På grundlag af disse præmisser,

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN (anden afdeling)

1. **Sagsøgte frifindes.**
2. **Hver part bærer sine egne omkostninger.**

Pescatore Mackenzie Stuart Touffait

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 16. december 1976.

A. Van Houtte
Justitssekretær

P. Pescatore
Formand for anden afdeling

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F. CAPOTORTI FREMSAT DEN 1. DECEMBER 1976 [1]

Høje Ret.

1. Denne sags faktiske omstændigheder kan sammenfattes således:

Sagsøgerinden, frøken Maria Mascetti, der er italiensk statsborger, og som siden 1. marts 1961 havde gjort tjeneste ved Det fælles Atomforskningscenter i Ispra som chefsekretær, mødte ikke på arbejde fra den 18. november 1974. Ved skrivelse af den 9. januar 1975 meddelte anlæggets kontor for administration og personale frøken Mascetti, at det havde modtaget hendes ansøgning (sagens akter siger intet om datoen for denne ansøgning, ligesom vi heller ikke har noget eksemplar heraf) om, at hendes udebliven måtte blive fratrukket i hendes årlige ferie, indtil den var opbrugt, det vil sige indtil den 10. december 1974 middag.

Sagsøgerinden genoptog dog ikke sit arbejde denne dags eftermiddag, så lidt som hun fremsendte nogen lægeerklæring som begrundelse for, at hun fortsat var fraværende. I ovennævnte skrivelse, hvor administrationen konstaterede, at fraværet var ulovligt fra den 10. december om eftermiddagen, pålagde den derfor sagsøgerinden, at hun, da der ikke forelå modstående gyldige grunde, straks skulle genoptage sit arbejde, og meddelte hende, at den havde suspenderet udbe-

1 — Oversat fra italiensk.

talingen af hendes løn, således som det i tilfælde af uberettiget udeblivelse fra tjenesten bestemmes i vedtægtens artikel 60, der skal anvendes analogt i medfør af artikel 60 i »ansættelsesvilkårene for de øvrige ansatte«, som sagsøgerinden er omfattet af.

Den 30. januar s.å. tilsendte frøken Mascetti's advokat direktionen for Ispra-centret en skrivelse, dateret den 22. december 1974, hvori hun ansøgte om et års tjenestefrihed uden løn af personlige årsager i medfør af tjenestemandsvedtægtens artikel 40, der efter artikel 91 i ansættelsesvilkårene for de øvrige ansatte finder tilsvarende anvendelse for de ansatte ved Det fælles Atomforskningscenter. Frøken Mascetti anførte i ansøgningen, at hun var forhindret i at møde på arbejde, fordi der forelå force majeure, nemlig retsforfølgning mod hendes person på grundlag af påstået strafbart forhold af politisk karakter. I sin følgeskrivelse anførte frøken Mascetti's advokat nærmere, at der var afsagt fængslingskendelse over hende den 14. december 1974 under en straffesag, der var indledt af undersøgelsesafdelingen ved Tribunale di Roma.

Den 20. februar 1975 svarede direktionen ved anlægget i Ispra sagsøgerinden, at den ikke kunne imødekomme hendes ansøgning, »fordi den anførte begrundelse på ingen måde er tilstrækkelig til bevilling af tjenestefrihed af personlige årsager«. Desuden henledte den i svaret frøken Mascetti's opmærksomhed på, at hendes »fortsatte fravær fra den 10. december 1974, der ud fra ethvert synspunkt må karakteriseres som en ulovlig udeblivelse, som hverken er tilladt af vedtægten eller hendes overordnede, er en alvorlig krænkelse af hendes kontrakt som ansat ved anlægget.« På dette grundlag og med henblik på eventuelt at indlede disciplinær forfølgning opfordrede administrationen formelt frøken Mascetti til »at indfinde sig personligt hos anlæggets direktør den 7. marts s.å. for at blive hørt i henhold til vedtægtens artikel 87, der analogt finder anvendelse på de ansatte ved anlægget«. Brevet sluttede således: »Møder De ikke personligt inden denne dato, må jeg betragte Deres fravær som opgivelse af stillingen, og vil se mig nødsaget til at træffe de fornødne foranstaltninger.«

