FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J.-P. Warner FREMSAT DEN 13. APRIL 1978 [1]

Høje Ret.

Dette er efter min mening ikke nogen let sag. Men dens fakta er i det mindste ikke omtvistede.

De Roubaix, sagsøger, er belgier. Hun er født i 1918 og er enke.

Den 1. august 1959 blev hun ansat som sekretær i kategori C i Euratom med tjeneste ved Forsyningsagenturet. Den 1. december 1961 blev hun forfremmet til kategori B. Den 1. januar 1962 blev hun placeret i lønklasse B 4. Den 1. oktober 1964 blev hun forfremmet til lønklasse B 3 og derefter, med virkning fra 1. juli 1968, til lønklasse B 2. Gennem hele sin tjenestetid har hun arbejdet som førstekontorist ved Agenturet. De skiftende generaldirektører for Agenturet har kun ytret sig rosende om den måde, hvorpå hun har udført sine opgaver, som, det er der einghed om, henhører under arbejdsområdet for en overordnet administrativ assistent, dvs. lønklasse B 1.

Indtil 1976 var der imidlertid ingen B 1-stilling i Euratoms Forsyningsagentur.

I 1973 ansøgte Agenturets daværende generaldirektør om at få stillet en B 1-stilling til rådighed på Kommissionens budget for 1974. I et notat dateret den 14. juni 1973 (stævningens bilag 8) formulerede han sine grunde til denne ansøgning således:

»Denne stilling vil gøre det muligt at forfremme den tjenestemand, som siden 1959 har forestået Agenturets administrative og kommercielle virksomhed i en periode, hvor Agenturet ikke disponerede over et tilstrækkeligt stort eller kvalificeret personale.

Denne tjenestemand er stadig ansvarlig for hele den administrative og kommercielle organisation af Agenturet, hvis udvikling er knyttet til væksten i antallet af forretninger, som sorterer under Agenturets område, og som igen er knyttet til kerneenergiens udvikling«.

Den omtalte tjenestemand er naturligvis sagsøgeren.

Samtidig ansøgte generaldirektøren om en B 3/2 stilling for at muliggøre en overflyttelse fra Generaldirektoratet for Energi til Agenturet af en B 2-tjenestemand, J. J. M. Marchal, som var knyttet til personalet ved Delegationen i De forenede Stater i Washington, og som var heltidsbeskæftiget dér med Agenturets forretninger.

Tilfældigvis er Marchal også Belgier. Han er 10 år yngre end sagsøger og har været ansat i lønklasse B 2 2½ år kortere end hun.

Generaldirektørens ansøgninger blev afslået.

For 1975-budgettet ansøgte han om to B 1-stillinger, én til sagsøger og én til Marchal. Forhøjelsen af sidstnævntes lønklasse var efter generaldirektørens mening berettiget i betragtning af udviklingen af de kontraktlige forbindelser med De forenede Staters Atomenergikommission og de hertil knyttede vanskeligheder — jf. hans notat af 26. marts 1974 (bilag VII til duplikken).

Igen blev generaldirektørens ansøgninger afslået.

Referatet af et kommissionsmøde den 8. januar 1975 beretter, at Kommissionen på dette møde noterede sig en udtalelse fra en af sine viceformænd, Simonet, som på det tidspunkt var ansvarlig for energispørgsmål og i særde-

1 — Oversat fra engelsk.

leshed for Euratoms Forsyningsagentur. Referatet lyder:

»Simonet fremhæver de særlige fortjenester, som Joseph Marchal, tjenestemand i kategori B og medlem af Kommissionens delegation i De forenede Stater, har indlagt sig på området for afslutning for Euratons Forsyningsagentur af kontrakter om berigelse af uran. Han ønsker, at Kommissionen ikke vil undlade at tage denne tjenestemands fortjenester i betragtning, når der byder sig en lejlighed dertil«.

