På grundlag af disse præmisser,

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN (første afdeling)

1. **Den anfægtede beslutning annulleres.**

2. **Sagsøgte tilpligtes at bære sagens omkostninger.**

O'Keeffe Donner Capotorti

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 29. september 1976.

A. Van Houtte
Justitssekretær

A. O'Keeffe
Formand for første afdeling

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J.-P. WARNER FREMSAT DEN 13. juli 1976 [1]

Høje Ret.

Man siger, at »magtfordrejning ofte påberåbes, men sjældent bevises«. Efter min opfattelse er det bevist i denne sag.

Den 18. februar 1975 offentliggjorde Rådets generalsekretariat meddelelse om intern udvælgelsesprøve, Rådet/A/108. (Jeg må afbryde beretningen for at nævne, at denne meddelelses italienske tekst står i stævningens bilag 2. På min anmodning skaffede Rådet Domstolen et eksemplar af den engelske tekst, og det er denne, jeg har refereret til ved forberedelsen af mit forslag. Processproget er imidlertid fransk. På trods af procesreglementets artikel 29, stk. 3 er meddelelsens franske tekst ikke blevet os forelagt. Ved domsforhandlingen fremkom sagsøgers advokat efter omstændighederne overraskende nok med påstande, der var baseret på visse sproglige spidsfindigheder i den franske tekst. Jeg foreslår, at man ignorerer dem, dels fordi disse spidsfindigheder ikke afspejles i den engelske tekst, og dels fordi de pågældende påstande efter min opfattelse ikke har nogen betydning for sagens udfald. Men jeg tror, det ville være bedre, dersom advokaterne for sagens parter i processen ved denne Domstol holdt sig til procesreglementet).

1 – Oversat fra engelsk.

For at vende tilbage til de faktiske forhold, så bekendtgjorde omtalte meddelelse, at generalsekretariatet ville afholde en intern udvælgelsesprøve for at besætte en ledig stilling som ekspeditionssekretær i stillingsgruppe A 5/A 4, og at ansættelsen ville ske i lønklasse A 4. Det blev slået fast, at den, der blev ansat, skulle gøre tjeneste i »den regionalpolitiske sektor«.

Under overskriften »Fremgangsmåde for eksamination og betingelser for adgang til udvælgesesprøven« blev det blandt andet meddelt, at udvælgelsesprøven ville foregå på grundlag af kvalifikationsbeviser, samt desuden:

»I betragtning af de opgaver, der skal løses, skal følgende krav opfyldes:
a) vedkommende skal have en uddannelse på universitetsniveau, attesteret ved et eksamensbevis, eller tilsvarende faglig erfaring;
b) vedkommende skal have udøvet kategori A-arbejde i mindst 6 år og forestået sekretariatet for Rådets arbejdsudvalgs eller komiteers møder i mindst 4 år«.

Offentliggørelsen af denne meddelelse fandt sted i en mildest talt spændt stemning.

Den 7. november 1974 havde Amalgated European Public Service Union (vist nok mere almindeligt kendt som »Union Syndicale«) offentliggjort et cirkulære (bilag 8 til stævningen), der beskrev et antal tilfælde, hvor man mente, at Rådet havde set bort fra eller agtede at se bort fra tjenestemandsvedtægtens ånd og hensigt. Blandt disse tilfælde beskrev man under overskriften »en tjenestemands overgang fra kategori LA til kategori A (fra lønklasse LA 4 til lønklasse A 4)« og med fodnoten »det drejer sig om en italiensk tjenestemand«, et bestemt tilfælde på følgende måde:

»Endnu et oplagt eksempel på princippet om, at alt er muligt for dem, der har fanden til odemor, altså gode forbindelser.

Vi ved endnu ikke, hvilke kneb myndigheden agter at benytte sig af for at forsøge at fordreje vedtægten og således imødekomme anmodningen fra den italienske delegation.

Vi konstaterer blot, at en sådan overgang fra én kategori til en anden er en *uretmæssig diskrimination* i forhold til de andre tjenestemænd inden for den sproglige tjenestegruppe LA, der før har deltaget eller fremover vil blive nødt til at deltage i generelle udvælgelsesprøver for at nå første lønklasse (A 7) i kategori A.

