FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J.-P. WARNER FREMSAT DEN 18. SEPTEMBER 1980 [1]

Høje Domstol.

Denne sag er anlagt i henhold til tjenestemandsvedtægtens artikel 91 af et medlem af Domstolens eget personale. Det er således én af de sjældne, men penible sager, hvor Domstolen i sin egenskab af dømmende myndighed ser sig nødsaget til at bedømme sig selv som en institution, der er ansvarlig for sin egen administration. At være dommer i sin egen sag, og tilmed under omstændigheder, hvor man kender alle de involverede personer, er en rolle, som ingen af os normalt ville acceptere. I denne slags sager kan vi desværre ikke undgå det. Jeg vil gribe sagen an på det grundlag, at det er min pligt med en enkelt undtagelse at udelukke ethvert kendskab, jeg måtte have til de faktiske omstændigheder, fra min bevidsthed, bortset fra det kendskab, der stammer fra procesdokumenterne og disses bilag. Denne ene undtagelse er, at Domstolens medlemmer i deres egenskab af administrativ myndighed efter retsmødet tilfældigt blev gjort opmærksom på en omstændighed, som kan være betydningsfuld, og som ikke blev nævnt under retsforhandlingerne i sagen. Jeg mener ikke, at jeg kan se bort fra denne omstændighed, og jeg vil vende tilbage til den til sin tid.

Sagsøgeren er H. G. F. L. Dautzenberg, som er leder af Domstolens bibliotek. Han er nu 53 år. Han tiltrådte ved Domstolen i 1963 i lønklasse A 6, blev forfremmet til lønklasse A 5 i 1966 og til lønklasse A 4 i 1974.

Biblioteket er en af de to tjenestegrene, som udgør Domstolens biblioteks- og dokumentationstjeneste, hvis leder er en tjenestemand i lønklasse A 2. Denne tjenestes anden tjenestegren er dokumentationstjenesten, som ledes af en tjenestemand i lønklasse A 3, nemlig Maggioni.

Maggioni har haft, hvad der er blevet beskrevet som en »lynkarriere«. Hun tiltrådte ved Domstolen i 1969 i lønklasse A 6, blev forfremmet til lønklasse A 5 i 1974, til lønklasse A 4 i 1976 og til lønklasse A 3 i 1978. Hun er nu 41 år. Skønt Dautzenberg erkender Maggioni's fortjenester, var hendes forfremmelse til lønklasse A 3 en skuffelse for ham, fordi han selv havde stræbt efter den ledige A 3-stilling, som hun blev valgt til at besætte. Han anfægtede imidlertid på ingen måde hendes forfremmelse til denne stilling.

Flere på hinanden følgende ledere af biblioteks- og dokumentationstjenesten (Sperl og Daig) har siden 1976 arbejdet for Dautzenberg's forfremmelse til lønklasse A 3. De har herved fremhævet hans glimrende arbejde, hans alder og hans anciennitet, især i forhold til Maggioni's alder og anciennitet, den uligevægt, som ligger i, at der inden for den samme tjeneste findes én tjenestegren, som ledes af en tjenestemand i lønklasse A 3, og en anden, som ledes af

1 — Oversat fra engelsk.

en tjenestemand i lønklasse A 4, når den sidstnævntes ansvarsområder ikke er mindre end den førstnævntes, og også en modsigelse som følge af en afgørelse fra justitssekretæren af 9. marts 1964, som aldrig er blevet tilbagekaldt, og hvorved Dautzenberg blev udnævnt til stedfortrædende leder af tjenesten.

I sit budget for 1979 ansøgte Domstolen om »ændring« af tre A 4-stillinger til A 3-stillinger, nemlig Dautzenberg's, lederen af finanstjenestens, Fetler's, og lederen af personaletjenesten, Koens'. Budgetmyndighederne bevilgede kun én, men uden at specificere hvilken.

