere overordnede deltog«, at indstillingerne [18] blev udfærdiget, forekommer mig, da den ikke er nærmere præciseret, ikke underbygget. I den henseende udgør præciseringen i retsmødet af identiteten af tjenestemandens overordnede ikke i sig selv noget bevis for, at de omhandlede personer faktisk har givet væsentlige oplysninger om hans fortjenester.

43. Kommissionens udtalelser gør det heller ikke på nogen måde muligt at fastslå, om Forfremmelsesudvalget har foretaget en gennemgang af Bossis forhold. De synes endog at antyde det modsatte. Kommissionen erklærer nemlig, at dette udvalg har til opgave at råde bod på direktoraternes eventuelle »forglemmelser«, hvilket dog forudsætter, at det forelægges de konkrete sager. Hvis der ikke er sket en sådan forelæggelse, forhandler udvalget »på grundlag af indstillingerne fra tjenestegrenene og deres prioritering« [19], hvilket, reelt betyder, at udvalget ikke foretager en genvurdering af alle forfremmelsesværdige tjenestemænds situation. Bossi har imidlertid ikke klaget til udvalget over, at han ikke var nævnt i indstillingerne fra hans direktorat.

44. I den henseende skal jeg citere en passage i Kommissionens svarskrift, som forekommer mig meget afslørende. På side 5 i dette dokument anfører Kommissionen, at sagsøgeren ikke havde henledt Forfremmelsesudvalgets

»opmærksomhed på hans sag, hvorfor man har vanskeligt ved at forestille sig, hvordan dette udvalg, som ved udarbejdelsen af listen over de mest forfremmelsesværdige tjenestemænd herved væsentligt måtte reducere antallet af de indstillede tjenestemænd, kunne have udpeget sagsøgeren, som ikke havde indgivet særlig protest til udvalget over ikke at være blevet indstillet af sit generaldirektorat.«

Tydeligere kan det ikke siges, at Bossis fortjenester ikke blev behandlet i Forfremmelsesudvalget. Derfor er det svært at antage, at de oplysninger, der blev forelagt dette udvalg skulle have gjort det muligt at kompensere for de manglende bedømmelsesrapporter ved vurderingen af den pågældendes fortjenester.

45. Jeg mener, at den omstændighed, at Bossi ikke selv har gjort opmærksom på sin situation over for Forfremmelsesudvalget, ikke kan gøres gældende imod ham i denne sag. Ellers ville man lade ham bære konsekvenserne af administrationens forsømmelighed, som består i, at bedømmelsesrapporterne ikke var udfærdiget i rette tid. Efter min opfattelse har tjenestemanden i henhold til vedtægten en ret til at få sine fortjenester taget i betragtning under en forfremmelsesprocedure med udgangspunkt i hans bedømmelsesrapporter eller, når disse undtagelsesvis ikke foreligger, på grundlag af alle andre relevante oplysninger. Han er ikke forpligtet til specielt at påberåbe sig denne ret, og man kan ikke nægte ham den, fordi han ikke har bedt om den.

46. Da ansættelsesmyndigheden endelig har fastsat listen over de mest forfremmelsesværdige tjenestemænd på grundlag af Forfremmelsesudvalgets enstemmige anbefaling, er der intet, der tyder på, at denne sidste fase har omfattet en særlig undersøgelse af Bossis fortjenster.

18 — Kommissionens duplik, s. 8.

19 — Præmis 8 i bilag 2 til Kommissionens svarskrift og svarskriftets s. 15.

47. Ifølge Oberthür-dommen påhviler det Kommissionen at bevise, at det forhold, at der ikke er udfærdiget bedømmelsesrapporter for en tjenestemand, kompenseres af andre omstændigheder, som er egnede til at forsyne Forfremmelsesudvalget og ansættelsesmyndigheden med oplysninger om tjenestemandens fortjenester i det omhandlede tidsrum. [20]

48. På grundlag af de forudgående betragtninger finder jeg, at Kommissionen ikke i det foreliggende tilfælde har godtgjort, at de ikke udfærdigede bedømmelsesrapporter er blevet kompenseret af andre omstændigheder, som har kunnet tjene til oplysning for de kompetente instanser. Jeg drager heraf den konklusion, at kravene i bestemmelsen om sammenligning af fortjenesterne hos de tjenestemænd, der kunne komme i betragtning ved forfremmelsen, jfr. vedtægtens artikel 45, stk. 1, ikke er opfyldt, og at den omhandlede vedtægtsbestemmelse ikke er overholdt.

49. Kan man heraf slutte, at den anfægtede afgørelse må annulleres, eller er det desuden nødvendigt at godtgøre, at ulovligheden i relation til vedtægtens artikel 45, stk. 1, kan have haft en afgørende indflydelse på forfremmelsesproceduren?

