FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. FEDERICO MANCINI

fremsat den 22. januar 1987 *

Høje Domstol.

1. Ved fire sager anlagt i tidsrummet februar til oktober 1985 har Ingfried Hochbaum (sagerne 44 og 294/85) og Edward Rawes (sagerne 77 og 295/85), der er tjenestemænd i lønklasse A 4 i Generaldirektoratet for Konkurrence (DG IV) i Kommissionen, anlagt sag med påstand om annullation af udnævnelsen af afdelingschefen for afdelingen »statsmonopoler og offentlige virksomheder« i samme generaldirektorat.

Først de faktiske omstændigheder i sagen. Kommissionen vedtog den 30. maj 1984 efter behandling af de ansøgninger, der var indgivet i henhold til artikel 29, stk. 1, litra a), i Vedtægten for Tjenestemænd i De Europæiske Fællesskaber at besætte nævnte stilling ved forfremmelse af Paul Waterschoot, der var tjenestemand i lønklasse A 4 i Generaldirektoratet for Industri og Teknologi (DG III). Hochbaum indgav klage over denne beslutning den 17. juli og anførte herved, at ansættelsesmyndigheden ved vurderingen af forfremmelsesmulighederne ikke havde kunnet gennemføre en rigtig sammenligning af ansøgernes fortjenester, jfr. artikel 45 i Vedtægten for Tjenestemænd i De Europæiske Fællesskaber, da bedømmelserne for flere ansøgere til stillingen (bl. a. for ham selv og Waterschoot) for årene 1979 til 1983 ikke havde foreligget, eftersom de ikke var blevet udfærdiget. I klagen anførtes endvidere, at Waterschoot's navn figurerede i et »uofficielt organigram« for GD IV, der havde cirkuleret i Berlaymontbygningen tre måneder før meddelelsen om ledig stilling. Beslutningen om at ansætte Waterschoot var altså blevet vedtaget på grundlag af overvejelser der var tjenestens interesse uvedkommende, og i al fald uden hensyntagen til de øvrige ansøgeres faglige fortjenester.

Den 30. august 1984 indgav også Rawes klage mod udnævnelsen af Waterschoot, og henviste herved til de grunde, som kollegaen Hochbaum allerede havde anført, hvorhos han kritiserede, at vilkårene i meddelelsen om ledig stilling ikke var blevet overholdt.

Direktøren for personale meddelte i notater af 20. december 1984 og 21. januar 1985 til henholdsvis Hochbaum og Rawes, at det var rigtigt, at visse af ansøgernes personlige akter på tidspunktet for den anfægtede beslutning ikke var a jour, og tilføjede i den forbindelse, at administrationen på et tidligere tidspunkt havde anmodet de ansvarlige direktører om at udfærdige de bedømmelser, der manglede, »således at Kommissionen kan gennemføre en ny sammenligning af alle ansøgernes fortjenester«. Forsamlingen af kommissionsmedlemmer genoptog efter modtagelsen af den nævnte dokumentation behandlingen af ansøgningerne og stadfæstede den 30. januar 1985 forfremmelsen og udnævnelsen af Waterschoot.

Hochbaum og Rawes anså ikke sagen for afgjort hermed og indgav hver for sig en ny klage mod denne beslutning. De fire administrative procedurer i den anledning faldt imidlertid ikke ud til deres fordel, og de ovenfor nævnte sager er derefter blevet anlagt.

* Oversat fra italiensk.

2. Domstolen (Anden Afdeling) har ved kendelse af 12. juni 1986 besluttet at forene de fire sager med henblik på retsforhandlingerne og dommen. Den sagsøgte institution har imidlertid under sagen gjort gældende, at de sager, der er anlagt mod den første beslutning (sagerne 44 og 77/85) må anses for genstandsløse. For denne akt, der var ulovlig, fordi det nødvendige grundlag manglede, blev afløst af en ny udnævnelse, som Kommissionen foretog i absolut overensstemmelse med Vedtægten for Tjenestemænd i De Europæiske Fællesskaber. Heraf følger, at den anden foranstaltning i givet fald kan anfægtes, fordi det er den eneste, der kan have forvoldt ansøgerne til stillingen som chef for afdelingen: »Monopoler« skade.

