CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. F. MANCINI van 22 januari 1987 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Tussen februari en oktober 1985 zijn door I. Hochbaum (zaken 44 en 294/85) en E. Rawes (zaken 77 en 295/85), ambtenaren in de rang A 4 bij het directoraat-generaal Concurrentie (DG IV) van de Commissie, vier beroepen ingesteld tot nietigverklaring van het besluit tot benoeming van het hoofd van de afdeling „Staatsmonopolies en openbare bedrijven" in bedoeld directoraat-generaal.

De feiten. Na onderzoek van de krachtens artikel 29, lid 1, sub a, van het Statuut ingediende sollicitaties, besloot de Commissie op 30 mei 1984 in de betrokken post te voorzien door P. Waterschoot, ambtenaar in de rang A 4 bij het directoraat-generaal Interne markt en industrie (DG III), te bevorderen. Op 17 juli diende Hochbaum een klacht in tegen dit besluit, op grond dat toen het tot aanstelling bevoegde gezag de promotiemogelijkheden onderzocht, het geen geldig onderzoek van de verdiensten kon doen, als is voorgeschreven bij artikel 45 van het Statuut. Voor de jaren 1979-1983 ontbraken namelijk de beoordelingsrapporten van een aantal kandidaten (waaronder dat van hemzelf en dat van Waterschoot), aangezien zij nog niet waren opgesteld. Voorts kwam Waterschoots naam voor in een „officieus organigram" van DG IV, dat drie maanden voor de post vacant werd verklaard, in het Berlaymontgebouw circuleerde. Volgens verzoeker was het besluit dus genomen op basis van overwegingen die niets uit te staan hadden met het belang van de dienst en, in ieder geval, zonder rekening te houden met de professionele verdiensten van de overige kandidaten.

Op 30 augustus 1984 diende ook Rawes een klacht in tegen Waterschoots benoeming, waarbij hij dezelfde argumenten aanvoerde als zijn collega; bovendien beklaagde hij zich over het feit dat de in de kennisgeving van vacature voor die post vermelde voorwaarden niet in acht waren genomen.

In zijn nota's van 20 december 1984 en 21 januari 1985, respectievelijk aan Hochbaum en Rawes, erkende de directeur Personeelszaken dat op het ogenblik van het bestreden besluit de persoonsdossiers van een aantal kandidaten onvolledig waren. Hij voegde daaraan toe, dat de administratie de verantwoordelijke directeurs reeds had verzocht de ontbrekende rapporten op te stellen ten einde de Commissie in staat te stellen de verdiensten van alle kandidaten opnieuw te vergelijken. Na ontvangst van deze stukken, onderzochten de leden van de Commissie als college de sollicitaties opnieuw en bevestigden zij op 30 januari 1985 de bevordering en de benoeming van Waterschoot.

Hochbaum en Rawes gaven zich niet gewonnen en dienden twee andere afzonderlijke klachten in tegen dat besluit. De vier interne procedures betreffende deze klachten zijn evenwel op niets uitgelopen, vandaar hogergenoemde beroepen.

* Vertaald uit het Italiaans.

2. Bij beschikking van 12 juni 1986 heeft het Hof, Tweede kamer, besloten de vier zaken te voegen voor de mondelinge behandeling en het arrest. In de loop van de procedure voerde verweerster evenwel aan, dat de beroepen tegen het eerste besluit (zaken 44 en 77/85) zonder voorwerp moesten worden geacht. De betrokken handeling, die onwettig was omdat de vereiste stukken ontbraken, was immers vervangen door een nieuwe benoeming waarbij de Commissie het Statuut volledig had geëerbiedigd; derhalve was enkel het tweede besluit een voor beroep vatbare beschikking, aangezien alleen dit de kandidaten voor de post van afdelingshoofd van de afdeling „Monopolies" schade heeft kunnen berokkenen.