Ved skrivelse af 6. marts 1975 klagede frøken Mascetti herefter til Kommissionen i medfør af vedtægtens artikel 90 over det afslag, hun havde modtaget. Ved afgørelse af 11. august 1975, der blev meddelt klageren den 1. oktober s.å., blev klagen afvist: Kommissionen anførte, at den har et helt frit skøn ved afgørelser om tjenestefrihed, og den bemærkede desuden, at »den omstændighed, at Deres ansøgning blev indgivet, da De allerede havde gjort Dem skyldig i bortgang fra stillingen, i sig selv er forhold, som næppe kan gøre det lettere at imødekomme den begunstigelse, som De ansøger om. Herudover og når henses til karakteren af de grunde, De har anført til støtte for Deres ansøgning, kan beslutningen om ophold uden for Italien kun træffes på Deres eget ansvar, en beslutning, som De træffer helt for egen regning og risiko. Kommissionen mener ikke, at den bør hjælpe Dem hermed ved at bestemme, at de for arbejdets skyld ikke skal bo i Italien, idet en sådan beslutning i virkeligheden betyder, at Deres bestræbelse på at unddrage Dem den efterforskning, der foretages af Deres lands retshåndhævede myndigheder, begunstiges«.

Mod denne afgørelse har frøken Mascetti anlagt sag ved Domstolen, hvorunder hun først og fremmest anfægter begrundelsen for det første afslag af 20. februar 1975, der også indeholdes i den ved Domstolen anfægtede afgørelse. Ifølge sagsøgerinden opfylder den begrundelse, hun har anført til støtte for sin ansøgning om tjenestefrihed, fuldt ud betingelserne i artikel 40, da ansøgningen helt klart skyldes personlige årsager, og den situation, som ansøgeren befinder sig i, er et undtagelsestilfælde, eftersom hun er tvunget til at skjule sig for at undgå frihedsberøvelse, mens hun afventer sin dom. Den utilstrækkelige begrundelse for den

anfægtede afgørelse er derfor af en sådan art, at denne bliver mangelfuld og må annulleres.

2. Først vil det være hensigtsmæssigt kort at tage stilling til et af Kommissionens anbringender, nemlig at sagsøgerinden allerede var ulovligt udeblevet, da hun ansøgte om tjenestefrihed. Efter min opfattelse foreligger der her et irrelevant anbringende af den simple grund, at afslaget på ansøgningen om tjenestefrihed ikke var begrundet med, at frøken Mascetti havde gjort sig skyldig i ubeføjet udeblivelse fra tjenesten. Som allerede anført var afslaget motiveret med, at frøken Mascetti's grunde for ansøgningen om tjenestefrihed af personlige årsager ikke var tilstrækkelige. Dette punkt er således det afgørende aspekt i sagen. For at behandle det er det nødvendigt først at undersøge, om vedtægtens artikel 40 giver tjenestemændene en egentlig ret til tjenestefrihed alene på betingelse af, at der er indgivet ansøgning herom, og at der foreligger personlige årsager, uanset disses art.