Vi mener, det er nødvendigt at advare myndigheden i så henseende ved at minde den om, at vor organisation ikke vil undlade at benytte alle midler, som vil vise sig nødvendige for at forhindre gennemførelsen af denne disposition«.

Den 14. november 1974 udstedte Rådets generalsekretær en meddelelse (bilag 9 til stævningen), der var ment som en gendrivelse af indholdet af Union Syndicales cirkulære. Denne meddelelse indeholdt følgende passage:

»— Anvendelse af udvælgelsesprøve forud for en tjenestemands overgang fra LA 4 til lønklasse A 4 er blevet gjort mulig med henblik på at råde bod på en skævhed i de faktiske forhold, der som følge af en overdreven eftergivenhed fra administrationens side er opstået for lang tid siden; denne situation vil ikke opstå fremover. Forholdsregler vil blive truffet til, at enhver meget snart vil få det arbejde, som svarer til hans kategori eller tjenestegruppe«.

Af denne sags indlæg, af nogle af bilagene hertil (særligt bilag 1 til svarkriftet) og af nogle af Rådets indrømmelser under de mundtlige forhandlinger skinnede det igennem, at de faktiske forhold bag den temmelig kryptiske udveksling af meddelelser var, at en bestemt tjenestemand af lønklasse LA 4 i Rådets personale, nemlig hr. Emilio Giovanni Martino, i mange år rent faktisk havde haft pligter, der svarede til det, en tjeneste-

mand i kategori A udførte. Heriblandt var arbejdet som sekretær for forskellige af Rådets arbejdsudvalg, særligt et udvalg, der beskæftigede sig med regionalpolitik. Han havde også haft erfaring i at repræsentere Rådet ved andre møder om regionalpolitik. Martino var italiener og Rådets generalsekretariat havde fået henvendelse fra den italienske delegation ved Rådet, for at man skulle give ham den lønklasse, der svarede til de opgaver, han udførte, nemlig A 4. Ifølge ansøgeren nærmede denne henvendelse sig et stærkt pres; ifølge Rådet var det blot en tilkendegivelse af et ønske.

For mit vedkommende finder jeg det ikke væsentligt, hvilken grad af pres der var tale om. Den afgørende omstændighed er efter min mening, at Rådets formål med afholdelsen af omtalte udvælgelsesprøve, som det selv har indrømmet, var at give Martino adgang til A 4-lønklassen. I alle relevante henseender ville situationen have været den samme, dersom Rådet på eget initiativ havde besluttet sig til at handle således, uden nogen indblanding fra den italienske delegations side.

Henvisningen i Union Syndicales cirkulære til »en uretmæssig diskrimination« skyldtes, at alle Rådets LA-tjenestemænd, som indtil da var overgået til kategori A, havde gjort dette efter udvælgelsesprøver, der blev afholdt på grundlag af kvalifikationsbeviser og prøver, og først var blevet ansat i lønklasse A 7, skønt nogle af dem tidligere havde været i lønklasse LA 6 eller endog LA 5 (se bilag 3 til replikken). Jeg er ikke sikker på, at Union Syndicale med rette beskrev disse udvælgelsesprøver som generelle udvælgesesprøver (»concours généraux«). At dømme ud fra andre udsagn i sagen har jeg en mistanke om, at det var interne udvælgelsesprøver. Men jeg tror ikke, at det har nogen betydning.

To personer ansøgte om at deltage i Rådets udvælgelsesprøve A/108, nemlig hr. Martino, og sagsøgeren, der var tjenestemand i lønklasse A 5 i Rådets juridiske tjeneste. Han er tilfældigvis også italiener.

Udvælgelseskomiteens rapport (bilag 7 til svarskriftet) var dateret den 30. april 1975. Udvælgelseskomiteen satte både Martinos og ansøgerens navn på listen over egnede kandidater. Den placerede Martinos navn først. Der var efter det af komiteen anførte flere grunde hertil. Martino havde været i Rådets tjeneste i mere end otte år længere end sagsøgeren. Han havde udført funktioner svarende til kategori A i 10 år, hvorimod sagsøgeren kun havde gjort dette i 7 år. Martino havde tillige større erfaring inden for regionalpolitikken og opfyldte klarere kravet om at have »forestået sekretariatet for Rådets arbejdsudvalgs eller komiteers møder i mindst 4 år«. Det eneste, der talte til sagsøgers fordel, var, at han havde bedre akademiske kvalifikationer.