Verzoekers daarentegen betogen, dat het besluit van 30 januari 1985 niet een juridisch autonoom besluit is, omdat het een handeling is ter „bevestiging" (de door het tot aanstelling bevoegde gezag zelf gebruikte term) van een vroeger, ongeldig besluit. Zij konden derhalve niet afzonderlijk daartegen opkomen, zodat zij de beroepen in de zaken 294 en 295/85 slechts voor alle zekerheid hebben ingesteld; een bevestigende handeling vervalt immers automatisch met de nietigheid van de handeling waarop zij betrekking heeft en waarvan zij de bevestiging vormt.

Deze mening kan ik niet delen. Het is een regel van behoorlijk bestuur en een beginsel dat de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben, dat de overheid die een gebrekkige handeling heeft gesteld, die derhalve vernietigbaar is, deze kan intrekken, of anders gezegd, deze met terugwerkende kracht kan regulariseren, waardoor het voortbestaan van eventuele nadelige gevolgen wordt vermeden (arrest van 12 juli 1957, gevoegde zaken 7/56 en 3 tot en met 7/57, Algera en anderen, Jurispr. 1957, blz. 83, en van 22 maart 1961, gevoegde zaken 42 en 49/59, SNUPAT, Jurispr. 1961, blz. 101). Het regulariseren dient evenwel te gebeuren alvorens de onwettige handeling definitief is geworden, dus vóór het verstrijken van de termijn waarbinnen daartegen kan worden opgekomen, of, indien reeds een beroep is ingesteld, vóór de uitspraak van de rechter.

In casu kan niet worden betwijfeld, dat het besluit van 30 januari 1985, dat het tot aanstelling bevoegde gezag uitdrukkelijk heeft genomen om een gebrek van het vroegere besluit te verbeteren, lang voor de bestrijding van laatstgenoemd besluit tot stand is gekomen. De bevestiging van Waterschoots benoeming is derhalve technisch gezien een „convalescentie", dat wil zeggen een nieuw benoemingsbesluit, waardoor de eerste handeling wordt ingetrokken; en, indien dit het geval is, dienen de beroepen in de zaken 44 en 77/85 niet-ontvankelijk te worden verklaard, aangezien verzoekers geen belang hadden bij de nietigverklaring van een ingetrokken handeling.

3. Tot staving van hun beroepen in de zaken 294 en 295/85 voeren Hochbaum en Rawes in wezen drie middelen aan: a) schending van de artikelen 45, 25 en 27, lid 3, van het Statuut; b) miskenning van de in de kennisgeving van vacature gestelde voorwaarden; c) willekeur. Ik zal uitsluitend op het eerste middel ingaan, dat ongetwijfeld gegrond is.

En wel om de volgende reden. Toen hij de klachten tegen het besluit van 30 januari 1985 afwees, verklaarde het lid van de Commissie Christophersen, dat het tot aanstelling bevoegde gezag bij de bevestiging van de eerste handeling het niet nodig had geacht, het Raadgevend comité voor benoemingen in de rangen A 2 en A 3 „een tweede maal te raadplegen". Immers, dit or-

gaan „dat een louter consultatieve rol heeft, had reeds op 25 mei 1984 advies uitgebracht". Maar — en dit is juist het punt — was deze handelwijze wettig ?

Ik herinner eraan dat het door Christophersen bedoelde comité is voorzien in het besluit van de Commissie van 23 juli 1980. Het staat bekend als de „groep Noël" en bestaat uit vier leden (de secretaris-generaal van de instelling, de directeur-generaal Personeelszaken, een door de voorzitter aangewezen directeur en een vertegenwoordiger van het met personeelszaken belaste lid van de Commissie); het onderzoekt de sollicitaties alsmede de daarmee verband houdende dossiers en brengt na onderzoek van de capaciteiten van de sollicitanten en hun geschiktheid om de functies van de betrokken post uit te oefenen een niet-bindend advies uit, waarin het de ambtenaar of de ambtenaren aanduidt, die het meest aan de vereiste kwalificaties voldoen. Dit advies wordt nadien samen met de sollicitaties en de dossiers voor definitieve beslissing aan het College van Commissieleden toegestuurd (wat deze procedure betreft, zie het arrest van 23 oktober 1986, zaak 26/85, Vaysse, Jurispr. 1986, blz. 3131).