50. Efter min opfattelse er det ikke her nødvendigt at føre bevis for, at der har været tale om en afgørende indflydelse. Domstolens praksis viser klart, at det ret strenge, om ikke ligefrem uomgængeligt krav om »afgørende indflydelse« kun er opstillet for at undgå automatisk annullation af forfremmelser, som, ofte i stort tal, er foretaget som afslutning på en procedure, der har været behæftet med en uregelmæssighed knyttet til vurderingen af en enkelt ansøgers fortjenester. Egentlig er det kun det alvorlige perspektiv ved en omstødelse af, undertiden talrige, individuelle situationer, som berettiger, at Domstolen, stillet over for en væsentlig retlig mangel ved forfremmelsesproceduren, afstår fra at anse annullationen af de endeligt besluttede forfremmelser for uundgåelig. Som bekendt, kan Bossis stævning ikke tages under påkendelse i det omfang, den vedrører faktisk skete forfremmelser. Stævningen drejer sig altså, med hensyn til annullationsproblemet, kun om ansættelsesmyndighedens beslutning om at udfærdige listen over de mest forfremmelsesværdige tjenestemænd samt om den stiltiende afvisning af klagen.

51. Beslutningerne om forfremmelse fra lønklasse B 2 til lønklasse B 1 i regnskabsåret 1987 er nu endelige, idet de ikke lovligt er anfægtet. Der kan ikke længere rejses tvivl om de forfremmedes situation. Som anført af Kommissionens repræsentant under retsmødet, vil en annullation af ansættelsesmyndighedens beslutning om oprettelse af listen over tjenestemænd, der blev anset for mest egnede til forfremmelse til lønklasse B 1, ikke påvirke disse forfremmelser. Derfor er jeg af den opfattelse, at ingen administrativ hensigtsmæssighedsbetragtning eller grundsætning om bevarelse af velerhvervede rettigheder kan forhindre, at ulovligheden ved proceduren for forfremmelse til lønklasse B 1 rammes af den sanktion, som følger af legalitetsprincippet, nemlig annullation af listen over mest forfremmelsesværdige tjenestemænd. Jeg foreslår derfor Domstolen at anordne denne annullation.

52. En sådan afgørelse forekommer mig så meget mere ønskelig, som den klart, i forhold til de gentagne administrative forsømmelser vedrørende udfærdigelse af bedømmelsesrapporter, vil have forebyggende karakter.

20 — Sag 24/79, nævnt ovenfor, præmis 10.

53. Faktisk er Bossi, som har måttet deltage i forfremmelsesproceduren for 1987, selv om han ikke havde været genstand for en bedømmelse siden 1981, ikke et isoleret tilfælde. Listen over afgørelser, som Domstolen har truffet i sådanne tilsvarende sager, er lang. Den forsinkelse, som Domstolen i List-sagen betegnede som »omfattende og uforklarlig«[21] synes uheldigvis ikke at være en undtagelse i fællesskabsinstitutionernes administrative praksis. Derfor bør domstolssanktionerne over for denne praksis efter vor opfattelse indrettes på at tilskynde administrationen til ikke at gentage den, men i stedet forbedre sin arbejdsform.

54. I sit forslag til afgørelse i Gratreau-sagen[22] har generaladvokat Mayras klart rejst problemet om den rigtige sanktion for forsømmelser ved udfærdigelsen af bedømmelsesrapporter. Under henvisning til den foran nævnte Oberthür-dom, hvor Domstolen, efter at have konstateret en ulovlighed i forfremmelsesproceduren som følge af manglende bedømmelsesrapporter, og trods manglende oplysningsfaktorer, der kunne erstatte dem, alligevel fandt, at annullation af forfremmelserne af 40 tjenestemænd ville udgøre en uforholdsmæssig sanktion, og ex officio foretrak at dømme Kommissionen til betaling af en godtgørelse for den ikke-materielle skade, som var forårsaget af dens tjenstlige fejl[23], gav generaladvokaten udtryk for den tvivl, som en sådan løsning efterlader hos ham. I hans øjne var tilkendelsen af erstatning ikke

»det rigtige middel til sanktionering af ulovligheder begået under en forfremmelsesprocedure«[24],

og han mindede Domstolen om følgende passus i hans forslag til afgørelse vedrørende Oberthür-sagen:

»Alt er ikke nødvendigvis et spørgsmål om penge, og det er ikke det bedste middel at forbedre forvaltningens praksis, når skaden opgøres i penge«[25].

Han fandt tillige, at annullation af forfremmelsesafgørelser under visse omstændigheder kunne udgøre den rigtige sanktion over for de begåede ulovligheder, idet administrationen udmærket kunne drage konsekvenserne heraf, for eksempel via en reetablering af karrieren.

55. Jeg deler på dette punkt min forgængers mening. Jeg har forståelse for Domstolens tilbageholdenhed med at anvende annullation af forfremmelserne som sanktion mod ulovligheder af den type, som er konstateret i den foreliggende sag, men jeg mener, at en sådan løsning ikke altid kan undgås, idet administrationen ellers tror, at den ikke kan røres.

56. Derfor vil annullationen ikke af forfremmelserne, men af ansættelsesmyndighedens beslutning om udfærdigelse af listen over de mest forfremmelsesværdige tjenestemænd, have karakter af en »næse« til Kommissionen, dvs. en tilkendegivelse, som man kan håbe vil blive forstået tilstrækkeligt godt til at forhindre lignende forsømmelser, og lige så godt som anvendelsen af sanktioner, der har skadelige konsekvenser for andre tjenestemænd.