I et notat af 25. marts 1975 til generaldirektøren for personale og administration (duplikkens bilag VIII) fremsatte Agenturets generaldirektør sine ansøgninger for 1976-budgettet. Han erklærede, at han gjorde dette i forståelse med viceformand Simonets privatkontor. Blandt disse ansøgninger var der én om en B 1-stilling. Om denne sagde generaldirektøren:

»*B 1-stillingen* har til formål til Agenturets budget at benytte den stilling — (B 2/3), for tiden besat af Joseph Marchal — som er afgivet til Delegationen i Washington af G.D. XVIII; det arbejde, der udføres af indehaveren af denne stilling, er i praksis udelukkende til fordel for Agenturet.

Desuden berettiger det ansvarsniveau, som nævnte arbejde indebærer såvel som udviklingen i kontraktlige forbindelser med Energy Research and Development Administration og den private industri samt deres komplicerede beskaffenhed, fuldt ud oprettelsen af en B 1-stilling. Simonet har desuden anmodet Kommissionen om at tage Joseph Marchals fortjenester i betragtning, 'når der byder sig en lejlighed dertil'.«

Som følge heraf blev en sådan stilling indsat i budgettet for 1976, og i foråret 1976 offentliggjorde Kommissionen med henblik herpå meddelelse om ledig stilling COM/ 267/76. Indholdet af denne meddelelse var, så vidt det er relevant, følgende:

»*Tjenestegren:* I — Forbindelser med tredjelande — Delegationen for De europæiske Fællesskabers Kommission i De forenede Stater — Euratoms Forsyningsagentur:

Tjenestested: Washington

Arbejdets art: Overordnet administrativ assistent

Særligt vanskeligt og kompliceret kontorarbejde ifølge almindelige retningslinjer fra Delegationens chef, nemlig:

— forbindelse med amerikanske myndigheder og leverandører angående kontrakter indgået af Agenturet om forsyningen med kernebrændstof;

— videregivelse af information og udførelse af rutine- eller andet arbejde i forbindelse med administrationen af disse kontrakter efter Agenturets instrukser;

— løbende underretning af Agenturet om udviklingstendenserne i forsyningen af kernebrændstof i De forenede Stater.

Nødvendige kvalifikationer

— Studentereksamen eller tilsvarende praktisk erfaring

— Grundigt kendskab til kernebrændstofindustrien

— Omfattende forretningserfaring

— Omfattende erfaring af relevans for stillingen.«

Der fulgte en erklæring om de sprogkundskaber, der krævedes af ansøgere til stillingen.

Som svar på meddelelsen ansøgte tre tjenestemænd om stillingen, nemlig sagsøger og Marchal, som naturligvis begge havde tilstrækkelig anciennitet i lønklasse B 2 til at kunne forfremmes hertil, og en B1-tjenestemand i generaldirektoratet for energi, som kunne overføres hertil.

Ansøgernes respektive fortjenester blev vurderet i et notat af 16. juni 1976 skrevet af en tjenestemand i Generaldirektoratet for forbindelser med Tredjelande (svarskriftets bilag V). Ikke overraskende blev konklusionen, at Marchal var den bedst kvalificerede til stillingen, og han blev følgelig udnævnt hertil.

På det tidspunkt forelå der et ajourført sæt bedømmelser om Marchal udarbejdet efter vedtægtens artikel 43, men den seneste af disse bedømmelser af sagsøger vedrørte perioden 1. juli 1971 til 30. juni 1973. Hendes bedømmelse for perioden 1. juli 1973 til 30. juni var ikke blevet udarbejdet.

