FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F.G. JACOBS

fremsat den 25. november 1999 *

1. Denne sag angår en appel, som Kommissionen har iværksat mod en dom afsagt af Retten i Første Instans, hvorved denne annullerede visse beslutninger, som var truffet under en procedure til besættelse af en ledig stilling, med den begrundelse, at de var blevet truffet med et andet formål end behørigt at opfylde en tidligere dom fra Retten, der annullerede tilsvarende beslutninger, som var truffet under en tidligere procedure til besættelse af den samme ledige stilling.

Den appellerede dom

2. Den faktiske og retlige baggrund, som den fremgår af den appellerede dom [1], kan sammenfattes som følger:

3. I 1994 søgte Kommissionen at besætte den ledige stilling som chef for den administrative 1 (enhed med ansvar for forhandlinger om og forvaltning af tekstilaftalerne; fodtøj; diverse) i Direktorat D (Generelle Økonomiske Spørgsmål) i Generaldirektorat I (Eksterne Forbindelser). Den 15. december 1994 offentliggjorde Kommissionen et stillingsopslag med følgende minimumskrav:

»— tilhøre den samme kategori/tjenestegruppe/stillingsgruppe som i KOM [2] angivne (forflyttelse)

— tilhøre stillingsgruppen under den i KOM angivne (forfremmelse i henhold til vedtægtens artikel 45)

— være i besiddelse af kundskaber og erfaring/evner, der er relevante for udførelsen af de pågældende opgaver

— for så vidt angår stillinger, der kræver særlige kvalifikationer: være i besid-

* Originalsprog: engelsk.

1 — Dom af 25.2.1999, forenede sager T-282/97 og T-57/98, Giannini mod Kommissionen, Sml. Pers. I-A, s. 33, og II, s. 151.

2 — Åbenbart den stilling, der blev opslået i meddelelsen om ledige stillinger.

delse af indgående kundskaber og erfaring, der er relevante for det pågældende arbejdsområde«.

4. Giannini ansøgte om stillingen, men blev forbigået. Han anfægtede afgørelserne om at afslå hans ansøgning og ansætte en anden ansøger, X, under en procedure, som mundede ud i en dom af 19. marts 1997 fra Retten i Første Instans (den første dom) [3], der annullerede disse afgørelser.

5. Retten fandt, at ansættelsesmyndigheden var bundet af de retlige rammer, den selv havde opstillet ved de i stillingsopslaget fastsatte betingelser og derfor måtte se bort fra enhver ansøger, der ikke opfyldte disse betingelser. Retten fastslog, at X på tidspunktet for sin ansøgning ikke havde nogen erfaring inden for tekstil- eller fodtøjsbranchen eller endog inden for den fælles handelspolitik, mens Giannini havde betragtelig relevant erfaring; afgørelserne om ikke at ansætte Giannini og om at udnævne X, skønt denne ikke opfyldte minimumskravene til stillingen, betød, at Kommissionen havde anvendt sine beføjelser åbenbart fejlagtigt og ikke havde taget hensyn til tjenestens interesse.

6. Kommissionen appellerede ikke denne dom, men trak den 10. april 1997 stillingsopslaget tilbage og opslog på ny den ledige stilling med de samme mindstekrav, men med den yderligere bemærkning, at en dokumenteret erfaring i internationale forhandlinger samt en dokumenteret erfaring i ledelse af en enhed ville være en fordel. X blev den 30. maj 1997 udnævnt på ny. Giannini anfægtede annullationen af det første stillingsopslag og offentliggørelsen af det nye samt udnævnelsen af X under den procedure, der resulterede i den nu appellerede dom.

7. I denne dom gav Retten i Første Instans Giannini medhold i påstanden om annullation under henvisning til, at de omtvistede foranstaltninger var blevet truffet med et andet formål end behørigt at opfylde den første dom, samt at de endog havde skadet opfyldelsen heraf. Retten fastslog således, at Kommissionen havde tilsidesat EF-traktatens artikel 176 (nu artikel 233 EF), hvorefter en institution, fra hvilken en annulleret retsakt hidrører, har pligt til »at gennemføre de til dommens opfyldelse nødvendige foranstaltninger« og havde gjort sig skyldig i magtfordrejning.