Den 20. maj 1975 ansatte Rådets generalsekretær Martino i den »ledige« stilling. (Generalsekretærens beslutning herom findes på italiensk som bilag 3 til svarskriftet).

Den 30. maj 1975 indgav sagsøgeren med hjemmel i tjenestemandsvedtægtens artikel 90, stk. 2 en klage mod ansættelsen af Martino. Denne blev afvist af Rådets generalsekretær i et brev dateret den 16. september 1975. Bortset fra det nedenfor anførte er der intet, der afhænger af denne klages eller dette brevs indhold (bilag 6 og 6b til stævningen).

Den 3. oktober 1975 anlagde sagsøgeren denne sag, hvor han har nedlagt påstand om, at Martinos ansættelse erklæres ugyldig, og om yderligere retsmidler.

Til støtte for sit krav anfører sagsøgeren i virkeligheden fire anbringender, skønt de fremsættes som tre, idet de sidste to er slået sammen.

Det første anbringende er, at generalsekretæren ved at overflytte Martino fra LA tjenesten til kategori A på grundlag af en udvælgelsesprøve, der udelukkende tog hensyn til kvalifikationsbeviser, brød en aftale, han havde indgået med repræsentanten for Rådets personale (tilsynela-

dende Union Syndicale og måske andre fagforeninger samt personaleudvalget), og som var nedfældet i et brev, som han havde underskrevet den 21. marts 1973, et brev som var vedlagt noget, som i brevet blev beskrevet som et »direktiv« til administrationsdirektoratet (bilag 7 til stævningen).

Afsnit III i dette »direktiv« havde overskriften »interne udvælgesesprøver« og lød med udeladelse af uvæsentlige passager som følger:

»Der afholdes interne udvælgelsesprøver i generalsekretariatet ved overgang såvel til kategorierne A, B og C som i givet fald til LA-tjenestegruppen, for at gøre det muligt for de medlemmer af personalet, som har de fornødne evner, at overgå til en højere kategori eller tjenestegruppe i overensstemmelse med tjenestemandsvedtægtens bestemmelser.

Disse udvælgelsesprøver finder sted hvert tredje år for overgangen til kategori A og tjenestegruppe LA og hvert andet år for overgangen til de andre kategorier ...

For at sikre en ligelig behandling af alle tjenestemænd finder de interne udvælgelsesprøver sted på grundlag af kvalifikationsbeviser og prøver, der afgiver samme garanti for udvælgelsen som de generelle udvælgelsesprøver, samtidig med at de er tilpasset til udvælgelsesprøvens interne karakter og til arten af stillinger, der skal besættes.

...

Den egnethedsliste, som udvælgelseskomiteen opstiller efter en udvælgelsesprøve, offentliggøres. De stillinger, som denne udvælgelsesprøve åbner adgang til, besættes ved udnævnelse af kandidater, der står opført på denne liste. Listen bortfalder, når de stillinger, der er åbnet interne udvælgesesprøver for, er blevet besat. Dersom der alligevel er kandidater tilbage på listen, kan ansættelsesmyndigheden i undtagelsestilfælde og med forbehold af muligheden for at benytte generelle udvælgelsesprøver, besætte andre stillinger, der er blevet ledige i den pågældende periode. Ved afgørelsen om, hvilke stillinger der skal besættes ved interne udvælgelsesprøver i den efterfølgende periode, tages hensyn til de stillinger, der eventuelt er blevet besat på den anførte måde udover dem, der var åbnet udvælgelsesprøver for i den omhandlede periode.

Dersom ansættelsesmyndigheden overvejer at foreslå ændring af visse stillingers indplacering i kategorier, skal den indhente udtalelse fra et ad hoc-udvalg, der har samme sammensætning som det rådgivende udvalg for forfremmelser i kategori A, før forslaget forelægges for budgetmyndighederne. Dersom den foreslåede ændring vedtages, kan der undtagelsesvis afholdes interne udvælgelsesprøver på grundlag af kvalifikationsbeviser efter udtalelse fra det paritetiske samarbejdsudvalg.