Den 31. juli 1976 indgav sagsøger klage efter vedtægtens artikel 90, stk. 2. Heri hævdede hun, at tjenestens interesser krævede, at hun selv blev forfremmet til lønklasse B 1, og at der skulle ske afgivelse til Generaldirektoratet for Energi af den stilling i lønklasse B 2, som var besat af Marchal i Washington. Nævnte interesser krævede imidlertid ifølge sagsøger ikke, at Marchal blev forfremmet til lønklasse B 1. Da en B 1-stilling var blevet stillet til rådighed for Agenturet, ville en korrekt anvendelse af ansættelsesmyndighedens beføjelser have ført til, at hun blev forfremmet til denne stilling, således at hendes B 2-stilling blev frigjort til Marchal, og hans B 2 stilling til gengæld blev frigjort til Generaldirektoratet for Energi. Hun anmodede om, at dette måtte ske.

Da der intet svar kom på denne klage, anlagde sagsøger nærværende sag ved Domstolen. Hun kræver her, at det fastslås, at meddelelse om ledig stilling KOM/ 267/76 var ugyldig, og at beslutningen om at afslå hendes ansøgning om den herved opslåede stilling og udnævne Marchal hertil samt den deri liggende beslutning om at afvise hendes klage ligeledes var ugyldige.

Således er de relevante fakta i hovedtræk. Der er imidlertid en efterskrift til dem. For året 1977 vedtog Kommissionen en ny procedure for forfremmelser fra en stillingsgruppe til en anden i kategorierne B og C (se duplikkens bilag IX). I henhold til denne procedure anbefalede generaldirektøren for Euratoms Forsyningsagentur sagsøger til forfremmelse til lønklasse B 1. Hans anbefaling blev imidlertid ikke accepteret. Dette er genstanden for en anden sag fra sagsøger, sag 25/78, som verserer for anden afdeling.

Kommissionen påstår, at nærværende sag, for så vidt den anfægter gyldigheden af meddelelsen om en ledig stilling, bør afvises. Til støtte for denne påstand fremsætter Kommissionen to anbringender, som begge efter min mening hviler på misforståelser.

Det første er, at offentliggørelsen af meddelelse om en ledig stilling ikke er en akt, der kan have ugunstig virkning for nogen, således at den ikke kan anfægtes for denne Domstol. Dette er klart forkert: jf. sag 79/74 *Küster* mod *Parlamentet,* Sml. 1975, s. 725, hvor Domstolen dømte modsat.

For det andet påstår Kommissionen, at sagsøger ikke så meget anfægter meddelelsen om en ledig stilling som beslutningen om at placere den nyoprettede stilling i Washington. Denne beslutning, hævder Kommissionen, blev taget under udøvelsen af dens beføjelse til skønsmæssigt at organisere sine tjenestegrene og afdelinger, som den finder passende, og kunne derfor ikke anfægtes ved sagsanlæg fra nogen tjenestemand — til støtte for hvilken påstand Kommissionen anfører sagerne 109/63 og 13/64 *Muller* mod *Kommissionen,* Sml. 1964, s. 559 (Recueil 1964, s. 1292 og s. 1319). Denne sag drejede sig imidlertid ikke om en beslutning vedrørende en bestemt stilling, men om Kommissionens vedtagelse af en almindelig regel — nemlig reglen om, at i enhver afdeling eller tjenestegren, der kun har en enkelt stilling i kategori A, skal indehavernes stedfortræder ved hans fravær være en tjenestemand i kategori A fra en anden afdeling eller tjenestegren.

Selv om man lægger til grund, at den relevante beslutning her blev truffet af Kommissionen under udøvelse af det skøn, som den henviser til, er det efter min mening ikke desto mindre ifølge gældende ret sådan, at hvis den pågældende beslutning udgør et brud på en bestemmelse i vedtægten eller en magtfordrejning, som er til skade for sagsøger, har hun ret til at få den meddelelse om en ledig stilling, som er det ydre udtryk for beslutningen, tilsidesat (se sagerne 18 og 35/65 *Gutmann* mod *Kommissionen*, Sml. 1966, s. 175, Recueil 1966, s. 149 og s. 169—71, og sag 17/68 *Reinarz* mod *Kommissionen*, Sml. 1969 s. 23).