In het advies van 25 mei 1984 nu wordt gesteld dat „van de (zestien) sollicitanten in alfabetische volgorde de heren Argyris, Hochbaum, Van Ginderachter en Waterschoot bijzonder in aanmerking kwamen". Zoals bekend is dit voorstel evenwel zonder beoordeling van de professionele verdiensten van de kandidaten gedurende de laatste vijf jaren van hun loopbaan geformuleerd; deze omstandigheid maakt het advies ongeldig, niet enkel ten aanzien van de benoeming van 30 mei 1984, maar ook ten aanzien van het bevestigend besluit. Alvorens het tot aanstelling bevoegde gezag laatstbedoeld besluit nam, had het immers een nieuwe procedure dienen in te leiden door de — thans volledige — stukken aan het comité terug te zenden.

Daartegen kan worden ingebracht dat, zoals in 's Hofs arrest van 18 december 1980 (gevoegde zaken 156/79 en 51/80, Gratreau, Jurispr. 1980, blz. 3943, r. o. 24) wordt verklaard, het ontbreken van een beoordelingsrapport „voor nietigverklaring van de toegekende bevorderingen niet voldoende (is) ... tenzij wordt vastgesteld dat dit op de bevorderingsprocedure een beslissende invloed kon hebben". In casu ontbrak evenwel niet het rapport van *één* kandidaat, doch ontbraken de rapporten van *verscheidene* kandidaten waaronder dat van de bevorderde ambtenaar. Voorts blijkt uit het dossier, dat een aantal ambtenaren — en vooral de heer Hochbaum — tijdens de periode van vijf jaren waarop de bedoelde rapporten betrekking hadden moeten hebben, bijzonder belangrijke ervaring en kennis hadden opgedaan voor de functie van hoofd van de afdeling „Monopolies". Kortom, het oordeel van het comité over de capaciteiten en over de geschiktheden van de sollicitanten was dermate ontoereikend, dat het *absoluut noodzakelijk* was, het geheel opnieuw te onderzoeken.

Evenmin kan worden gezegd, dat dit onderzoek door het tot aanstelling bevoegde gezag correct is uitgevoerd en dat derhalve de niet-raadpleging van de „groep Noël" geen onregelmatigheid is, die de nietigverklaring van het tweede besluit kan rechtvaardigen. Wat dit aangaat, heeft het Hof namelijk gesteld, dat „wanneer het tot aanstelling bevoegde gezag vrijwillig bij interne orde-

maatregel een bindende, zij het niet in het Statuut voorziene raadplegingsprocedure instelt, het een dergelijke procedure dient na te leven, zodat niet iedere rechtswaarde eraan kan worden ontzegd" (arrest van 21 april 1983, zaak 282/81, Ragusa, Jurispr. 1983, blz. 1245, r. o. 18).

Aangezien het comité Noël juist is opgericht om de correcte tenuitvoerlegging van artikel 45 van het Statuut te waarborgen, is het wel duidelijk, dat een bevordering zonder geldige raadpleging van dat orgaan met bedoelde bepaling in strijd is. Het besluit van 30 januari 1985 is derhalve onwettig.

4. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

a) de beroepen van Hochbaum en Rawes tegen de Commissie van de Europese Gemeenschappen in de zaken 44 en 77/85 niet-ontvankelijk te verklaren;

b) de beroepen van dezelfde ambtenaren in de zaken 294 en 295/85 ontvankelijk te verklaren en het besluit van 30 janauri 1985 nietig te verklaren.

Verweerster dient krachtens artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procedure in de kosten te worden verwezen.