Før udgangen af juli 1973 afslutter det paritetiske samarbejdsudvalg en undersøgelse med det formål at fastsætte:

— de almindelige gennemførelsesbestemmelser for dette system med periodiske interne udvælgelsesprøver og især for hver kategori den procentdel af stillinger, der skal åbnes udvælgelsesprøve for i forhold til samtlige de nye stillinger, er er blevet oprettet i denne kategori, bortset fra de stillinger, der er bevilget i forbindelse med Fællesskabets udvidelse:
— de almindelige kriterier, der for overgangen til de forskellige kategorier angiver betingelserne for adgang til udvælgelsesprøverne og prøvernes art for at sikre, at prøven er tilpasset til den art stillinger, der skal besættes.

Systemet med udvælgelsesprøver anvendes for at besætte de ledige stillinger, som skal tildeles de allerede tjenstgørende tjenestemænd, og som ikke har kunnet besættes ved forfremmelse eller forflyttelse.«

Sagsøgerens anbringende, som var støttet på denne aftale (som jeg fremover for

nemheds skyld kalder »1973-aftalen«), gav anledning til diskussion af to spørgsmål:

1) om 1973-aftalen var retligt bindende for Rådet og
2) i bekræftende fald, om den afskar generalsekretæren fra alene under omstændigheder som i denne sag at afholde en intern udvælgelsesprøve på grundlag af kvalifikationsbeviser.

Dersom jeg har ret i, at sagsøgeren i hvert fald vil få medhold på grundlag af »magtfordrejning«, er disse spørgsmål naturligvis udelukkende af akademisk interesse. Men jeg tror alligevel, at jeg bør udtale min mening herom.

Sagsøgeren har ikke anført, at generalsekretæren ved indgåelsen af 1973-aftalen skulle have udøvet en beføjelse i henhold til vedtægten. Især er det ikke blevet hævdet, at aftalen skulle kunne anses som indgået i henhold til tjenestemandsvedtægtens artikel 110. Dette ville have nødvendiggjort en anden fremgangsmåde, navnlig høring af vedtægtsudvalget. Derfor er det eneste grundlag, hvorpå aftalen kunne anses for retligt bindende, princippet i sag 81/72 Kommissionen mod Rådet, Sml. 1973, s. 575. Det er navnlig denne retskilde, som sagsøgeren støtter sig til.

Vanskeligheden herved er efter min opfattelse følgende.

Som det udtrykkeligt blev fremhævet i dommen i *Kommissionen* mod *Rådet,* beroede Domstolens afgørelse i den sag på, at den aftale, som der var på tale, faldt ind under Rådets »varetagelse af den opgave, som påhviler det i henhold til vedtægtens artikel 65«, hvilket overlod Rådet »at vælge de midler og former, der synes bedst egnede til gennemførelse af en lønpolitik, der svarer til kriterierne i artikel 65«. Efter Domstolens opfattelse var Rådet »beføjet til at opdele sin beslutningsproces i flere på hinanden følgende faser, således at visse principielle spørgsmål løses først for derved at lette iværksættelsen af de senere gennemførelsesforanstaltninger«. Ved at gå ind på omtalte aftale havde »Rådet ... passeret stadiet for de forberedende undersøgelser og var trådt ind i beslutningsfasen«. Rådet havde følgelig ved at indgå på nævnte aftale handlet »inden for rammerne af de bemyndigelser, som er tillagt det ifølge ... artikel 65 angående vederlag til personalet« (se dommens præmis 6 til 9). Det var under disse omstændigheder, at aftalen blev anset for at have fremkaldt berettigede forventninger hos personalet, hvilke Domstolen ønskede at beskytte.