Herefter går jeg over til sagens realitet.

Hvad denne angår, er sagsøgers stævning noget besynderligt formuleret, idet den hævdes at være baseret på en enkelt søgsmålsgrund, hvorpå den angiver tre:

1) Brud på vedtægtens artikel 7, stk. 1, fordi den udnævnende myndighed ikke handlede »udelukkende i tjenestens interesser«;

2) Magtfordrejning, fordi den nævnte myndighed brugte sine beføjelser til det uvedkommende formål at sikre Marchals forfremmelse; og

3) Brud på vedtægtens artikel 45, stk. 1, fordi sagsøgers seneste bedømmelse ikke forelå på tidspunktet for den sammenlignende undersøgelse af ansøgernes egnethed til stillingen.

Grundene 1) og 2) er i virkeligheden, tror jeg, to måder at udtrykke den samme beskyldning på, og jeg agter at behandle dem under ét i første omgang.

Sagsøgers sag er, ligesom det var tilfældet med hendes klage, støttet på, at hvis der kun kunne stilles en enkelt B 1-stilling til rådighed for Agenturet, burde den være tildelt hende, som havde udført en B 1-tjenestemands arbejde i 17 år. Hun er betydeligt ældre end Marchal og har større anciennitet i lønklasse B 2 end han. Den omstændighed, at stillingen faktisk blev tildelt Marchal, må tilskrives manglende hensyntagen til tjenestens interesser eller magtfordrejning bestående i en øremærkning af stillingen til Marchal.

På denne måde kan sagen efter min mening ikke underbygges.

Det er blevet fastslået af denne Domstol, at selv om en tjenestemand efter artikel 7, stk. 1, ikke kan tvinges til at udføre arbejde, som svarer til en højere lønklasse end hans egen, undtaget på foreløbig basis, giver det faktum, at han går ind på at udføre det, ham ikke en ret til at blive omplaceret, skønt det kan være en faktor, der skal tages i betragtning i forbindelse med forfremmelse, se sag 28/72 *Tontodonati* mod *Kommissionen*, Sml. 1973, s. 779 (dommens præmis 8), og sag 189/73 *Van Reenen* mod *Kommissionen*, Sml. 1975 s. 455 (dommens præmis 6). Som argument citerede begge parter en tidligere afgørelse sag 77/70, *Prelle* mod *Kommissionen*, Recueil 1971 s. 561, men den forekommer mig ikke vejledende.

Man må erindre, at på det tidspunkt, der her er afgørende, havde Agenturets generaldirektør, som tydeligvis var meget gunstigt indstillet over for sagsøger (dette fremgår ikke blot af de bevismidler, jeg har anført, men også af hendes bedømmelser — stævningens bilag 6 og 7, svarskriftets bilag 1), to gange, to år i træk, ansøgt om en stilling i lønklasse B 1 til hende og havde to gange fået afslag. Vi fik at vide af Kommissionen, og jeg vil gerne tro det, at i den atmosfære af nedskæringer, der omgav udarbejdelsen af 1976-budgettet i alle fællesskabsinstitutionerne, ville det have været håbløst at forsøge at opnå to B 1-stillinger til så lille en afdeling som Agenturet. Resultatet kunne faktisk være blevet, at man slet ikke havde fået nogen. Derfor ville generaldirektøren, selv bortset fra enhver indgriben fra Simonet, være nødt til at afgøre, hvem af de to fortjenstfulde tjenestemænd, for hvem han havde ansøgt om B 1-stillinger året før, der udførte det mest

krævende arbejde. Det var naturligvis i begge tilfælde arten af det arbejde, der hørte til stillingen, og ikke den nuværende indehavers alder, anciennitet, tjenestetid eller personlige fortjenester, som han måtte tage i betragtning til det formål. Vi har rigeligt bevismateriale, ikke blot i de notater, jeg har henvist til, men også i Marchals bedømmelser (svarskriftets bilag II, III og IV) angående arten af hans arbejde. På grundlag af dette bevismateriale synes det mig, at generaldirektøren klart var berettiget til at tage det standpunkt, ikke blot at nævnte arbejde var passende for en B 1-stilling, men også at det var mere krævende end arbejdet som Agenturets førstekontorist, selv om dette også var passende for en B 1-stilling.