Den appellerede dom

8. Kommissionen har til støtte for appellen fremført ét anbringende, nemlig at Retten i Første Instans har foretaget en fejlagtig

3 — Dom af 19.3.1997, Giannini mod Kommissionen, sag T-21/96, Sml. Pers. I-A, s. 69, og II, s. 211.

retsanvendelse ved at fastslå, at annullationen af det oprindelige stillingsopslag og indledningen af en ny procedure som følge af den første dom var i strid med de forpligtelser, de påhviler den i medfør af EF-traktatens artikel 176, og at den herved havde gjort sig skyldig i magtfordrejning.

9. Det er derimod Kommissionens opfattelse, at den var beføjet til at træffe sådanne foranstaltninger som følge af den delvise annullation af den oprindelige ansættelsesprocedure, idet den herved foretog en korrekt udøvelse af sin skønsbeføjelse, således som denne fremgår af Rettens praksis. Det påhviler ansættelsesmyndigheden i stillingsopslaget nærmere at angive de betingelser, som henset til tjenestens behov forekommer nødvendige for stillingen, og såfremt de oprindelige betingelser senere konstateres at være uhensigtsmæssige, kan den annullere en ikke gennemført udnævnelsesprocedure og indlede en ny, hvorunder der stilles andre betingelser, også selv om den første procedure delvis er blevet annulleret i henhold til en dom afsagt af Retten. Den omstændighed, at de præferencer, der blev tilføjet som betingelser i det nye stillingsopslag, svarede til de kvalifikationer, som blev anerkendt for X's vedkommende i den første dom, udgør ikke et afgørende bevis for, at der var udøvet magtfordrejning med det formål at omgå virkningerne af denne dom. Hertil ville det kræves, at det blev fastslået, at de nævnte betingelser ikke havde nogen relevans for den pågældende stilling. Det kan endelig ikke antages, at dommen kunne indeholde nogen form for påbud om, hvorledes Kommissionen skulle handle, efter at de for Retten omtvistede afgørelser blev annulleret ved den nævnte dom. Ethvert påbud af denne art ville have tilsidesat den kompetencefordeling, som fremgår af traktatens artikel 176.

Generelt

10. Inden jeg gennemgår Kommissionens argumentation i denne sag og de præmisser, der ligger til grund for den appellerede dom afsagt af Retten i Første Instans, finder jeg det hensigtsmæssigt at gøre nogle generelle betragtninger.

11. For det første bemærkes, for så vidt angår den forpligtelse, der påhviler institutionerne til at opfylde domme, hvorved deres retsafgørelser annulleres, at selv om det er klart, at Fællesskabets retsinstanser ikke har kompetence til under udøvelsen af deres judicielle kontrolbeføjelse at meddele påbud til institutionerne, uanset om sådanne påbud vedrører den nærmere opfyldelse af afsagte domme[4], har Domstolen imidlertid fast fulgt den praksis, at:

»institutionen for at efterkomme dommen og opfylde den fuldt ud, ikke blot [skal] tage hensyn til dommens konklusion, men også til de præmisser, som har ført til domskonklusionen, og som danner det fornødne grundlag for denne i den forstand, at de er nødvendige, når det skal afgøres, hvad konklusionen helt præcist går ud på. Det er nemlig disse præmisser, som dels fastslår, nøjagtig hvilken bestemmelse der anses for ulovlig, dels angiver de nøjagtige grunde til den i konklusionen fastslåede ulovlighed, og som den pågældende institution skal tage hensyn til, når den

4 — Jf. bl.a. kendelse af 26.10.1995, forenede sager C-199/94 P og C-200/94 P, Pevasa og Inpesca mod Kommissionen, Sml. I, s. 3709, præmis 24.

udsteder en anden retsakt i stedet for den, der er blevet annulleret. Den procedure, som skal til for at erstatte en sådan retsakt, kan således genoptages netop på det punkt, hvor ulovligheden indtrådte [...]« [5].

12. Den første dom kunne således ikke anordne specielle foranstaltninger til afhjælpning af den retsstridighed, som den oprindelige udnævnelsesprocedure var behæftet med. Kommissionen var derimod forpligtet til fuldt ud at tage hensyn til dommens præmisser ved sin afgørelse af, hvilke skridt der var nødvendige til at opfylde dommen, hvilket kunne have bestået i at genoptage proceduren på det punkt, hvor de oprindelige ansøgninger blev gennemgået.

13. For det andet skal jeg fremføre to konkurrerende forhold vedrørende den procedure, der skal følges ved besættelse af ledige stillinger.