Hvis sagsøger skal få medhold heri, må 1973-aftalen fortolkes ikke blot således, at den indfører det system med de periodiske (for udvælgelsesprøver ved overgang til kategori A: hvert tredje år) interne udvælgelsesprøver, som den udtrykkeligt henviser til, men også således, at den stiltiende afskærer generalsekretæren fra nogensinde at afholde nogen anden intern udvælgelsesprøve overhovedet, undtagen i tilfælde som aftalen kalder »ændring af [en stillings] indplacering i kategorier«. Aftalen kan med sikkerhed ikke fortolkes således, at den tillader generalsekretæren kun at lade afholde en ad hoc-udvælgelsesprøve til en bestemt stilling, såfremt det er en udvælgesesprøve på grundlag af både kvalifikationsbeviser og prøver. Intet i aftalens bestemmelser gør en sådan fortolkning mulig.

Men det forekommer mig, at aftalen, dersom den stiltiende skulle afskære generalsekretæren fra nogensinde at afholde interne udvælgelsesprøver til andre stillinger i kategori A end dem, der besættes gennem de udvælgelsesprøver, som aftalen selv foreskriver hvert tredje år, ville gå langt videre end til at være en del af nogen »beslutningsproces« fra generalsekretærens side, der handlede »inden for rammerne af« en bemyndigelse, der var tildelt ham ved tjenestemandsvedtægten. Det ville indebære, at han undlod at anvende en udtrykkelig bestemmelse i tjenestemandsvedtægten, nemlig artikel 29, stk. 1, litra b.

Som bekendt bestemmer artikel 29, stk. 1, bortset fra det sidste stykke, der ikke er relevant i dette tilfælde, følgende:

»Ved besættelse af ledige stillinger i en institution skal ansættelsesmyndigheden først tage følgende i betragtning:
a) Mulighederne for forfremmelse og forflyttelse inden for institutionen;
b) mulighederne for gennemførelse af udvælgelsesprøver inden for institutionen;
c) ansøgninger om overflyttelse indgivet af tjenestemænd i andre af De europæiske Fællesskabers tre institutioner og derpå gennemføre udvælgelsesprocuduren baseret enten på kvalifikationsbeviser, på prøve eller på både kvalifikationsbeviser og prøver. Udvælgelsesproceduren er fastsat i bilag III.«

Det forholdt sig således, at der var megen diskussion i denne sag (i en anden sammenhæng, som jeg senere kommer til) vedrørende den fortolkning, man skal give denne bestemmelse, der, som Rådet påpegede, står i snæver forbindelse med og bør fortolkes sammen med tjenestemandsvedtægtens artikel 4.

Som bekendt lyder denne artikel som følger:

»Enhver udnævnelse eller forfremmelse kan kun ske til en ledig stilling og kun i henhold til de i denne vedtægt fastsatte betingelser.

Enhver ledig stilling i en institution skal bekendtgøres for denne institutions personale, så snart ansættelsesmyndigheden har besluttet, at stillingen skal besættes.

Hvis det ikke er muligt at besætte den ledige stilling ved forflyttelse, forfremmelse eller interne udvælgelsesprøver, skal den bekendtgøres for personalet i de tre europæiske Fællesskaber.«

I diskussionen blev det næsten foreslået, at der med hensyn til fortolkningen af artiklerne 4 og 29, stk. 1 var en uoverensstemmelse mellem på den ene side Domstolens domme i sag 21/70 *Rittweger* mod *Kommissionen* (Recueil 1971, s. 7, på s. 15) og sag 55/70 *Reinarz* mod *Kommissionen* (sammesteds s. 379, på s. 384), som Rådet påberåbte sig, og på den anden side dommen i sagen 176/73 *Van Belle* mod *Rådet,* Sml. 1974, 1361, på s. 1370, samt mit eget forslag til afgørelse og Domstolens dom i sag 90/74 *Deboeck* mod *Kommissionen* Sml. 1975, s. 1123, på henholdsvis s. 1140 og s. 1133, som sagsøgeren påberåbte sig. Jeg mener ikke, at der eksisterer nogen sådan uoverensstemmelse.