Der er intet, der tyder på, at generaldirektøren, og efter ham Kommissionen, ikke ærligt og redeligt indtog dette standpunkt, bortset fra den omstændighed, at Simonet personligt havde grebet ind på Marchals vegne, og den omstændighed, at der blev henvist til denne indgriben i generaldirektørens notat af 25. marts 1975. Det er på grund af disse omstændigheder, at sagen efter min mening ikke er let. Men jeg er efter nogen tøven kommet til den konklusion, at de ikke er tilstrækkelige til at gøre beslutningen om at placere stillingen i Washington ugyldig; og hvis denne beslutning var gyldig, kan indholdet af meddelelsen om en ledig stilling efter min mening ikke kritiseres.

Jeg går over til spørgsmålet om vedtægtens artikel 45, stk. 1.

I sag 29/74 *De Dapper* mod *Parlamentet*, Sml. 1975 s. 35, annullerede Domstolen i overensstemmelse med tidligere afgørelser (som jeg opregnede på s. 44-45) nogle udnævnelser, der var foretaget som forfremmelse i tilfælde, hvor ajourførte bedømmelser af nogle men ikke af alle ansøgerne var blevet udarbejdet på tidspunktet for den sammenlignende bedømmelse af deres fortjenester. Domstolen mente, at denne fremgangsmåde ikke opfyldte kravene i artikel 45. I sag 61/76 *Geist* mod *Kommissionen*, Sml. 1977 s. 1419, understregede Domstolen igen vigtigheden af, at fællesskabsinstitutionerne opfylder deres forpligtelse efter vedtægtens artikel 43 til at sikre, at bedømmelser af deres tjenestemænd er udarbejdet til de fastsatte datoer. I denne sag forholdt det sig således, at der ikke var nogen beslutning, der skulle annulleres, men Domstolen tilkendte den sagsøger, hvis bedømmelser var forsinkede, en betydelig erstatning, skønt han ikke kunne påvise, at han havde lidt væsentlig skade herved.

Hvorvidt sagsøger i nærværende sag ville have været berettiget til erstatning på grundlag af disse afgørelser, hvis hun havde krævet det, er det ikke nødvendigt at undersøge. Hun har ikke stillet et sådant krav — sandsynligvis fordi hun mere føler sig såret i sin stolthed end skadet i økonomisk henseende. Således er det eneste spørgsmål, om den omstændighed, at hendes seneste bedømmelse ikke var blevet udarbejdet på det tidspunkt, hvor den sammenlignende undersøgelse af fortjenesterne hos ansøgerne til forfremmelsen til den nye stilling fandt sted, kan berettige, at Marchals udnævelse til stillingen erklæres ugyldig.

Tilsyneladende er *De Dapper* mod *Parlamentet* et klart præjudikat for et bekræftende svar på dette spørgsmål. En række af Domstolens domme fastslår imidlertid, at en tjenestemand principielt ikke, når han anfægter gyldigheden af en administrativ beslutning, kan støtte sig på en uregelmæssighed i den procedure, der leder frem til beslutningen, medmindre han kan bevise, at han kunne være stillet bedre, hvis det ikke havde været for denne uregelmæssighed. Jeg samlede de tidligere afgørelser i den retning i mit forslag til afgørelse i sag 90/74 *Deboeck* mod *Kommissionen*, Sml. 1975 s. 1123 (og s. 1141—1142), hvorefter princippet blev bekræftet ved dommen i samme sag (præmisserne