I så henseende kan bemærkes, at i medlemsstaternes retsorden har tjenestemanden ingen *ret* til tjenestefrihed men en simpel interesse heri, som det tilkommer forvaltningen at skønne over, således at det må afgøres, om en sådan kan forenes med tjenesten (i denne retning se Consiglio di Stato italiano, V. Sezione, den 26. maj 1951, nr. 488, Rassegne del Consiglio di Stato, 1951, I, s. 587; i overensstemmelse hermed er også Belgiens Conseil d'État, dom af 14. januar 1966, Recueil de jurisprudence du droit administratif et du Conseil d'État, 1966, s. 90; Frankrigs Conseil d'État, dom af 11. marts 1949, Dame Vimont, Recueil, s. 122; se også § 13 i den tyske anordning »Über Sonderurlaub für Bundesbeamte«). Den samme løsning må gælde for fællesskabsretten. Det er tilstrækkeligt at se på ordlyden af den nævnte artikel 40 i vedtægten, hvorefter tjenestemanden »kan« få tjenestefrihed, og tjenestefriheden »kan« forlænges to gange, hver gang med et år: dette sker naturligvis altid ved en afgørelse fra ansættelsesmyndigheden. Desuden bevilges tjenestefriheden »i undtagelsestilfælde«; dette indebærer en vurdering af, om administrationen kan gøre undtagelse fra det normale princip om, at der skal være kontinuitet i tjenestemandens arbejde.

Ved denne vurdering skal administrationen sammenholde tjenestemandens interesse i at være fraværende med tjenestens interesse i, at der ikke sker afbræk i denne. For at begrunde bevilling af tjenestefrihed er det derfor nødvendigt, at det påberåbte personlige hensyn har en sådan almensocial styrke, at det i almindelighed bedømmes som beskyttelsesværdigt. Det kan der ikke være tale om i tilfælde, hvor en tjenestemand ansøger om tjenestefrihed for at unddrage sig varetægtsfængsling, selv om flugt i sig selv er ensbetydende med, at den sigtede krænker en ham påhvilende pligt. Det var derfor berettiget, at sagsøgte afslog at tilstå sagsøgerinden tjenestefrihed, hvis ansøgningen som sagt var motiveret med hendes ønske om at unddrage sig fuldbyrdelsen af en fængslingskendelse, dvs. et socialt dadelværdigt motiv.

3. Jeg mener imidlertid ikke, at det i nuværende sag er tilstrækkeligt ganske enkelt at frifinde sagsøgte efter at have konstateret, at Kommissionen korrekt har gjort brug af sit frie skøn i henhold til vedtægtens artikel 40.

Jeg mener faktisk, at Kommissionens opfattelse, at de af sagsøgerinden påberåbte grunde ikke kan berettige til tjenestefrihed, er ledsaget af den tanke, at den situation, som sagsøgerinden befinder sig i, heller ikke kan berettige nogen anden foranstaltning, hvorved arbejdsforholdet blot kan fortsætte (dvs. bevarelse af stillingen) i arbejdstagerens fravær og indtil afslutningen af straffesagen mod hende. Dette kan klart udledes af de gentagne udtalelser om indledelse af disciplinære foranstaltninger mod hende som følge af grov misligholdelse af hendes forpligtelser bestående i, at hun længe og uden grund har været fraværende (skrivelsen af 20. februar taler om »opgivelse af stilling«).

En påberåbelse af disciplinærforfølgning med dette som udgangspunkt rummer stor sandsynlighed for, at sagsøgerinden ville blive afskediget.

Eftersom Domstolen i tjenestemandssager har en særdeles udstrakt beføjelse til at skønne over den anfægtede afgørelse og derfor også over de faktiske omstændigheder, som den vedrører, finder jeg det hensigtsmæssigt også at beskæftige sig med dette aspekt af sagen. Det hensyn, som sagsøgerinden har til hensigt at beskytte ved at ansøge om tjenestefrihed, er naturligvis at holde muligheden for genindtræden i tjenesten åben, dersom den mod hende indledte straffesag skulle ende med en frikendelse. I tilfælde af domfældelse mener jeg derimod ikke, at selv sagsøgerinden kunne forestille sig at kunne bevare sin stilling ved Ispra-centret, i betragtning af det påsigtede strafbare forholds alvorlige karakter.

Det synes derfor berettiget at undersøge, hvorledes Kommissionen kunne tage dette hensyn i betragtning. Men først forekommer det hensigtsmæssigt at gennemgå de nationale lovgivninger for at se, hvilke rettigheder forvaltningen og den offentlige ansatte har, når der mod sidstnævnte er indledt straffesag.

