CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL K. ROEMER VAN 29 JANUARI 1969 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

Verzoeker in het onderhavige geding was eertijds ambtenaar van de Hoge Autoriteit der Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal en, na de inwerkingtreding van het fusieverdrag, ambtenaar bij de Commissie der Europese Gemeenschappen. Tot 24 juni 1968 behoorde hij als hoofdassistent in rang B/1 tot het Directoraat „Huishoudelijke begroting". Sinds 24 juni 1968 is hij ingevolge de bestuursreorganisatie bij het Directoraat-generaal Financiële Controle werkzaam.

Gelijk in artikel 43 van het destijds op hem toepasselijke Statuut voor de ambtenaren der Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal was voorzien, werd op 15 januari 1968 over zijn „bekwaamheid, prestaties en gedrag in de dienst" een beoordeling gegeven voor de periode 1 juli 1965 tot 30 juni 1967. Verzoeker meende hierin een aantal ongerijmdheden te kunnen vaststellen en formuleerde terzake, overeenkomstig artikel 43, tweede lid, van het personeelsstatuut, een aantal kritische opmerkingen, met verzoek het beoordelingsrapport te rectificeren. Toen hieraan geen gevolg werd gegeven, zond hij door tussenkomst van zijn meerdere op 27 maart 1968 aan de president van de Commissie een formeel bezwaarschrift in de zin van artikel 90 van het Statuut waarbij hij zijn verzoek om wijziging van het rapport herhaalde. Ten slotte wendde hij zich op 25 juli 1968 met een beroep tot het Hof van Justitie.

Hierbij vorderde hij nietigverklaring en rectificatie der op 15 januari 1968 gegeven beoordeling.

De Commissie antwoordde dat inderdaad ingevolge verzoekers opmerkingen van 22 mei 1968 door zijn meerderen een nieuw en wezenlijk gewijzigd rapport werd opgesteld. Dit rapport zou aan verzoeker door zijn meerdere zijn voorgelegd; aan het verzoek om zijn opmerkingen te formuleren en het stuk te ondertekenen zou verzoeker evenwel geen gevolg hebben gegeven. Het rapport werd met een weergave van de gang van zaken aan het Directoraat-generaal Algemeen Beheer toegezonden. Een Afdelingshoofd van dit Directoraat-generaal zou verzoeker daarop tot een onderhoud op 21 mei 1968 hebben uitgenodigd en hem daarbij andermaal van het rapport kennis hebben gegeven. Daar verzoeker volhardde bij zijn weigering het rapport te ondertekenen en hij evenmin een document wilde ondertekenen waarin die weigering werd geconstateerd, legde bedoeld afdelingshoofd diezelfde dag zijn bevindingen neer in een nota en deed deze tezamen met het nieuwe rapport in het persoonsdossier van verzoeker deponeren.

Naar het oordeel van de Commissie blijkt uit dit alles, dat het rapport van 15 januari 1968 metterdaad door dat van 22 mei 1968 was vervangen en de vordering tot nietigverklaring en rectificatie van eerstgenoemde beoordeling derhalve zonder voorwerp is. Zij vorderde mitsdien, zonder op de zaak ten principale in te gaan, overeenkomstig artikel 91 van het Reglement voor de procesvoering, dat het beroep als niet-ontvankelijk zou worden afgewezen.

Subsidiair stelde zij bovendien, dat het beroep in geen geval in zijn geheel ontvankelijk geacht kon worden, daar hiermede het rapport van 15 januari 1968 werd aangevallen op punten die in het administratieve bezwaarschrift niet werden vermeld. In zoverre zou derhalve overschrijding van de beroepstermijn moeten worden vastgesteld.

Deze geschilpunten, die in verzoekers verweer tegen de memorie van de Commissie en bij de mondelinge behandeling nader werden ontwikkeld, vormen het voorwerp van de onderhavige conclusie.

1. De ontvankelijkheid van het beroep hangt allereerst af van de vraag of het tegen een voor beroep vatbare handeling is gericht, of het geschil — gelijk het in artikel 91 van het personeelsstatuut heet — een „bezwarend besluit" betreft, dan wel of zijn voorwerp, namelijk de beoordeling van 15 januari 1968, slechts als een interne maatregel moet worden beschouwd.