Sammenholdt har artiklerne 4 og 29, stk. 1, som fortolket i disse domme, efter min mening følgende virkning. Når der i en institution er en ledig stilling, der skal besættes, skal ansættelsesmyndigheden først bekendtgøre dette for denne institutions personale. Dette giver medlemmer af personalet, der ønsker at søge om forfremmelse eller forflyttelse til stillingen, og som har ret til en sådan forfremmelse eller forflyttelse, mulighed for at søge herom. Når ansættelsesmyndigheden har fået deres ansøgninger, hvis der er nogen, må den så tage under overvejelse, om den ledige stilling kan besættes ved forfremmelse eller forflyttelse. Den er imidlertid ikke forpligtet til at besætte den, blot der forefindes kandidater, der er kvalificerede til forfremmelse eller forflyttelse. Den kan søge at få bedre kandidater på anden måde. Her er den første mulighed, den skal tage i betragtning, interne udvælgelsesprøver inden for institutionen. Hvis — og kun hvis — den forkaster mulighederne for forfremmelse, forflyttelse og en intern udvælgelsesprøve, er den forpligtet til at bekendtgøre den ledige stilling for de øvrige fællesskabsinstitutioners personale og herefter behandle de ansøgninger om forflyttelse, der er indkommet fra medlemmer af dette personale. Herefter kommer de muligheder for en »intern udvælgelsesprøve for institutionerne« og »general udvælgelsesprøve«, der er nævnt i bilag III.

Derfor kunne Rådets generalsekretær efter min opfattelse ikke lovligt på forhånd

have aftalt med personalerepræsentanterne i den pågældende institution, at han, dersom en stilling blev ledig i kategori A på et eller andet tidspunkt i intervallet mellem to af de treårlige udvælgelsesprøver, der var omhandlet i 1973-aftalen, ville undlade at undersøge muligheden for at besætte denne stilling ved intern udvælgelsesprøve og direkte fra en undersøgelse af mulighederne for forfremmelse eller forflyttelse inden for institutionen til bekendtgørelse af den ledige stilling for de øvrige fællesskabsinstitutioners personale. Man kunne heller ikke antage (hvad sagsøgeren — for at yde ham retfærdighed — heller ikke gjorde), at navnene kunne blive stående til rådighed på den liste over egnede kandidater, der var opstillet ved den sidste treårige udvælgelsesprøve, eller at stillingen ikke behøvede at blive besat med det samme, således at dens besættelse kunne vente til den næste treårige udvælgelsesprøve.

Derfor behøver jeg ikke at behandle visse andre synspunkter, som Rådet har fremsat som svar på sagsøgerens første anbringende, såsom det synspunkt, at man blot skal læse i tjenestemandsvedtægtens artikel 5, stk. 2 og artikel 66 for at se, at kategori A ikke er »overordnet« LA-tjenesten, således at 1973-aftalen ikke kan have omhandlet overgangen fra LA-tjenesten til kategori A; ej heller det synspunkt, at aftalen udtrykkelig forlangte, at det paritetiske samarbejdsudvalg undersøgte de forholdsregler, der skulle til for at gennemføre den, et forlangende, der ikke førte til noget. Jeg behøver heller ikke at spilde Domstolens tid på at overveje den noget åndløse diskussion, der udspandt sig mellem advokaterne, om man skulle betragte 1973-aftalen som en »beslutning« eller ej. Det er tilstrækkeligt at sige, at den var ulovlig, dersom den skal fortolkes, som hævdet af sagsøgeren.

Jeg går nu over til sagsøgerens andet og tredje anbringende, som jeg kan behandle hurtigere.

Hans andet anbringende går ud på, at generalsekretæren ved at ansætte Martino direkte i lønklasse A 4 efter en udvælgelsesprøve, der kun var baseret på kvalifikationsbeviser, medens alle, der tidligere var blevet ansat i kategori A fra LA-tjenesten, var blevet ansat i lønklasse A 7 efter udvælgelsesprøver på grundlag af både kvalifikationsbeviser og prøver, havde begået et brud på princippet om »ligelig behandling« af medlemmer af personalet — et princip, hvis eksistens er anerkendt i sådanne af Domstolens domme som 48/70 *Bernardi* mod *Parlamentet* (Recueil 1971, s. 175, på s. 185) og erkendt af Rådet — og tillige et brud på tjenestemandsvedtægtens artikel 5, stk. 3, der lyder som følger:

»Tjenestemænd, der tilhører samme kategori eller samme tjenestegruppe, er undergivet de samme ansættelses- og karrierevilkår.«