14. Tjenestemandsvedtægten [6] indeholder en række bestemmelser, der har det yderst ønskværdige formål at beskytte mod nepotisme, favorisering og udnyttelse af forbindelser og subjektive præferencer af enhver art ved ansættelse, udnævnelse, forflyttelse og forfremmelse af EF-tjenestemænd, og som skal sikre, at alle afgørelser i forbindelse hermed træffes ud fra objektive og upartiske hensyn, der alene er begrundet i hensynet til tjenestens interesse og de pågældendes fortjenester.

15. Det bestemmes således i vedtægtens artikel 7, stk. 1: »Ansættelsesmyndigheden skal ved udnævnelse eller forflyttelse, idet der udelukkende tages hensyn til tjenstlige synspunkter og uden hensyntagen til statsborgerskab, ansætte den enkelte tjenestemand i en stilling i hans kategori eller tjenestegruppe, som svarer til hans lønklasse.« Ifølge artikel 27 skal det ved ansættelse tilstræbes, at institutionen sikres medarbejdere, der opfylder de højeste krav til kvalifikationer, indsats og integritet; de skal udvælges på et så bredt geografisk grundlag som muligt blandt statsborgere i Fællesskabernes medlemsstater, uden hensyn til race, tro, køn eller nationalitet. Artikel 29, stk. 1, indeholder en række hensyn, der obligatorisk skal tages i betragtning ved besættelse af ledige stillinger [7], og det bestemmes i artikel 45, at forfremmelse udelukkes foretages blandt de tjenestemænd, »der kan komme i betragtning ved forfremmelsen, efter sammenligning af deres fortjenester og de afgivne udtalelser om dem«. Domstolen har i sin

5 — Jf. dom af 12.11.1998, sag C-415/96, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 6993, præmis 31, og den deri anførte retspraksis.

6 — Rådets forordning (EØF, Euratom, EKSF) nr. 259/68 af 29.2.1968 om vedtægten for tjenestemænd i De europæiske Fællesskaber og om ansættelsesvilkårene for de øvrige ansatte i disse Fællesskaber samt om særlige midlertidige foranstaltninger for tjenestemænd i Kommissionen (EFT 1968 (I), s. 30, senere ændret gentagne gange).

7 — Ansættelsesmyndigheden skal først se på (a) mulighederne for forfremmelse og forflyttelse inden for institutionen, dernæst (b) mulighederne for gennemførelse af udvælgelsesprøver inden for institutionerne og endelig (c) ansøgninger om overflyttelse indgivet af tjenestemænd i andre fællesskabsinstitutioner, inden den gennemfører en generel udvælgelsesprøve.

faste praksis konsekvent fortolket og anvendt disse bestemmelser således, at de understreger ansættelsesmyndighedens pligt til at udvise upartiskhed. Det er således navnlig klart, at disse procedurer ikke må fordrejes for at sikre, at der vælges en ansøger, der i realiteten er blevet udvalgt på forhånd [8].

16. Der er imidlertid også en væsentlig offentlig interesse i at give institutionerne en tilstrækkelig fleksibilitet til at kunne ansætte den rigtige person. I overensstemmelse hermed har Domstolen konsekvent anerkendt, at institutionerne råder over et vidt skøn ved organisationen af deres tjenestegrene, alt efter de opgaver, som er overdraget dem, samt ved placeringen af det personale, som de har til rådighed [9].

17. Både under sagen for Retten i Første Instans og under appelsagen har Kommissionen kraftigt understreget den beføjelse til at udøve et frit skøn, der tilkommer den. Dette skøn er imidlertid ikke absolut: Det forudsætter navnlig en omhyggelig og upartisk undersøgelse af den enkelte sag og en omhyggelig iagttagelse af de i stillingsopslaget opstillede betingelser [10]. Selv om den judicielle kontrol med beslutninger, der træffes under en ansættelsesprocedure, som Kommissionen har anført, normalt er begrænset til en efterprøvelse af, at disse ikke har overskredet grænserne for, hvad der er rimeligt eller hensigtsmæssigt, er ansættelsesmyndighedens skøn i denne sag bundet af yderligere en begrænsning, nemlig pligten til at tage hensyn til begrundelsen i den første dom for at annullere afgørelserne om at udnævne X og ikke Giannini.