Derimod er beslutningen af 30. januar 1985 ifølge sagsøgerne retligt uselvstændig, eftersom der er tale om en akt til »stadfæstelse« (ansættelsesmyndigheden har selv benyttet dette ord) af en tidligere beslutning, der var ugyldig. De har altså ikke kunnet anfægte dem særskilt, men har måttet anlægge sagerne 294 og 295/85 ex tuto, for den bekræftende akt bortfalder uden videre ved en annullation af den akt, den hænger sammen med og er en bekræftelse af.

Dette synspunkt kan jeg ikke tilslutte mig. Ifølge god forvaltningsskik og et for medlemsstaternes retsordener fælles princip må den myndighed, der har vedtaget en fejlbehæftet akt, der som sådan kan annulleres, have mulighed for at tilbagekalde eller bedre berigtige den med tilbagevirkende kraft for herved at undgå, at de skadelige virkninger, fejlen kan give anledning til, fortsat udfolder sig (jfr. Domstolens dom af 12. juli 1957 i de forenede sager 7/56 og 3-7/57, Algera m. fl. mod Den Fælles Forsamling, Sml. 1954-1964, s. 45, samt dom af 22. marts 1961 i de forenede sager 42 og 49/59 Snupat mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 247). Berigtigelsen må imidlertid ske før den ulovlige retsakt bliver endelig, altså før udløbet af fristen for anfægtelse af den, eller såfremt sag allerede er anlagt, før dommen.

I den foreliggende sag kan der ikke herske tvivl om, at beslutningen af 30. januar 1985, der udtrykkeligt blev vedtaget af ansættelsesmyndigheden til berigtigelse af en fejl ved den tidligere beslutning, forelå i god tid før sidstnævnte beslutning blev anfægtet ved Domstolen. Stadfæstelsen af ansættelsen af Waterschoot er dog i teknisk forstand en »validering«, dvs. en anden udnævnelsesakt, der medførte den førstes bortfald. Og såfremt det forholder sig således, skal sagerne 44 og 77/85 afvises, idet sagsøgerne ikke har interesse i at få en tilbagetrukket retsakt annulleret.

3. Hochbaum og Rawes har til støtte for deres påstande i sagerne 294 og 295/85 fremført navnlig tre grunde: a) tilsidesættelse af artiklerne 45, 25 og 27, stk. 3, i Vedtægten for Tjenestemænd i De Europæiske Fællesskaber; b) tilsidesættelse af vilkårene ifølge meddelelsen om ledig stilling; c) kompetenceoverskridelse og magtfordrejning. Jeg vil udelukkende behandle den første søgsmålsgrund, som afgjort er rigtig.

Lad os se hvorfor. Medlem af Kommissionen, Christophersen, udtalte i afvisningen af klagerne over beslutningen af 30. januar 1985, at ansættelsesmyndigheden ikke ved bekræftelsen af den første udnævnelse havde fundet det nødvendigt »endnu engang at indhente en udtalelse fra Det Rådgivende Udvalg for Udnævnelser i lønklasserne A 2 og A 3«. For som det hed, havde dette ud-

valg, »der har rådgivende funktioner (allerede) ... afgivet udtalelse den 25. maj 1984«. Men — og dette er det vigtigste — var dette en lovlig fremgangsmåde?

Jeg erindrer om, at det af Christophersen omtalte udvalg er nedsat ved Kommissionens beslutning af 23. juli 1980. Det er kendt under navn af »Noël-gruppen« og har fire medlemmer (Kommissionens generalsekretær, generaldirektøren for personale og administration, en af Kommissionens formand udpeget direktør samt en repræsentant for det kommissionsmedlem, som har ansvaret for personale og administration og behandler ansøgninger om stillinger i lønklasserne A 2 og A 3 og spørgsmål i forbindelse hermed og afgiver efter en vurdering af ansøgernes egenskaber og egnethed i relation til de kvalifikationer, der kræves i den stilling, som skal besættes, en udtalelse, der ikke er bindende, med angivelse af de tjenestemænd, der må anses for de bedst kvalificerede. Denne udtalelse tilstilles sammen med ansøgningerne og de dertil knyttede akter forsamlingen af kommissionsmedlemmer, der på grundlag heraf træffer endelig afgørelse (om den hermed beskrevne procedure henvises til Domstolens dom af 23. oktober 1986, 26/85, Vaysse mod Kommissionen, Sml. s. 3131).