Bij deze vraag behoeven wij niet lang stil te staan. Inderdaad heeft verzoeker overtui-

1 — Vertaald uit het Duits.

gend aangetoond, dat de rapporten bedoeld in artikel 43 van het Statuut op de loopbaan van een ambtenaar en zijn rechtspositie in verschillende opzichten van directe invloed kunnen zijn. Zij zijn van belang bij de bevordering, die overeenkomstig artikel 45 van het Statuut „na een onderzoek, waarbij de verdiensten der voor bevordering in aanmerking komende ambtenaren worden vergeleken", geschiedt (hetgeen in verzoekers geval overigens, daar hij tot de categorie B behoort, eerst actueel zou worden na overgang in een andere categorie op grond van een vergelijkend onderzoek). Zij kunnen een bepaalde uitwerking hebben in verband met de reorganisatie der diensten van de Commissie (waarbij aan verzoeker reeds met ingang van 25 juni 1968 een nieuwe post werd toegewezen). Ten slotte kunnen zij een rol spelen bij de overplaatsing en detachering van ambtenaren, alsmede bij de opheffing van posten en het ontslag wegens onvoldoende rendement. Inderdaad komt het weinig zinvol voor zodanige maatregel af te wachten en eerst in een geding voor de rechter een beroep te doen op de onregelmatigheid van jaarlijkse rapporten, dat wil zeggen van gegevens die voor de beslissing van wezenlijke betekenis zijn. Ook in het belang van het bestuur verdient het de voorkeur, dat onverwijld klaarheid wordt verschaft over de vraag of een rapport aan de eisen van artikel 43 voldoet. Gezien de rechtsgevolgen van zodanige beoordelingen acht ik het dan ook juist ze tot de bezwarende besluiten van artikel 91 van het personeelsstatuut te rekenen en een gerechtelijk beroep daartegen toe te laten.

Deze opvatting is bovendien in overeenstemming met de nationale rechtspraak in analoge gevallen. Voor het Franse recht zij hier verwezen naar een arrest van de Conseil d'Etat van 23 november 1962 (Traité élémentaire de droit administratif van André de Laubadère, derde druk, Band 2, blz. 63). Voor het Duitse recht kan hier worden genoemd : Anmerkung 51 zu § 42, 4. Auflage des Kommentars zur Verwaltungsgerichtsordnung van Eyermann-Fröhler.

2. De ontvankelijkheid van het beroep hangt voorts af van de vraag of de *termijnen* van artikel 91 van het personeelsstatuut in acht zijn genomen. Volgens deze bepaling moet tegen een individueel besluit binnen drie maanden na de kennisgeving van het besluit beroep worden ingesteld.

Naar vaste rechtspraak van Uw Hof is het evenwel voldoende, en zelfs wenselijk, dat binnen deze termijn eerst een administratieve klacht als bedoeld in artikel 90 van het Statuut wordt ingediend die het bestuur gelegenheid biedt een gewraakt besluit andermaal in overweging te nemen. — Ook aan deze eis heeft verzoeker voldaan door tegen de beoordeling van 15 januari 1968, welke hem op 17 januari 1968 werd betekend, op 27 maart 1968 een administratief beroep aanhangig te maken.

Indien daarna niets meer was geschied, had verzoeker overeenkomstig artikel 91, lid 2, van het Statuut tot 27 juli 1968 beroep in kunnen stellen tegen die beschikking die door het verstrijken van 2 maanden na ontvangst van zijn klacht als stilzwijgend genomen moest worden beschouwd. In feite kwam zijn beroep op 25 juli 1968 bij het Hof van Justitie binnen zodat er, wat *de inachtneming der termijnen* betreft, niet van enig bezwaar blijkt. — Bedenkelijk schijnt echter het feit, dat het beroep niet strekt tot nietigverklaring van een stilzwijgende afwijzende beschikking, doch tot nietigverklaring van het beoordelingsrapport van 15 januari 1968. Dit zou inderdaad naar de opvatting van het Hof — en in afwijking van onze conclusie in de zaken 18 en 35-65 — niet mogelijk zijn (cf. in dit verband Band 12, blz. 170/71). — Bedenkelijk is voorts de stelling van verzoeker dat de Commissie zijn administratief beroep niet op rechtens relevante wijze zou hebben beantwoord. Dit zou dan ten gevolge hebben, dat het voorwerp van zijn klacht, namelijk het beoordelingsrapport van 15 januari 1968, als zodanig ongewijzigd bleef bestaan. Tegen deze hypothese richt zich het hoofdverweer van de Commissie.

3. Gelijk reeds opgemerkt, stelt de Commissie dat haar diensten wel degelijk hebben gereageerd. Verweerster heeft veeleer aan verzoekers klacht ten dele gevolg gegeven en het gewraakte rapport door een tweede rapport van 22 mei 1968 vervangen. Nu geen rechtens te b schermen belang gegeven is, kan rechterlijke toetsing niet meer ten aanzien van het geëlimineerde eerste rapport, doch hoogstens bij een beroep tegen het tweede rapport worden gevraagd. Bezien wij dit punt nader.