18. For det tredje angår sagen en situation, hvor en oprindelig ansættelsesprocedure er blevet ophævet som retsstridig, og den efterfølgende procedure er mundet ud i, at samme ansøger som tidligere er blevet udpeget. Det er således nærliggende, især for forbigåede ansøgere, at formode, at der er tale om uregelmæssigheder, når henses til resultatet, samt at eventuelle uregelmæssigheder må lægges den pågældende institution til last, og de ulovlige foranstaltninger ophæves [11]. Det ville imidlertid være uantageligt, såfremt annullation af en tjenestemandsansættelse som følge af, at én procedure var retsstridig, udelukkede at han på ny blev udnævnt til samme stilling, også efter at der efterfølgende var blevet gennemført en helt igennem lovlig procedure. Sådanne tilfælde kræver derfor en særlig indgående kontrol af de faktiske omstændigheder for at udelukke uretfærdigheder.

19. Endelig er det et typisk — om end beklageligt — træk ved proceduren i sådanne sager, at en dom, hvorved udnævnelsen annulleres på grund af retsstridighed, afsiges lang tid efter, at udnævnelsen

8 — Jf. bl.a. vedrørende ansøgere, der på forhånd var udvalgt på grundlag af deres nationalitet, dom af 3.3.1993, sag T-58/91, Booss og Fischer mod Kommissionen, Sml. II, s. 147.

9 — Jf. bl.a. dom af 12.11.1996, sag C-294/95 P, Ojha mod Kommissionen, Sml. I, s. 5863, præmis 40.

10 — Jf. bl.a. dom af 18.3.1993, sag C-35/92 P, Parlamentet med Frederiksen, Sml. I, s. 991, præmis 15.

11 — Sådanne situationer er tidligere forekommet — jf. bl.a. dom af 28.2.1989, forenede sager 341/85, 251/86, 258/86, 259/86, 262/86, 266/86, 222/87 og 232/87, Van Stijl m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 511.

fandt sted. Foranstaltninger til dommens opfyldelse — bortset fra annullationen, som er en automatisk følge — træffes i en faktisk og administrativ kontekst, der formentlig er meget forskellig fra den, hvori den oprindelige udnævnelse fandt sted. Det er et væsentligt spørgsmål i denne sag, om »uret kan stilles tilbage«, således at retsstridigheden kan blive afhjulpet i den oprindelige sammenhæng, eller om man skal starte forfra, således at der kun tages hensyn til den nye sammenhæng — med andre ord om institutionen efter annullationen skal genskabe den situation, der ville have foreligget, såfremt der ikke var forekommet retsstridigheder, eller om det er tilstrækkeligt at acceptere annullationen og fremtidig at handle på korrekt retligt grundlag?

Den foreliggende sag

20. Kommissionen har navnlig anført, at Retten i Første Instans ikke på grundlag af de faktiske omstændigheder i den sag, der førte til den appellerede dom, kunne konkludere, at den ikke fuldt ud havde opfyldt den første dom eller havde gjort sig skyldig i magtfordrejning.

21. Uanset at Kommissionen alene støtter sig på én appelgrund, opstår der to særskilte spørgsmål: for det første, om Retten i Første Instans med føje fastslog, at der forelå magtfordrejning, og for det andet, om den med føje fastslog, at Kommissionen havde tilsidesat traktatens artikel 176. Dette er sagens kerne, selv om Retten i Første Instans ikke konsekvent behandler de to spørgsmål separat i sin dom.

22. Ved sin behandling af disse spørgsmål har Retten i Første Instans først gennemgået spørgsmålet om magtfordrejning (dommens præmis 28-32). Den fastslår, at der kun kan foreligge magtfordrejning, såfremt det er godtgjort, at de omtvistede foranstaltninger blev truffet for at tilgodese et uvedkommende formål. Herefter udtalte Retten, at spørgsmålet var, om Kommissionens afgørelser viste, at den havde til hensigt at favorisere én ansøger til skade for de øvrige. Rettens besvarelse af dette spørgsmål byggede på følgende konstateringer: Den første dom kritiserede ikke det oprindelige stillingsopslag, men konstaterede, at X ikke opfyldte dets betingelser, hvilket Giannini derimod gjorde; efter at have annulleret afgørelserne om ikke at udpege Giannini og udnævnelsen af X, tilbagekaldte Kommissionen det oprindelige stillingsopslag, hvorved den undgik at skulle gennemgå de oprindelige ansøgninger på ny på grundlag heraf. Adspurgt under retsforhandlingerne om dens begrundelse for at erstatte det oprindelige stillingsopslag henviste Kommissionen navnlig til sin vide skønsbeføjelse.