Den 21. marts 1979 vedtog Domstolen i sin egenskab af ansættelsesmyndighed for sine tjenestemænd i kategori A en formel afgørelse, hvorved den i henhold til tjenestemandsvedtægtens artikler 45 og 46 og på grundlag af forslag fra justitssekretæren udnævnte Fetler til leder af tjenesten fra 1. april 1979 og forfremmede ham fra lønklasse A 4 til lønklasse A 3. (En kopi af afgørelsen er bilagt svarskriftet). Som De husker, omhandler tjenestemandsvedtægtens artikel 45 og 46 forfremmelser. Det fremgår ikke af sagens akter, at der var tale om nogen forudgående afgørelse om tildeling at den nye A 3-stilling til finanstjenesten, eller at der blev offentliggjort nogen meddelelse om, at denne stilling var ledig.

Den 25. juni 1979 indbragte Dautzenberg klage i henhold til tjenestemandsvedtægtens artikel 90 over afgørelsen af 21. marts 1979. (En kopi af klagen findes i stævningens bilag 5). Dautzenberg støttede sin klage på to grunde. Den første var, at Sperl, da Maggioni blev forfremmet i 1978, havde fortalt ham, at justitssekretæren havde forsikret, at den næste ledige A 3-stilling ville blive tildelt ham. Domstolens undladelse af at handle i overensstemmelse med denne forsikring har ifølge Dautzenberg krænket hans berettigede forventning. Den anden grund var, at afgørelsen var ulovlig, fordi den efter Dautzenberg's overbevisning ikke kan være truffet under fuldt kendskab til de faktiske omstændigheder og argumenter, der taler hhv. til fordel for Fetler og ham selv.

Dautzenberg bestred ikke Fetler's fortjenester, men mente især, at Domstolen burde have taget i betragtning, at han havde været indstillet til forfremmelse siden 1976, mens Fetler først var blevet indstillet til forfremmelse i 1978. Af disse grunde krævede Dautzenberg, at afgørelsen blev annulleret, og at han blev forfremmet til lønklasse A 3.

Den 5. oktober 1979 traf Domstolen som ansættelsesmyndighed en afgørelse, hvorved Dautzenberg's klage blev afvist (stævningens bilag 7). De i denne afgørelses præambel givne grunde til afvisningen af hans første klagegrund var, at artikel 45 bestemmer, at forfremmelse sker efter ansættelsesmyndighedens afgørelse, at selv hvis hans umiddelbart overordnede eller justitssekretæren havde givet ham forsikringer vedrørende hans udsigter til forfremmelse, kunne sådanne forsikringer ikke være bindende for ansættelsesmyndigheden, og at Dautzenberg måtte have vidst dette. Grundene til afvisningen af hans anden klagegrund var følgende:

»Når ansættelsesmyndigheden foretager en forfremmelse, træffer den sit valg

under hensyntagen til den sammenlignende undersøgelse af hver ansøgers fortjenester og til deres bedømmelser.

I det foreliggende tilfælde har ansættelsesmyndigheden truffet et valg i overensstemmelse med disse principper under hensyntagen til de pågældendes samlede karriere, de forskellige tjenestegrenes krav og alle de aspekter, som det forestående valg indebærer«.

Den 8. januar 1980 anlagde Dautzenberg denne sag. (Fra nu af vil jeg omtale Domstolen i dens egenskab af ansættelsesmyndighed og sagsøgt i denne sag som »sagsøgte« for at skelne den fra Domstolen som dømmende myndighed).

I sin stævning og igen i sit svarskrift har Dautzenberg fremført de samme krav som i sin klage, nemlig at afgørelsen af 21. marts 1979 annulleres, og at han forfremmes til lønklasse A 3.