4. Da det her drejer sig om en straffesag, som verserer i Italien mod en italiensk statsborger, skal jeg begynde med retsstillingen i denne stat. Efter artikel 91 i lovbekendtgørelse om retsstillingen for statens civile ansatte (D.P.R. (dekret fra republikkens præsident) af 10. januar 1975, nr. 3) »skal« den ansatte, over hvilken der er afsagt fængslingskendelse, »øjeblikkeligt suspenderes fra sin stilling på foranledning af hans tjenestes leder«. En sådan suspension, som ikke kan sidestilles med en disciplinær sanktion, men kun en sikkerhedsforanstaltning, varer, så længe straffesagen verserer, men også i en mellemliggende periode, hvor den ansatte eventuelt kan være sat på fri fod efter en varetægtsfængsling (se dom fra Consiglio di Stato, IV Afdeling, 23. juni 1967, nr. 429, Rassegna 1967, I, s. 1376). Sålænge udfaldet af straffesagen ikke kendes, kan forvaltningen ikke træffe andre foranstaltninger over for den ansatte. Italiens Consiglio di Stato har antaget, at forvaltningen handler ulovligt, når den i stedet for at suspendere den ansatte, mod hvilken der er afsagt fængslingskendelse, træffer disciplinære foranstaltninger og afskediger ham (Consiglio di Stato, plenum, udtalelse af 16. maj 1968, nr. 154, Rassegna 1970, I, s. 1492). På grundlag af lovbekendtgørelsens artikel 82 i forbindelse med artikel 92 indebærer suspensionen af tjenestemanden fra hans stilling også suspension af hans løn og andre ydelser bortset fra et beløb til egentlige leveomkostninger og eventuelle forsørgerbyrder. Det må understreges, at suspension klart holdes adskilt fra tjenestefrihed af personlige årsager: ovennævnte lovbekendtgørelses artikel 66 siger i så henseende, at »den ansatte kan få tjenestefrihed til aftjenelse af værnepligt, samt af helbreds- eller familiemæssige grunde«. Havde sagsøgerinden således været ansat i den offentlige sektor i Italien, ville hendes retsstilling have været klar. Uafhængigt af om hun var tilbageholdt eller på flugt, ville hun have været suspenderet fra tjenesten på sin arbejdsplads indtil domsafsigelse, uden at forvaltningen ville kunne træffe andre, navnlig disciplinære, foranstaltninger over for hende.

Det forekommer mig sandsynligt, at det samme ville være sket i andre medlemsstater, også i mangel af en præcis pligt til suspension, således som den findes for administrationen i henhold til italiensk lov.

I belgisk ret kan offentligt ansatte suspenderes fra tjenesten, når denne kræver det (artikel 103 i Arrêté royal af 2. oktober 1937, som ændret ved Arrêté royal af 12. november 1967; artikel 1 i Arrêté royal af 1. juni 1964). Og det kan med en vis styrke formodes, at tjenesten kræver, at en tjenestemand, over hvilken der er afsagt fængslingskendelse, suspenderes, når det er evident, at administrationens værdighed vanskeligt kan forenes med, at der i dens kontor fortsat arbejder en

person, som er stærkt mistænkt for at have begået et strafbart forhold af en vis grovhed.

I fransk ret fremgår det, af artikel 32 i bekendtgørelse nr. 52-244 af 4. februar 1959, der generelt fastsætter retsstillingen for offentligt ansatte, at den ansatte, som er genstand for en straffesag, øjeblikkeligt kan suspenderes fra tjenesten i henhold til afgørelse fra den myndighed, som har disciplinær kompetence. I praksis er suspensionen en foranstaltning uden disciplinær karakter, den er udelukkende konstaterende. Den ansattes tjenesteretlige stilling reguleres endeligt, når straffesagen er afsluttet. I tilfælde af, at den ansatte genoptager arbejdet, modtager han efterbetaling af de beløb, som i mellemtiden er blevet tilbageholdt i hans løn.