23. Den eneste væsentlige forskel mellem det nye og det oprindelige stillingsopslag var en tilføjelse i det nye opslag om, at en dokumenteret erfaring i internationale for-

handlinger samt en dokumenteret erfaring i ledelse af en enhed ville anses for en fordel: Disse to præference svarede nøjagtig til de kvalifikationer, som X ifølge den første dom havde.

24. Disse to omstændigheder — undladelsen af at genoptage den oprindelige gennemgang af ansøgerne og tilføjelsen af X's to særlige kvalifikationer — blev af Retten i Første Instans anset for tilstrækkeligt bevis for Kommissionens hensigt samt for magtfordrejning, hvilket yderligere støttedes af den omstændighed, at Kommissionen foranstaltninger på ny førte til en udnævnelse af X (jf. herved dommens præmis 29-32).

25. Efter min opfattelse har Kommissionen ikke mulighed for at anfægte Retten i Første Instans' konstateringer under denne sag. Appel til Domstolen er begrænset til retsspørgsmål, og Kommissionen har ikke forsøgt at rejse retsspørgsmål for så vidt angår denne del af dommen.

26. Det er korrekt, at Retten i Første Instans tilsyneladende har lagt for stor vægt på den omstændighed, at Kommissionen indledte en ny procedure i stedet for at genoptage den oprindelige procedure, og at dens konklusioner på dette punkt eventuelt kunne være påvirket af en misforståelse med hensyn til, hvad der kræves til opfyldelse af den første dom — hvilket jeg skal komme nærmere ind på senere. Retten i Første Instans antog imidlertid ikke, at Kommissionen var forpligtet til at genoptage den oprindelige procedure: Som det klart fremgår af dommen, var det af betydning for Retten, at Kommissionen ikke var i stand til at begrunde, hvorfor den indledte en ny procedure. Endvidere lagde Retten i Første Instans efter min opfattelse med føje vægt på de nye præferencer, der var tilføjet stillingsopslaget, der fremstod, som var de afpasset efter X's kvalifikationer.

27. Når henses til Retten i Første Instans' konstateringer vedrørende magtfordrejning, findes Kommissionens appel følgelig at måtte afvises.

28. I anden del af sin gennemgang (dommens præmis 33 og 34) behandlede Retten i Første Instans spørgsmålet om den påståede tilsidesættelse af traktatens artikel 176. Den fandt, at Kommissionen tillige havde undladt at tage hensyn til dommens hovedbegrundelse: Ifølge retspraksis skulle Kommissionen have taget denne begrundelse i betragtning ved dens valg af foranstaltninger. I dette tilfælde havde de anfægtede afgørelser, der langt fra var egnet til at opfylde dommen, skadet dette formål.

29. Denne del af dommen er efter min opfattelse mindre tilfredsstillende, og Kommissionen argumentation har på dette punkt nogen vægt. Spørgsmålet er endvi-

dere af stor betydning for Fællesskabets personaleadministration. Jeg skal derfor søge at foretage en sondring mellem de forskellige omstændigheder, som Retten i Første Instans henviste til, og behandle dem successivt.

— Indledningen af en ny procedure

30. Det første spørgsmål er, om det på grundlag af den første dom må antages, at Kommissionen var berettiget til at afslutte den oprindelige procedure uden at foretage en udnævnelse og til samtidig at indlede en ny procedure med henblik på besættelse af samme stilling.

31. Det er fast praksis, at en ansættelsesmyndighed kan afslutte en udnævnelsesprocedure, inden denne er fuldt ud afsluttet [12]. Retten i Første Instans har anerkendt denne adgang i to sager, hvor — som her — den oprindelige procedure delvis var blevet annulleret ved en retsafgørelse. Både i Hochbaum-sagen [13] og i Moat-sagen [14] havde den retsstridighed, der dannede grundlag for annullationen, navnlig bestået i, at relevante bedømmelsesrapporter ikke havde foreligget, da det relevante rådgivende udvalg blev hørt [15].