Ved retsforhandlingernes begyndelse fremsatte han imidlertid, hvad der ved første øjekast var en temmelig tvetydigt affattet begæring om fremlæggelse af dokumenter. Han har imidlertid forklaret, at det er en begæring om fremlæggelse af de dokumenter, som blev forelagt sagsøgte i 1978 og i 1979, og på grundlag af hvilke sagsøgte besluttede ved den første lejlighed at forfremme Maggioni og ved den anden Fetler. Domstolen tog ikke begæringen til følge, og mange af Dautzenberg's argumenter under de mundtlige forhandlinger drejede sig om denne omstændighed. Efter min mening forkastede De begæringen med rette. Dokumenterne vedrørende Maggioni's forfremmelse kunne ikke være relevante, da søgsmålet ikke drejer sig om hendes forfremmelse. Hvad angår dokumenterne vedrørende Fetler's forfremmelse, blev kravet om deres fremlæggelse fremsat på den baggrund, at spørgsmålet i sagen var, om sagsøgte havde anvendt tjenestemandsvedtægtens artikel 45 korrekt, dvs. havde taget behørigt hensyn til Fetler's og Dautzenberg's sammenlignelige fortjenester. Af grunde, som vil fremgå om lidt, tror jeg ikke, at det er det, der er spørgsmålet.

I stævningen, svarskriftet og replikken har parterne fremført argumenter vedrørende de to spørgsmål, der blev rejst ved Dautzenberg's klage og ved ræsonnementet i sagsøgtes afgørelse, hvorved den blev forkastet, nemlig for det første om Dautzenberg's berettigede forventninger var blevet krænket, og for det andet om artikel 45 var blevet anvendt korrekt.

Vedrørende det første spørgsmål tilføjede disse argumenter ikke meget nyt. Dautzenberg anførte, at sagsøgtes fortolkning af begrebet »berettiget forventning« var for snævert, og især at den oversåi hvor høj grad justitssekretæren i sagsøgtes tjenestemænds bevidsthed inkarnerer sagsøgtes myndighed. Efter min mening kan der imidlertid ikke være tvivl om, at en forsikring afgivet af justitssekretæren, måske bortset fra omstændigheder, som kan give anledning til præklusion (hvilket omstændighederne i denne sag, som den er procederet, ikke gør) ikke kan binde sagsøgte i dennes udøvelse af sine beføjelser som ansættelsesmyndighed.

Vedrørende det andet spørgsmål har sagsøgte fremsat en ny indsigelse i sit svarskrift. Denne går ud på, at da sagsøgte erfarede, at budgetmyndighederne kun havde bevilget én af de tre »ændringer« af A 4-stillinger til A 3-stillinger, som sagsøgte havde ansøgt om, og at disse myndigheder ikke havde specificeret, hvilken tjenestegren stillingen skulle høre til, blev sagsøgte stillet

over for et valg, ikke så meget mellem tre tjenestemænd som mellem tre tjenestegrene. Sagsøgte måtte afgøre, hvilken af disse tjenestegrene, der havde det mest presserende behov for som leder at have en tjenestemand i lønklasse A 3, når henses til hans ansvarsområde. Denne indsigelse blev placeret i forgrunden af sagsøgtes argumentation under domsforhandlingen.

Indsigelsen er efter min mening retligt velbegrundet. Tjenestemandsvedtægten omtaler ikke »ændring« af stillinger. Det, der ubestemt kaldes »ændring« af en stilling, består strengt taget, tror jeg, i, at en stilling slettes af den i tjenestemandsvedtægtens artikel 6 nævnte liste, og at en ny stilling i en højere lønklasse indføjes i listen. Denne nye stilling skal så udfyldes i overensstemmelse med proceduren i artiklerne 4 og 29 — se sag 21/68, *Huybrechts* mod *Kommissionen,* Sml. 1969, s. 25, org. ref.: Recueil s. 85. Før denne procedure kan indledes, må det imidlertid afgøres, hvilke pligter, der er forbundet med den nye stilling. Når de pligter, som er forbundet med hver enkelt af flere bestående stillinger, i sig selv ville berettige, at de blev overført til den nye stilling, må valget mellem dem foretages under hensyn til den grad af ansvar, som er forbundet med hver enkelt stilling, og ikke under hensyn til deres nuværende indehaveres respektive fortjenester — se sag 25/77, *De Roubaix* mod *Kommissionen,* Sml. 1978, s. 1081 (især dommens præmisser 19 og 20 og mit forslag til afgørelse på siderne 1094-1095), hvis udfald blev bebudet af en udtalelse af Domstolen i sag 90/74, *Deboeck* mod *Kommissionen,* Sml. 1975, s. 1123 (dommens præmisser 9 og 10, og se mit forslag til afgørelse s. 1146). Artikel 45 kan således kun finde anvendelse, efter at det er blevet fastlagt, hvilke pligter, der hører til den nye stilling, hvis ansættelsesmyndigheden i henhold til artikel 29, stk. 1, litra a), beslutter at besætte den nye stilling ved forfremmelse, og hvis der er flere ansøgere til den.