Als onbetwist staat allereerst vast, dat verzoekers meerderen, die het rapport van 15 januari 1968 voor de periode 1 juli 1965 tot 30 juni 1967 hadden uitgebracht, een tweede beoordeling van verzoeker, gedagtekend 22 mei 1968, over dezelfde periode opstelden. Dit rapport wijkt op belangrijke punten van het eerste af. Het bevat geen opmerkingen meer over ziekten of korte verloven van ver-

zoeker; bovendien wordt zijn arbeidstempo daarin gunstiger beoordeeld. Dit tweede rapport is derhalve niet een eenvoudige herhaling van het eerste, doch een nieuwe, in het voordeel van verzoeker, verbeterde bestuurshandeling. — Of aan verzoeker — hetgeen hij betwist — uitdrukkelijk werd medegedeeld, dat het tweede rapport het eerste moest vervangen, komt ons niet beslissend voor. Het is immers duidelijk dat voor een en dezelfde beoordelingsperiode niet twee onderling afwijkende rapporten naast elkander kunnen bestaan. Zoals de feiten in het onderhavige geval liggen, spreekt het dan ook vanzelf, dat alleen het later opgestelde en bovendien voor verzoeker gunstiger rapport moest gelden. Hieraan doet niet af het feit, dat in de staat van stukken van verzoekers persoonsdossier de aantekening over het eerste, daaruit gelichte rapport, niet werd geschrapt, want aangenomen mag worden dat de in bedoelde lijst gegeven aanduiding van het tweede rapport („Rapport de notification *rectificative*") een voldoende duidelijk inzicht in de stand van zaken geeft, een omstandigheid overigens die verzoekers vordering tot vaststelling van het feit dat het rapport van 15 januari 1968 niet meer in zijn persoonsdossier aanwezig is, overbodig doet voorkomen. Wel rijst de vraag of het tweede rapport inderdaad ooit rechtsgeldigheid verkreeg en dus het eerste rapport kon vervangen. Dit betwist verzoeker met klem. Hij beroept zich daartoe op de eis van artikel 43 van het Statuut, dat de beoordeling aan de betrokken ambtenaar zal worden medegedeeld. Hij wijst op een door de Commissie met betrekking tot artikel 43 gegeven nadere regeling, krachtens welke het beoordelingsrapport door de desbetreffende ambtenaar moet worden ondertekend. Ten slotte beroept hij zich op artikel 26 van het Personeelsstatuut, hetwelk voorschriften bevat over de samenstelling en het gebruik van het persoonsdossier. Hieruit zou volgen dat een instelling van de Gemeenschap een gegeven beoordeling „slechts tegen de ambtenaar kan aanvoeren, indien zij hem werd medegedeeld voordat ze aan zijn dossier werd toegevoegd". Bovendien bepaalt artikel 26, derde lid : „De mededeling van elk stuk blijkt uit de handtekening die de ambtenaar hieronder heeft gesteld; bij gebreke daarvan geschiedt zij per aangetekende brief." — Naar verzoekers oordeel houden deze bepalingen wezenlijke vormvoorschriften in waarvan niet mag worden afgeweken. Daar het tweede rapport echter niet door hem werd ondertekend en kennisgeving daarvan bij aangetekende brief eveneens achterwege bleef, zou het rechtskracht missen en zelfs als rechtens *niet bestaand* aangemerkt moeten worden. Het kon dan ook niet ten gevolge hebben gehad, dat het eerste rapport terzijde gesteld en vervangen werd.

Onderzoeken wij thans in hoeverre deze conclusies gegrond zijn.