32. I den appellerede dom henviste Retten i Første Instans til Hochbaum-sagen — men ikke til Moat-sagen — som den imidlertid afviste at tage i betragtning med den begrundelse, at denne sag vedrørte en processuel mangel. Retten fastslog her, at Kommissionen klart var berettiget til at udnævne samme ansøger på ny, når den processuelle mangel var afhjulpet [16]. Heraf fremgår forudsætningsvis, at det må antages, at en materiel fejl, såsom at den udpegede ansøger ikke opfyldte betingelserne, enten ikke kan afhjælpes, eller udgør en absolut hindring for en senere udnævnelse.

33. Som jeg allerede har anført kan en så generel formodning ikke lægges til grund. På den anden side er den fuldt ud gyldig under en konkret udnævnelsesprocedure. Så længe proceduren var baseret på det oprindelige stillingsopslag, var det ikke i

12 — Jf. dom af 24.6.1969, sag 26/68, Fux mod Kommissionen, Sml. 1969, s. 31, org. ref.: Rec. s. 145, præmis 11, og af 8.6.1988, sag 135/87, Vlachou mod Revisionsretten, Sml. s. 2901, præmis 24.

13 — Dom af 14.2.1990, sag T-38/89, Sml. II, s. 43, præmis 15 og 16.

14 — Dom af 21.6.1996, sag T-41/95, Sml. Pers. I-A, s. 319, og II, s. 939, præmis 38 og 39.

15 — Jf. henholdsvis dom af 9.7.1987, forenede sager 44/85, 77/85, 294/85 og 295/85, Hochbaum og Rawes mod Kommissionen, Sml. s. 3259, præmis 17-20, og af 16.12.1993, sag T-58/92, Moat mod Kommissionen, Sml. II, s. 1443, præmis 56-67.

16 — Jf. præmis 34 i den appellerede dom.

denne sag muligt at tage hensyn til X's ansøgning, som Retten i Første Instans havde fastslået ikke opfyldte de heri fastsatte betingelser, og dermed umuligt at udnævne X.

34. Spørgsmålet her er imidlertid ikke, om X kan udnævnes på ny på grundlag af det oprindelige stillingsopslag, men angår tilbagekaldelse af dette — afslutningen af den første udnævnelsesprocedure, inden denne var afsluttet — og indledningen af en ny procedure på grundlag af et nyt opslag. Dette var baggrunden for Kommissionens henvisning til Hochbaum-sagen [17], en baggrund, som jeg finder det vanskeligere at se nogen forskelle til i forhold til dommen.

35. I Hochbaum-sagen var Retten i Første Instans' konklusion ikke udtrykkeligt baseret på den omstændighed, at den oprindelige udnævnelse var blevet annulleret som følge af en processuel, ikke en materiel, mangel. Den fastslog blot [18], at selv om det oprindelige stillingsopslag ikke var blevet anfægtet eller kendt ugyldigt, kunne Kommissionens forpligtelse til at opfylde den tidligere dom, nemlig ved at fjerne de mangler, som proceduren ved vedtagelsen af den annullerede retsakt var behæftet med, ikke under nogen omstændigheder påvirke dens diskretionære ret til at udvide sine valgmuligheder i tjenestens interesse eller til at gennemføre den oprindelige procedure, og at den *a fortiori* havde været berettiget til at indlede en ny procedure [19]. I Moat-sagen [20] tilføjede Retten i Første Instans, at ansættelsesmyndigheden ikke i en sådan situation var forpligtet til at på ny at gennemgå de ansøgninger, der var indgivet i anledning af det oprindelige stillingsopslag.

36. Disse betragtninger må også finde anvendelse i denne sag. Det forekommer at være foreneligt med hensynet til god forvaltningsskik, at »viske tavlen ren« og begynde forfra, såfremt en udnævnelse er blevet annulleret lang tid (i denne sag ca. to år) efter den oprindelige procedure. Omstændighederne kan være ændret; om ikke andet er det muligt, at visse af de oprindelige ansøgere ikke længere er interesserede eller til rådighed, og nye egnede ansøgere kan være kommet til. I nogle tilfælde kan annullationen indebære, at der kun er en eller to gyldige ansøgninger tilbage i den oprindelige procedure, mens et bredere ansøgerfelt ville være ønskeligt. Under hensyn til sådanne betragtninger er det nødvendigt, at ansættelsesmyndigheden råder over et skøn, således at der i tjenestens interesse tilkommer den et valg mellem at genoptage den oprindelige procedure på det stadium, hvor den blev annulleret, eller at afslutte den og indlede en ny procedure.