Sagsøgte har anført, at disse principper er blevet fastholdt her, selv om proceduren måske er blevet noget forkortet. Dette bekræftes imidlertid ikke af sagens akter. Afgørelsen af 21. marts 1979 udnævner blot Fetler til leder af tjenesten og forfremmer ham til lønklasse A 3, uden at finanstjenesten nævnes. Mens præamblen til afgørelsen af 5. oktober 1979 nævner »de forskellige tjenestegrenes krav«, gør den det først efter at have henvist til »den sammenlignende undersøgelse af hver ansøgers fortjenester« og til »de pågældendes samlede karriere«, og før den videre henviser til »samtlige de aspekter, som det forestående valg indebærer«, og antyder herved kraftigt, at afgørelsens ophavsmænd ikke havde sondringen mellem betydningen af de forskellige tjenestegrenes krav og betydningen af hver ansøgers fortjenester i tankerne. Mest sigende er det, at argumenterne i den væsentlige del af svarskriftet fuldstændig overser denne sondring. Man kan ikke undgå at drage den slutning, at det først var, da de skulle affatte svarskriftet, at sagsøgtes rådgivere opdagede, hvad der egentlig var gældende ret.

Da det forholder sig således, må der efter min mening gives sagsøgeren medhold, fordi man umuligt kan være

sikker på, at resultatet ville være blevet det samme, hvis sagsøgte havde behandlet de rigtige spørgsmål i den rigtige rækkefølge.

Hvilken afhjælpning bør De så tilkende Dautzenberg? Det er klart, at De ikke, når De handler i Deres egenskab af dømmende myndighed, kan forfremme ham til lønklasse A 3, som han kræver. Jeg er heller ikke overbevist om, at det er nødvendigt under disse omstændigheder at pålægge Fetler den prøvelse at annullere hans forfremmelse. Det er her, at den oplysning, som jeg i begyndelsen nævnede tilfældigt er kommet til vor kundskab efter domsforhandlingen, kan være af betydning. Den oplysning går ud på, at der er en ledig A 3-stilling til rådighed for sagsøgte, som for øjeblikket er tildelt informationstjenesten, men som der ikke er behov for i denne tjeneste i øjeblikket. Det tilkommer naturligvis ikke mig her i eftermiddag at sige, om denne stilling kan, end mindre om den bør overføres til biblioteket. Hvad der efter min mening er klart, er at sagen bør sendes tilbage til sagsøgte som ansættelsesmyndighed til fornyet behandling. Dette resultat kan opnås ved at annullere sagsøgtes afgørelse af 5. oktober 1979, hvilket vil kræve, at sagsøgte på ny overvejer Dautzenberg's klage. I denne forbindelse er det af betydning at erindre, at denne afgørelse ikke blot er en bekræftelse af en tidligere afgørelse og således uanfægtelig. Det er sagsøgtes eneste afgørelse rettet til Dautzenberg, og desuden er det den eneste begrundede afgørelse i hele sagen. Der kan efter min mening påvises en forskel mellem sagerne 33 og 75/79, *Kuhner* mod *Kommissionen* (28. maj 1980 — endnu utrykt) og den foreliggende sag.

Som konklusion foreslår jeg, at Domstolen træffer følgende afgørelse:

1) Det statueres, at sagsøgtes afgørelse af 5. oktober 1979 om afvisning af Dautzenberg's klage er ugyldig, og sagen sendes tilbage til sagsøgte til fornyet overvejelse.

2) Sagsøgte dømmes til at afholde sagens omkostninger.