I nederlandsk ret bestemmer artikel 91 i Algemeen Rijksambtenarenreglement, at en tjenestemand kan suspenderes, når der imod ham er rejst påtale for et af straffeloven omfattet forhold, almindeligvis når den kompetente myndighed mener, at suspensionen er påkrævet af hensynet til tjenesten.

5. Vender vi os nu til fællesskabsretten, er den eneste regel, som der kan henvises til, artikel 88 i tjenestemandsvedtægten (som ifølge artikel 97 i vilkårene for de øvrige ansatte analogt kan anvendes på disse). Efter min mening dækker indholdet i denne artikel, som næsten ordret svarer til indholdet i artikel 32 i den ovennævnte franske bekendtgørelse nr. 59-244, bedre end indholdet af nogen anden regel i vedtægten sagsøgerindens situation. Stykke 1 lyder nemlig således: »Såfremt en tjenestemand af ansættelsesmyndigheden påstås at have begået en alvorlig forseelse, hvad enten det drejer sig om et brud på hans tjenestepligter, *eller om en overtrædelse af almindelige retsregler,* kan ansættelsesmyndigheden straks suspendere ham fra tjenesten«.

I modsætning til, hvad man kunne tro efter det ordvalg, som anvendes i det ovenfor citerede første stykke, i det mindste i den italienske version, som taler om »den skyldige (»colpevole«)«, fremgår det af samme artikel, at det faktisk ikke er nødvendigt, at skylden er fastslået, for at der træffes beslutning om suspension. Det er tilstrækkeligt, at den »påstås«. Sidste stykke bestemmer nemlig, at hvis der er rejst straffesag mod tjenestemanden på grundlag af de samme forhold, »fastlægges hans retsstilling dog først, når den endelige dom er blevet afsagt af den domstol, der behandler sagen«.

Jeg er af den opfattelse, at disse bestemmelser vil kunne finde anvendelse i nærværende sag også i mangel af sammenhæng mellem tjenestemandens forseelse og den strafferetlige påtale, som forudsættes i artikel 88. Jeg tænker med andre ord på en udvidet eller analog anvendelse af den pågældende suspension, og jeg finder ikke, at det i så henseende kan være nogen hindring, at artikel 88 står i det afsnit i vedtægten, som handler om disciplinærordningen, og at suspension forudsætter, at ansættelsesmyndigheder påstår, at der foreligger en alvorlig forseelse. Også på dette område er det nemlig tilladt at ty til en analogislutning, i det mindste i tilfælde, i hvilke reglens anvendelse, således som det netop her er tilfældet, i det væsentlige vil være til tjenestemandens fordel.

Kommissionen kan givetvis ikke anse det for at være uden betydning, at der er indledt straffesag mod en tjenestemand og endda afsagt fængslingskendelse over ham. Hvis Kommissionen har næret bekymring med hensyn til det dårlige indtryk, som offentligheden ville få, dersom en tjenestemand, som har til hensigt at unddrage sig fuldbyrdelsen af en fængslingskendelse, fik bevilget tjenestefrihed, burde den så meget desto mere tænke på det indtryk, det ville gøre, hvis den samme person, som påstås at have begået et alvorligt strafbart forhold, genindtræder i tjenesten, således som Kommissionen imidlertid havde pålagt sagsøgerinden at gøre.

For øvrigt kan Kommissionen ikke være uvidende om, at sagsøgerinden så længe

straffesagen varer, ikke er i stand til at udføre sit arbejde i Ispra, selv om hun måtte ønske det, fordi det ville være ensbetydende med øjeblikkelig anholdelse at møde på kontoret. Det forekommer derfor ulogisk, når det i afslaget af 20. februar 1975 siges, at sagsøgerindens fravær måtte betragtes som »opgivelse af stillingen«, hvis hun ikke indfandt sig på kontoret inden for en kort frist, som afgørelsen fastsatte til den 7. marts 1975.