37. På dette punkt vil jeg gerne, for så vidt angår præcedensvirkningen af Hochbaum-

17 — Jf. præmis 23 i den appellerede dom.

18 — Jf. dommens præmis 13-16.

19 — Denne holdning er for nylig blevet bekræftet i et obiter dictum i den i fodnote 10 anførte dom i sagen Parlamentet mod Frederiksen, præmis 104.

20 — Jf. dommens præmis 39.

og Moat-dommene, indskyde, at ansættelsesmyndighedens adgang til at afslutte en procedure på et hvilket som helst stadium også finder anvendelse i sager, hvor proceduren delvis er blevet annulleret i henhold til dom. Uanset at Hochbaum-sagen blev appelleret [21], blev dette spørgsmål ikke rejst under appelsagen, og Domstolen har endnu ikke bekræftet dette resultat. Den praksis, som Retten i Første Instans henviser til i Hochbaum-sagen [22], er præmis 23, 24 og 25 i Vlachou-sagen [23]. Det er således ikke sikkert, at der blev indledt en fuldstændig ny procedure i Vlachou-sagen. Det er muligt, at ansættelsesmyndigheden gentog en fase eller gik videre til en ny i overensstemmelse med tjenestemandsvedtægtens artikel 29, stk. 1 [24]. Ikke desto mindre finder jeg af de i de forudgående punkt anførte grunde, at dommene i Hochbaum- og Moat-sagerne er rigtige, og at Domstolen bør benytte denne mulighed for at bekræfte dem.

38. For at vende tilbage til hovedtemaet i min argumentation er det derfor min opfattelse, at Kommissionen ikke automatisk var afskåret fra at tilbagekalde det oprindelige stillingsopslag og indlede en ny procedure på grundlag af et nyt stillingsopslag, så længe dette skridt ikke i sig selv førte til, at den retsstridige begunstigelse af X i forhold til Giannini (eller andre ansøgere), som var sket under den oprindelige procedure, blev fortsat eller gentaget.

— De ændrede betingelser i stillingsopslaget

39. Det næste spørgsmål er, om ansættelsesmyndigheden var berettiget til at ændre betingelserne i stillingsopslaget.

40. Umiddelbart kan dette forekomme at være tilfældet. Såfremt ansættelsesmyndigheden kan indlede en ny procedure, må den også klart kunne fastsætte de betingelser, der skal gælde for denne procedure [25]. Kravene til den pågældende forvaltningsenhed kan i givet fald være ændret. Det kan også efterfølgende være blevet klart, at betingelserne i det oprindelige stillingsopslag var uhensigtsmæssige. Såfremt ansættelsesmyndigheden kan tage et sådant skridt i tilfælde, hvor den oprindelige procedure ikke er retsstridig [26], er det klart, at den ikke automatisk kan være bundet af betingelserne i et stillingsopslag, der ikke længere er — eller aldrig har været — rimelige, og være tvunget til at føre proceduren til ende, blot fordi der var tale om

21 — Dom af 17.1.1992, sag C-107/90 P, Sml. I, s. 157.

22 — Jf. dommens præmis 15.

23 — Jf. fodnote 12.

24 — Jf. fodnote 7.

25 — Der må sondres mellem den foreliggende situation, hvor der indledes en fuldstændig ny procedure, og den, der f.eks. forelå i Van der Stijl-sagen, jf. fodnote 11, eller i den sag, hvori Domstolen afsagde dom den 18.3.1999, sag C-304/97 P, Varbajo Ferrero mod Parlamentet, Sml. I, s. 1749, præmis 33, hvori det blev fastslået, at betingelserne ikke under én og samme procedure kan ændres fra en fase til en anden i den i tjenestemandsvedtægtens artikel 29, stk. 1, fastsatte procedure.

26 — Dette var bl.a. tilfældet i Fux-sagen, jf. fodnote 12.

retsstridighed — som ikke vedrørte de kriterier, der var lagt til grund for det oprindelige stillingsopslag — og som indebar, at proceduren delvis blev annulleret.