Efter min opfattelse er den unfair eller »ulige« behandling af det her involverede personale imidlertid nært forbundet med generalsekretærens misbrug af sine beføjelser. Hvis generalsekretærens formål med at afholde udvælgelsesprøve Rådet/A/108 ganske enkelt havde været objektivt at forvisse sig om, hvilke egnede kandidater fra Rådets personale, der var til den ledige stilling, med henblik på at ansætte den mest egnede af disse i denne stilling, så havde hans handlemåde været uangribelig. Dersom den mest egnede kandidat under disse omstændigheder havde vist sig at være et medlem af LA-tjenesten, kunne det ikke have hindret hans ansættelse, at ingen i samme tjenestegren tildigere havde været i stand til at deltage i udvælgelsesprøven eller i hvert fald var blevet valgt efter udvælgelsesprøven til en højere kategori A-stilling end A 7, eller at tidligere udvælgelsesprøver, i hvilke medlemmer af LA-tjenesten havde deltaget, havde været afholdt på grundlag af kvalifikationsbeviser og prøver.

Sagsøgerens tredje anbringende går ud på, at generalsekretæren overtrådte tjenestemandsvedtægtens artikel 29, stk. 1, fordi han ikke, inden han besluttede at afholde udvælgelsesprøven, overvejede,

om stillingen kunne besættes ved forfremmelse eller forflyttelse. Det var i denne sammenhæng, at der opstod den diskussion om fortolkningen af artiklerne 4 og 29, stk. 1, som jeg har refereret til. Men det forekommer mig i sandhed, at parterne her er uenige om de faktiske forhold.

Generalsekretæren hævdede i sit brev af 16. september 1975, der afviste sagsøgerens klage i henhold til artikel 90, stk. 2, at han havde overvejet muligheden af at besætte stillingen ved forfremmelse eller forflyttelse. Det synes, som om Rådet i sit svarskrift indrømmer, at han ikke havde gjort dette, og som om det blot anfører, at han retligt set ikke var forpligtet hertil. Det blev imidlertid i duplikken og igen ved de mundtlige forhandlinger nævnt på Rådets vegne, at muligheden havde været taget i betragtning.

I betragtning af de andre indrømmelser, der er gjort på Rådets vegne, og som jeg har refereret til, må jeg tilstå, at jeg er tilbøjelig til at tro, at generalsekretæren kun overvejede muligheden af at besætte stillingen ved forfremmelse eller forflyttelse i den forstand, at han overvejede, om det var ham muligt at give Martino omhandlede stilling ved den ene eller den anden af disse metoder. Men man kan ikke dømme en part på mistanke alene. Dersom jeg mente, at sagens udfald stod og faldt med afgørelsen af dette spørgsmål, ville jeg opfordre Domstolen til at forlange bevisførelse om de relevante faktiske forhold.

Nu mangler blot sagsøgers fjerde anbringende, som jeg mener, han bør få medhold i, hvilket jeg allerede tilstrækkeligt tydeligt har tilkendegivet.

Sagsøgeren støtter sit fjerde anbringende på det forhold, der ikke rigtig er bestridt, at generalsekretærens formål med at afholde udvælgelsesprøven Rådet/A/108 var at give Martino mulighed for at få den ledige stilling. Sagsøger siger naturligvis, at dette er magtfordrejning. Han siger også, at det var et brud på tjenestemandsvedtægtens artikler 7 og 27, for så vidt som disse artikler, der forbyder, at man forbeholder en stilling for en bestemt medlemsstats statsborgere, så meget desto mere må forbyde, at en stilling forbeholdes for en bestemt person.

Efter min opfattelse har artiklerne 7 og 27 her en langt bredere og mere positiv rækkevidde end som så. Det fremgår af, at disse artikler foreskriver de kriterier, som ansættelsesmyndigheden skal tage i betragtning ved ansættelse af tjenestemænd.

Det kan i øvrigt bemærkes, at Rådet ved i 10 år at lade en tjenestemand fra LA-tjenesten udføre funktioner under kategori A har overtrådt artikel 7, der kræver, at ansættelsesmyndigheden skal »ansætte den enkelte tjenestemand i en stilling i hans kategori eller tjenestegruppe, der svarer til hans lønklasse«. Det synes at forholde sig sådan, at generalsekretæren afholdt omhandlede udvælgelsesprøve, for at Rådet kunne komme ud af den uheldige situation, uden at det skulle gå ud over den pågældende tjenestemand.