Hierbij kan artikel 43 van het Personeelsstatuut buiten beschouwing blijven, daar het slechts van kennisgeving der beoordeling aan de ambtenaar spreekt zonder daartoe bepaalde formaliteiten te voorzien. Het tweede rapport werd in ieder geval door zijn meerderen ter kennis van verzoeker gebracht op de dag zelf waarop het werd opgemaakt (22 mei 1968) en voorts op 31 mei 1968 door een ambtenaar van het Directoraat-generaal Algemeen Beheer. Dit is duidelijk bij de mondelinge behandeling gebleken, toen verzoeker verklaarde dat hij de ondertekening had geweigerd daar hij bepaalde onderdelen van het rapport wilde onderzoeken en daarover opmerkingen maken. Doch hieruit volgt, dat hij van de *inhoud* van het rapport kennis had gekregen. Ook is de door de E.E.G.-Commissie met betrekking tot artikel 43 van het E.E.G.-Personeelsstatuut gegeven nadere regeling voor het onderhavige geval irrelevant, daar niet zonder meer kan worden aangenomen dat zij na de inwerkingtreding van het nieuwe, gemeenschappelijke Personeelsstatuut (van 4 maart 1968) voor de *gemeenschappelijke* Commissie en het geheel der in haar dienst staande ambtenaren, met inbegrip van de vroegere E.G.K.S.-ambtenaren, geldt. Deze vraag, alsmede de vraag of er een analoog voorschrift van de vroegere Hoge Autoriteit bestaat, kan ten slotte openblijven, nu artikel 26 van het Personeelsstatuut een dienovereenkomstige, zo niet verder gaande regeling bevat.

Inderdaad komt het voor de oplossing van het onderhavige probleem uitsluitend aan op artikel 26 van het Personeelsstatuut. Beziet men dit voorschrift nader, dan rijst evenwel terstond twijfel aan de juistheid van verzoekers interpretatie.

Van belang is allereerst dat hierin met name wordt bepaald dat een stuk tegen een ambtenaar slechts kan worden aangevoerd wanneer het hem werd *medegedeeld* voordat het in zijn dossier werd neergelegd. Derhalve is de mededeling (of kennisgeving) eerste voorwaarde voor de rechtskracht, zulks overeenkomstig het algemeen beginsel van bestuursrecht dat de bekendmaking ener handeling voorwaarde is voor haar bestaan rechtens. Arti-

kel 26 bevat echter geen enkel vormvoorschrift voor deze bekendmaking.
Hetzelfde geldt voor artikel 26, derde lid. Hierin wordt, althans in het eerste zinsdeel, slechts van de wijze gesproken waarop de mededeling *wordt bewezen*. In ieder geval wordt nergens in de gezaghebbende commentaren de opvatting verdedigd, dat zonder inachtneming der formaliteiten van lid 3, in het ambtenarenrecht een handeling rechtens niet *zou bestaan*. Dit is ook niet de mening van Euler, die in deel 2, blz. 743 van zijn commentaar op het Europese ambtenarenstatuut slechts zegt dat een beoordeling als niet bestaand moet worden aangemerkt, wanneer daarvan aan de ambtenaar geen *kennis werd gegeven*. Inderdaad komt de opvatting dat een handeling waarvan kennis werd gegeven als niet bestaand moet worden beschouwd wanneer het bewijs bedoeld in artikel 26, derde lid, niet is geleverd, wel zeer vreemd voor. En dit geldt zeker, wanneer men bedenkt dat het Hof (onder verwijzing naar vroegere rechtspraak) in de zaken 8 tot 11-66 in het algemeen besliste dat de regelmatigheid van de *betekening* ener beschikking op haar rechtskarakter (men zou ook kunnen zeggen: op haar bestaan rechtens) niet van invloed is (Band XIII, blz. 114). Ook in het licht van het nationale recht gaat deze opvatting van verzoeker te ver. Voor het Duitse recht worde hier verwezen naar § 175 van het Bundesbeamtengesetz en de daarop verschenen commentaren, waaruit blijkt dat in het ambtenarenrecht de eis van een formele betekening slechts voor zeer belangrijke beschikkingen geldt. In het algemeen verdedigt men voorts een *enge* interpretatie van dit voorschrift en laat men, in geval van gebrekkige betekening, voor het bewijs dat een bestuurshandeling werd medegedeeld, ieder middel toe (zie Plog-Wiedow, Kommentar zum Bundesbeamtengesetz, Anmerkung 12 zu § 175).
Wij menen dan ook dat er op grond van de tekst van het personeelsstatuut ook in het ambtenarenrecht der Gemeenschappen geen aanleiding bestaat voor het bestaan rechtens ener handeling meer te verlangen dan kennisgeving aan de betrokkene. Eveneens moet worden aangenomen dat het bewijs der kennisgeving ook met voldoende zekerheid in een andere vorm kan worden geleverd dan artikel 26, derde lid voorziet. Wij sluiten ons in zoverre aan bij de opvatting der Commissie dat kennisgeving bij aangetekende brief in het bijzonder bedoeld is voor ambtenaren die niet op hun standplaats zijn te bereiken. Voor het overige zal rechtstreekse kennisgeving van een handeling aan de betrokken ambtenaar de aangewezen weg zijn en, in geval van weigering de ontvangst te bevestigen, vervangen moeten worden door een officiële verklaring van een meerdere. Zou men een andere procedure volgen en de door verzoeker verdedigde interpretatie van artikel 26 aanvaarden, dan werd het bestuur bij iedere weigering om te ondertekenen voor de noodzaak van omstandige en kostbare formaliteiten geplaatst, zonder dat hierdoor de rechtsbelangen der ambtenaren in enig opzicht meerdere bescherming zouden genieten.
Daar echter in het onderhavige geval aan verzoeker inderdaad van het rapport van 22 mei 1968 kennis werd gegeven, zijn weigering dit feit te bevestigen — gelijk ons is gebleken — uitsluitend verklaard moet worden uit de bedoeling opmerkingen over het rapport te maken en, ten slotte, over deze gang van zaken door een ambtenaar van het Directoraat-generaal Algemeen Beheer een officiële nota werd opgesteld, kan zonder aarzelen worden gezegd dat aan de eisen van artikel 26 werd voldaan. Hiermee staat tevens vast, dat het rapport van 22 mei 1968 stellig rechtens perfect werd en tevens het oorspronkelijke rapport terzijde heeft gesteld. Dit leidt uiteindelijk tot de conclusie dat het beroep niet ontvankelijk is, want van enig belang bij een vaststelling der onregelmatigheid van het eerste rapport is niet gebleken (zodanig belang zou bij voorbeeld kunnen bestaan bij gevaar van herhaling of wanneer de bedoeling bleek om uit het oorspronkelijke rapport bepaalde aanspraken af te leiden).
4. Gezien dit mijns inziens ondubbelzinnig resultaat, behoeft op de subsidiaire grief van de Commissie, dat het beroep althans *ten dele* niet ontvankelijk is, niet nader te worden ingegaan. Wij volstaan dan ook met de opmerking, dat de opvatting van de Commissie ons overtuigend voorkomt. Inderdaad moeten de administratieve klacht en het beroep van identieke strekking zijn. Worden in een administratief bezwaarschrift — gelijk in het onderhavige geval — slechts bepaalde, zakelijk begrensde, punten ener ambtelijke beoordeling gewraakt, dan is bij een nadien in te stellen gerechtelijk beroep de in artikel 91 van het Statuut bedoelde termijn van drie maanden slechts ten aanzien van die punten in acht genomen. Na het verstrijken van deze termijn kan tegen andere gebreken van het beoordelingsrapport niet meer worden opgekomen. — Met de bij artikel 42 van het Reglement voor de procesvoering geregelde vragen heeft dit kennelijk niet van doen. Voor