41. Det er derfor min opfattelse, at Kommissionen i en situation som den foreliggende kunne vælge at fastsætte betingelser i stillingsopslaget på baggrund af nye situationer eller omstændigheder. Herved kunne den imidlertid ikke se bort fra dommens begrundelse for delvis at annullere den oprindelige procedure.

hvilken ansøger den vil udnævne, og udformer et skræddersyet stillingsopslag herefter. Dette er under alle omstændigheder korrekt, men det er af særlig betydning, når den pågældende person allerede tidligere uretmæssigt er blevet udpeget af ansættelsesmyndigheden. Såfremt en sådan person må formodes at ville ansøge om den samme stilling på ny, finder jeg, at pligten til at opfylde den dom, hvorved den første udnævnelse blev annulleret, kræver, at institutionen tager særligt hensyn til, at stillingsopslaget udformes udelukkende af hensyn til tjenestens interesse, og ikke for at begunstige udnævnelse af én af ansøgerne.

— Indføjelsen af en ny præference

42. Ansættelsesmyndigheden kan lovligt afslutte en ufuldendt ansættelsesprocedure. Den kan også tilbagekalde et stillingsopslag og erstatte det med et andet, såfremt det opdages, at de oprindelige betingelser var strengere end nødvendigt til opfyldelse af tjenestens behov [27].

43. Men stod det Kommissionen frit for, når henses til begrundelsen for den første dom, at tilføje en ny præference? Dette er klart ikke tilladt, såfremt ansættelsesmyndigheden på forhånd beslutter sig for,

44. Det er herved bemærkelsesværdigt, at mens Domstolen har fastslået, at en ansættelsesmyndighed altid kan tilbagekalde en ansættelsesprocedure og indlede en ny med henblik på at *udvide* ansøgerfeltet af hensyn til tjenestens interesse, har den aldrig fastslået, at en sådan tilbagekaldelse også er mulig for at *begrænse* dette. Denne tilsyneladende lakune kan ganske enkelt skyldes den omstændighed, at formålet i praksis normalt vil være at udvide ansøgerfeltet, såfremt ingen af de oprindelige ansøgere synes egnede til stillingen. Der er normalt ikke grund til at begrænse ansøgerfeltet, idet mindre egnede ansøgere vil blive elimineret under udvælgelsesproceduren. Det kan imidlertid være hensigtsmæssigt at understrege sondringen her — hvor en procedure er blevet delvis annulleret med den begrundelse, at én ansøger retsstridigt var blevet udvalgt frem for en anden — idet en foranstaltning med henblik på at begrænse ansøgerfeltet kan være udtryk for et forsøg på at favorisere førstnævnte eller at udelukke sidstnævnte ved udvælgelsen.

27 — Jf. dom af 30.10.1974, sag 188/73, Grassi mod Rådet, Sml. s. 1099, præmis 43, og dommen i den i fodnote 25 anførte sag Carbajo Ferrero mod Kommissionen.

45. Jeg har temmelig indgående behandlet de omstændigheder, som Retten i Første Instans henviste til, idet disse vedrører spørgsmål af generel interesse. De konklusioner, der må drages på grundlag heraf i denne sag, kan imidlertid udtrykkes kort.

46. De omstændigheder, som Retten i Første Instans henviste til i den del af dommen, der vedrører traktatens artikel 176, bekræfter ikke i sig selv antagelsen af, at Kommissionen tilsidesatte denne bestemmelse. Såfremt de imidlertid betragtes i sammenhæng med Rettens konstateringer for så vidt angår Kommissionens hensigt, underbygger de denne konklusion: Artikel 176 må fortolkes således, at den ikke alene forbyder en adfærd, der åbenlyst er i strid med dommen, men også en adfærd, der har til formål at omgå denne. Det følger heraf, at Kommissionens appel ikke kan tages til følge, heller ikke for så vidt angår Retten i Første Instans' konstateringer med hensyn til traktatens artikel 176.

47. Selv om dommen skulle ophæves på dette punkt, måtte Retten i Første Instans' afgørelse om, at de omtvistede foranstaltninger skulle annulleres, under alle omstændigheder opretholdes på grund af magtfordrejning. Retten i Første Instans fastslog med føje, at det relevante spørgsmål var, om Kommissionen havde forfulgt uvedkommende formål. Retten fastslog, at dette var tilfældet, hvilket var begrundet i hensyn, der lå uden for artikel 176, navnlig på grundlag af den ændrede formulering af stillingsopslaget, således at det omfattede præferencer, der, som allerede nævnt, begunstigede X, hvilket som anført ikke kan anfægtes under denne appelsag.

Forslag til afgørelse

48. Jeg foreslår følgelig Domstolen at træffe følgende afgørelse:

1) Appellen forkastes.

2) Kommissionen pålægges at betale sagens omkostninger.