57. Tilbage står undersøgelsen af påstandene om erstatning.

21 — Sag 263/81, nævnt ovenfor, præmis 28.

22 — Forenede sager 156/79 og 51/80, nævnt ovenfor, Sml. 1980, s. 3943.

23 — Sag 24/79, nævnt ovenfor.

24 — Forslag, Sml. 1980, s. 3965.

25 — Sml. 1980, s. 1766.

58. Den første påstand på dette grundlag forekommer mig i den givne situation at måtte forkastes. Den ovenfor fremhævede ulovlighed har bestået ikke i den manglende forfremmelse af Bossi, men i ikke at have foretaget en behørig undersøgelse af hans fortjenester. Administrationens fejl beror på den manglende anerkendelse ikke af en ret for Bossi, men af retten i henhold til vedtægtens artikel 45, stk. 1, til at blive omfattet af sammenligningen af fortjenesterne for de tjenestemænd, som kan komme i betragtning til forfremmelse. Selv om denne sammenligning var sket på korrekt vis, kan det ikke af den grund hævdes, at den også var resulteret i en forfremmelse af den pågældende. Under disse omstændigheder forekommer den af sagsøgte påberåbte materielle skade, som skulle bestå i den »årlige forskel i løn og andre goder mellem lønklasserne B 2 og B 1«, mig, som sagen er belyst, hverken at være tilstrækkeligt direkte eller navnlig tilstrækkeligt sikker til at begrunde et erstatningskrav.

59. På den anden side forekommer det mig vanskeligt at afvise enhver erstatning for immateriel skade. I Castille-dommen statuerede Domstolen, at

»forsinkelsen med udfærdigelsen af bedømmelser i sig selv kan være til skade for tjenestemanden, alene fordi det kan påvirke hans karriereforløb, at en sådan bedømmelse ikke foreligger på et tidspunkt, hvor der skal træffes beslutninger vedrørende tjenestemanden« [26].

I Vincent-sagen har Domstolen også, under henvisning til Geist-dommen af 14. juli 1977, udtalt, at en sagsøger

»... 'har lidt ideel skade som følge af, at hans personlige aktsamling er ulovlig og ufuldstændig, da den tvungne bedømmelse er tjenestemandens garanti for, at hans karriere forløber korrekt', og at sagsøgeren i en situation, hvor bedømmelsesrapporterne ikke foreligger — et forhold som alene institutionen er ansvarlig for — kan blive hensat i en tilstand af usikkerhed og ængstelse med hensyn til sin faglige fremtid« [27].

60. I den foreliggende sag, hvor de første synlige foranstaltninger til udfærdigelsen af bedømmelsesrapporterne for Bossi for perioderne 1981-1983 og 1983-1985 først blev truffet efter indgivelsen af klagen og efter udfærdigelsen af listen over de mest forfremmelsesværdige tjenestemænd, uden at forfremmelsesproceduren af den grund blev genoptaget for at undersøge den pågældendes situation på basis af de nye elementer, forekommer det mig, at der er anledning til at anerkende en immateriel skade. Og denne skade kan ikke opvejes af annullationen af ansættelsesmyndighedens beslutning om udfærdigelse af listen over de mest forfremmelsesværdige tjenestemænd. Faktisk har den manglende udfærdigelse af bedømmelsesrapporterne i sig selv, uafhængigt af følgerne heraf for forfremmelsesprocedurens lovlighed, udgjort en skadevoldende fejl. Dette resultat, mener jeg, er også i overensstemmelse med Domstolens domme i de nævnte Castille- og Geist-sager.

61. Under disse omstændigheder finder jeg, der er grundlag for at dømme Kommissionen til at erstatte den lidte skade. Jeg foreslår Domstolen at vurdere skaden til 25 000 BFR efter ret og billighed.

26 — Forenede sager 173/82, 192/83 og 186/84, nævnt ovenfor, præmis 36.

27 — Sag 7/86, nævnt ovenfor, præmis 25.

62. Afslutningsvis skal jeg fremsætte følgende forslag til afgørelse:

1) Sagsøgerens anden annullationspåstand og anden erstatningspåstand afvises, mens Kommissionens øvrige formalitetsindsigelser forkastes.

2) Vedrørende realiteten:

   a) annullation af ansættelsesmyndighedens lister over de tjenestemænd, der blev anset for mest egnede til forfremmelse til lønklasse B 1 i regnskabsåret 1987, som blev bekendtgjort den 2. marts 1987; følgelig annullation af den stiltiende afvisning af Bossis klage af 15. april 1987;

   b) Kommissionen dømmes til betaling af 25 000 BFR som erstatning for den immaterielle skade, Bossi har lidt;

   c) på det foreliggende grundlag, frifindelse for påstanden om erstatning for materielt tab.

3) Kommissionen dømmes til at afholde sagens omkostninger.