een op dit artikel steunende vordering zien wij dan ook geen voldoende grond.

5. Wat de *kosten* van het geding betreft, zou ongeacht de niet-ontvankelijkheid van het beroep, nog kunnen worden overwogen om met toepassing van artikel 69, § 3 van genoemd reglement de Commissie althans in een deel van verzoekers kosten te verwijzen. Zulks gezien het feit dat de interpretatie van artikel 26 van het Personeelsstatuut tot bepaalde moeilijkheden aanleiding geeft, het feit dat in de staat van stukken van verzoekers persoonsdossier het rapport van 15 januari 1968 niet werd doorgehaald, althans de aantekening dat het daaruit werd verwijderd, ontbrak (Euler t.a.p. Band 1, blz. 236 en Holtz in het Handbuch des Europäischen Dienstrechtes, blz. 201 achten zodanige aantekening gewenst), het feit dat het tot aanstelling bevoegde gezag op verzoekers administratieve klacht niet heeft geantwoord, alsmede ten slotte met het oog op de omstandigheid dat hij bij zijn verzoek om over het tweede rapport opmerkingen te mogen maken, wellicht in een niet toerekenbare dwaling aangaande de rechtsgeldigheid daarvan verkeerde. Zodanige beslissing ten aanzien van de kosten komt ons redelijk voor, doch ten aanzien van de bepaling van het eventueel door de Commissie te dragen deel der kosten refereren wij ons aan het oordeel van Uw Hof.

6. Wij hebben de eer als volgt te concluderen :

De door de Commissie voorgedragen exceptie is gegrond. Het beroep moet als niet-ontvankelijk worden afgewezen daar het ab initio zonder voorwerp was en voorts daar van het vereiste belang voor een vaststelling van de onregelmatigheid der eerste beoordeling niet is gebleken.

Ingvolge artikel 70 van het Reglement voor de procesvoering zal de Commissie haar eigen kosten dragen en ingevolge artikel 69, § 3 dat deel van verzoekers kosten, hetwelk het Hof naar goede justitie moge bepalen.