11—15) og senere i sag 9/76 *Morello* mod *Kommissionen*, Sml. 1976 s. 1415 (dommens præmis 11). Af de tidligere afgørelser er der især én, der forekommer mig at ligne nærværende sag, nemlig sag 115/73 *Serio* mod *Kommissionen*, Sml. 1974 s. 341, hvor Domstolen afslog at annullere en udvælgelsesprøve af den grund, at en skuffet ansøgers kvalifikationer ikke i fuldt omfang var blevet forelagt ansættelsesmyndigheden, fordi det ikke fremgik, at de udeladte kvalifikationer var af en art, der ville have sikret en beslutning til hans fordel (se dommens præmis 7).

Hvor meget jeg end prøver, kan jeg ikke få mig selv til at tro, at det kunne have gjort den mindste forskel for resultatet, hvis sagsøgers bedømmelse for 1973-1975 i denne sag havde været til rådighed på det tidspunkt, hvor den sammenlignende undersøgelse af ansøgernes kvalifikationer fandt sted. Hendes tidligere bedømmelse var i høj grad smigrende, og den manglende kunne næppe have været mere smigrende. Da den endelig blev fremskaffet, var dette dog faktisk ikke tilfældet (se svarskriftets bilag I). Hendes advokat påpegede, at den nævnte kendsgerning, at nogle af de opgaver, som hun tidligere havde udført i 1974, for at lette hendes arbejdspres, var blevet overført til en tjenestemand i kategori A, som var ansat til formålet, idet det det tilføjedes, at »denne overførsel må under ingen omstændigheder fortolkes som en underkendelse af fru De Roubaix's dygtighed«. Men det synes mig klart, at de afgørende kvalifikationer for en udnævnelse til stillingen i Washington omfattede erfaring i at forhandle med amerikanske agenturer og firmaer, der leverer kernebrændstof. Den erfaring havde Marchal, og sagsøger havde den ikke. Det kan være, at sagsøger kunne have tilegnet sig den, som Marchal havde måttet gøre det (se svarskriftets bilag II), men det kunne ikke være i tjenestens interesse, at Kommissionen skulle eksperimentere i så henseende, når det var klart, at Marchal udførte sine pligter til alles tilfredshed.

Følgelig mener jeg ikke, skønt jeg har betydelig sympati for sagsøger, at hun er berettiget til at vinde denne sag.

Tilbage bliver spørgsmålet om sagsomkostningerne. Den samlede virkning af artiklerne 69 og 70 i Domstolens procesreglement er, forstår jeg, at hver part normalt bærer sine sagsomkostninger i en personalesag, hvor sagsøger ikke får medhold. Hvis sagsøger imidlertid grundløst eller ved unødig trætte har påført den sagsøgte institution omkostninger, kan han pålægges at betale dem. Hvis sagsøgte, skønt han får medhold i afgørelsen, har tabt på nogle punkter, kan han pålægges at betale nogle af sagsøgers sagsomkostninger, uden hensyn til om sagsøgtes førelse af sagen har været urimelig eller udtryk for unødig trætte.

I sag 54/77 *Herpels* mod *Kommissionen* (9. marts 1978 — endnu ikke trykt) blev Domstolen stillet over for en situation, hvor et af de krav, der i en personalesag var fremsat af sagsøger, måtte betegnes som unødig trætte, medens på den anden side sagsøgte, som fik medhold i afgørelsen, tabte med hensyn til nogle indsigelser, han havde rejst angående afvisning af sagen. Domstolen lod disse to momenter opveje hinanden og lod hver part bære sine sagsomkostninger.

Her er ingen af sagsøgers krav efter min mening unødig trætte, men hvis retten deler min opfattelse, beror Kommissionens indsigelser med hensyn til sagens afvisning på en misforståelse.

Retten kan som følge deraf finde det rigtigt at pålægge Kommissionen at betale (f.eks.) en tredjedel af sagsøgers sagsomkostninger.