6. Det forekommer mig, at Kommissionens standpunkt er behæftet med både indholdsmæssige og formelle selvmodsigelser. En selvmodsigelse fremstår helt klart, hvis følgende tankeeksperiment foretages: hvad ville der ske, hvis sagsøgerinden, ved fuldbyrdelse af den over hende afsagte fængslingskendelse, faktisk hensættes i varetægtsfængsel. Her ville det være helt utænkeligt, at sagsøgte under trusler mod sagsøgerinden om alvorlige sanktioner fortsatte med at pålægge hende øjeblikkeligt at genoptage arbejdet, eller at sagsøgte ville anse fraværet som »uberettiget«.

Vedtægtens artikel 88 angiver, forekommer det mig, en løsning af retsbevarende karakter, som både er fornuftig og rimelig, idet den forliger institutionens interesse med tjenestemandens; ved denne løsning gives der administrationen ret til at beskytte sit omdømme, og samtidig undgår tjenestemanden den risiko at miste sit arbejde på grund af den ene omstændighed, at der er indledt straffesag mod ham.

Dersom vedtægtens artikel 40 som påvist ikke kan finde anvendelse på den pågældende situation, og det under denne synsvinkel derfor er berettiget, at Kommissionen har afslået at bevilge den ansøgte tjenestefrihed, må det på den anden side anerkendes, at det strider mod både rimelighedsbetragtninger og god forvaltningsskik at true en tjenestemand med at anvende sanktionerne i henhold til vedtægtens artikel 87 på grund af, at han midlertidigt er fraværende fra kontoret. Dette gælder, når det er klart, at den situation, han befinder sig i, og som han har informeret administrationen om, gør det objektivt umuligt for ham at udføre sit arbejde, og når alvorligheden af det strafbare forhold, han påstås at have begået, desuden gør hans faktiske tilstedeværelse i tjenesten, selv om den eventuelt skulle være mulig, uforenelig med institutionens værdighed, så længe anklagen ikke er fundet ubegrundet ved dom.

Kommissionens repræsentant har henvist til tidligere sager med tjenestemænd, mod hvilke der har været indledt straffesag, og har i retsmødet erklæret, at »hvis straffesagen hurtigt afsluttes, er det ikke umagen værd at suspendere tjenestemanden. Det må være tilstrækkeligt at afvente sagens udfald og herefter træffe beslutning«. Men en straffesag kan være tidskrævende; i et sådant tilfælde forekommer det ønskeligt, at der træffes bestemmelse om suspension som angivet i artikel 88, indtil sagen afsluttes, og først derefter afgøres tjenestemandens skæbne.

7. Resultatet er, at sagsøgte af de anførte grunde bør frifindes for kravet om annullation af afslaget på tjenestefrihed i henhold til vedtægtens artikel 40. Dog foreslår jeg, at det i frifindelsesdommen klart udtales, at truslen om at pålægge sagsøgerinden disciplinære foranstaltninger som følge af hendes fravær ikke tager hensyn til realiteten i den situation, som sagsøgerinden befinder sig i, og kan føre til et ubilligt resultat. Frifindelsesdommen skal derfor kort sagt ikke forstås således, at Kommissionens hele optræden over for sagsøgerinden accepteres. Hendes interesse i ikke at blive afskediget, før der er faldet dom i hendes straffesag, synes faktisk at burde beskyttes. Kommissionen bør derfor pålægges at søge en anden løsning end det formalistiske alter-

nativ, tilbagevenden til tjenesten og disciplinære foranstaltninger. En analog anvendelse af vedtægtens artikel 88 ville kunne sørge for denne løsning.

Når endelig henses til de omstændigheder, som har givet anledning til søgsmålet, og administrationens hele holdning, forekommer det rimeligt, at i det mindste en del af sagsøgerindens omkostninger pålægges sagsøgte (i henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 3, 2. afsnit).