I udtalelsen af 25. maj 1984 hedder det imidlertid, at »af de seksten ansøgere må navnlig følgende i alfabetisk orden nævnte ansøgere kunne komme i betragtning: Argyris, Hochbaum, van Ginderachter og Waterschoot« . Men som bekendt fremkom dette forslag, uden at der var foretaget en vurdering af den faglige erfaring, de forskellige ansøgere havde erhvervet i løbet af de sidste fem år i tjenesten. Og herved bliver udtalelsen ugyldig i relation såvel til udnævnelsen af 30. maj 1984 som til beslutningen om stadfæstelse. For med vedtagelsen af sidstnævnte beslutning burde ansættelsesmyndigheden have indledt en ny procedure, hvorunder udvalget fik hele det nu fuldstændige materiale forelagt endnu engang.

Heroverfor kan man i overensstemmelse med Domstolens dom af 18. december 1980 i de forenede sager 156/79 og 51/80, (Gratreau mod Kommissionen, Sml. s. 3943, præmis 24), indvende, at det forhold, at en af tjenestemændenes personlige aktmappe er mangelfuld og ufuldstændig, ikke er tilstrækkeligt til at annullere de skete forfremmelser, ... medmindre det er godtgjort, at denne omstændighed kan have haft en afgørende indflydelse på forfremmelsesproceduren. I det foreliggende tilfælde var det imidlertid ikke blot bedømmelsen for en *enkelt* ansøger, men bedømmelserne af *flere* ansøgere, der manglede, og herunder bedømmelsen for den tjenestemand, der blev forfremmet. Af sagen fremgår desuden, at visse tjenestemænd — herunder navnlig Hochbaum — i de år, som de nævnte udtalelser ville have omfattet, havde erhvervet erfaring og kvalifikationer, der var særlig relevante for stillingen som chef for afdelingen »monopoler«. De fejl, som udvalgets udtalelse om ansøgernes kvalifikationer og egnethed var behæftet med, var summa summarum for alvorlige til, at det har kunnet antages, at en ny behandling i udvalget af hele ansættelsessagen ikke *var absolut nødvendig.*

Man kan heller ikke hævde, at denne procedure blev korrekt gennemført af ansættelsesmyndigheden, og at undladelsen af at høre »Noël-gruppen« ikke udgør en fejl, der kan danne grundlag for annullation af den anden beslutning. Domstolen har nemlig

fastslået, at »når ansættelsesmyndigheden internt og frivilligt indfører en ufravigelig høringsprocedure, som ikke er fastsat i vedtægten, er den forpligtet til at overholde proceduren, som ikke kan anses for at være helt uden retlig værdi« (dom af 21. april 1983, 282/81, Ragusa mod Kommissionen, Sml. s. 1245, præmis 18).

Da Noël-gruppen er blevet indført netop af hensyn til en korrekt anvendelse af artikel 45 i Vedtægten for Tjenestemænd i De Europæiske Fællesskaber, må en forfremmelse, der sker uden forskriftsmæssig forudgående høring af denne gruppe, udgøre en overtrædelse af denne retssætning. Beslutningen af 30. januar 1985 er derfor retsstridig.

4. På baggrund af det anførte foreslår jeg Domstolen

a) at afvise de af Ingfried Hochbaum og Edward Rawes anlagte sager 44 og 77/85;

b) at annullere beslutningen af 30. januar 1985 og hermed tage de af disse tjenestemænd i sagerne 294 og 295/85 nedlagte påstande til følge.

Sagsøgte bør dømmes til at afholde sagens omkostninger, jfr. procesreglementets artikel 69, stk. 2.