Jeg behøver ikke at bruge meget af Domstolens tid på at diskutere begrebet magtfordrejning. Jeg skal blot henvise til generaladvokat Lagranges instruktive forslag til afgørelse i sag 3/54 *Assider* mod *Den Høje Myndighed* (Recueil 1954-55, s. 149 ff.; Sml. 1954-1964, s. 9), hvor han undersøgte begrebet ud fra lovgivningen i de seks oprindelige medlemsstater, og til det efterskrift til sit forslag til afgørelse, som han gav i sag 8/55 *Fédération Charbonniere de Belgique* mod *Den Høje Myndighed* (Recueil 1955-56, s. 251 ff.; Sml. 1954-1964, s. 29). Generaladvokat Lagrange definerede »magtfordrejning« som en offentlig myndigheds udøvelse af sine beføjelser til et andet formål end det tilsigtede (se især (Recueil 1955-56, s. 253). Denne definition er klassisk. Jeg vil blot tilføje, at det heri indeholdte princip også er kendt i engelsk ret. Den vigtigste kilde for dette princip i engelsk ret er en dom, afsagt af Overhuset, *Westminster Corpo-*

ration mod *London and North Western Railway* (1905) A.C. 426 (se især Lord Macnaghtens indlæg side 432 og Lord Lindleys s. 439).

Hovedlinjen i Rådets forsvar mod anklagen for magtfordrejning var, at den korrekte procedure var blevet nøje overholdt på ethvert stadium frem til Martinos ansættelse. Dette kan være tilfældet. Der er for eksempel tvivl om, hvorvidt generalsekretæren overvejede mulighederne for at besætte stillingen ved forfremmelse eller forflyttelse. Men dette er uvæsentligt. Det ligger i selve magtfordrejningens natur, at den intet har at gøre med overholdelse eller ikke-overholdelse af procedurekrav. Den retlige mangel ligger ikke deri, at de relevante beføjelser udøves på en bestemt måde, men deri, at den forfølger bestemte formål. Mangelen ligger deri, at beføjelserne, som lord Lindley udtrykte det i *Westminister Corporation*-sagen, benyttes som skalkeskjul for en ulovlig retsakt.

Et andet argument, der blev anført på Rådets vegne, støttedes på den antagelse, at Martino kunne have fået nævnte stilling ved forflyttelse, uden afholdelse af en udvælgelsesprøve, idet LA 4 og A 4 lønklasserne har samme status. Om denne antagelse er korrekt, beror på en fortolkning af tjenestemandsvedtægtens artikel 45, stk. 2, der lyder som følger:

»En tjenestemands overgang fra en tjenestegruppe eller kategori til en anden tjenestegruppe eller højere kategori, kan kun finde sted på grundlag af en udvælgelsesprøve«.

Jeg tror, at denne bestemmelse generelt i praksis er blevet fortolket således, at der kræves en udvælgelsesprøve for overgang fra LA-tjenestegruppen til kategori A. Om dette rent faktisk er tilfældet, behøver man efter min mening ikke at tage stilling til i nærværende sag. Selv om man til Rådets fordel antog, at generalsekretæren havde beføjelse til at overflytte Martino til den omhandlede stilling uden afholdelse af en udvælgelsesprøve, så forholder det sig rent faktisk sådan, at han ikke udøvede denne beføjelse. Desuden ville han, hvis havde udøvet den, ikke for at ansætte den mest egnede person i stillingen, men for at afhjælpe det ulovlige i Martinos situation, have gjort sig skyldig i magtfordrejning, ligesom ved at forfølge dette formål via en udvælgelsesprøve.

Som resultat vil jeg foreslå Domstolen at:

1. Annullere udvælgelsesprøve Rådet/A/108 samt den heraf følgende beslutning af 20. maj 1975 fra Rådets generalsekretær, hvorved Martino ansættes i stillingen som ekspeditionssekretær i lønklasse A 4; og

2. idømme Rådet sagens omkostninger.