# CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. LÉGER van 4 juli 1996 *

Inhoud


| | | |
|---|---|---|
| I — | De feiten en het procesverloop | I - 5868 |
| | Het litigieuze administratieve besluit | I - 5868 |
| | Het arrest van het Gerecht | I - 5869 |
| | De hogere voorziening | I - 5869 |
| II — | Bespreking van de middelen in hogere voorziening | I - 5869 |
| | Het eerste middel | I - 5870 |
| | Het derde middel | I - 5871 |
| | Het tweede onderdeel van het tweede middel | I - 5873 |
| | Het eerste onderdeel van het tweede middel en het vierde en het zesde midde | I - 5874 |
| | Het vijfde middel | I - 5890 |
| | Het eerste onderdeel | I - 5891 |
| | Het tweede onderdeel | I - 5892 |
| III — | Gevolgen van de geconstateerde schending van het recht | I - 5896 |
| IV — | De afdoening door het Hof van het geschil na gedeeltelijke vernietiging | I - 5898 |
| V — | Kosten | I - 5900 |


1. Ojha verzoekt het Hof om vernietiging van het op 6 juli 1995 door het Gerecht van eerste aanleg in het geschil tussen hem en de Commissie gewezen arrest (zaak T-36/93, JurAmbt. 1995, blz. II-497).

2. De middelen die hij opwerpt, betreffen met name de inhoud van het persoonsdossier van de ambtenaar, de overplaatsing of herplaatsing [1] in het belang van de dienst en de uitoefening van het recht van verweer in het kader van dit soort maatregelen.

3. Na een samenvatting van de feiten en het procesverloop (I) zal ik de verschillende

* Oorspronkelijke taal: Frans.

1 — Een overplaatsing is een aanstelling in een vacant ambt, terwijl bij herplaatsing de ambtenaar met zijn ambt wordt overgeplaatst.

middelen en middelonderdelen bespreken (II). Vervolgens zal ik het Hof in overweging geven, het arrest gedeeltelijk te vernietigen en de zaak af te doen krachtens artikel 54 van 's Hofs Statuut-EG (III en IV). Ten slotte zal ik de kostenvraag onder de loep nemen (V).

## I — De feiten en het procesverloop

*Het litigieuze administratieve besluit*

4. Ojha, ambtenaar in rang A 5 bij het directoraat-generaal Werkgelegenheid, industriële betrekkingen en sociale zaken van de Commissie te Brussel (DG V), werd per 15 augustus 1991 tewerkgesteld bij het directoraat-generaal Buitenlandse betrekkingen (DG I), en wel bij de delegatie van de Commissie te Dacca (Bangladesh).

5. Op 9 oktober 1992 besloten de directeur-generaal Personeelszaken en algemeen beheer en de directeur-generaal van DG I overeenkomstig een advies van het rotatiecomité [2] van 22 september 1992, dat requirant de noodzakelijke maatregelen diende te treffen voor zijn terugkeer naar Brussel. Deze terugkeer zou moeten plaatsvinden op 1 november daaraanvolgend.

6. Op 19 oktober 1992 stelde Ojha bij het rotatiecomité hogere voorziening in.

7. Bij nota van 20 oktober 1992 werd hem door de directeur-generaal Personeelszaken en algemeen beheer meegedeeld, dat het rotatiecomité zijn hogere voorziening had afgewezen. Volgens een besluit van dezelfde datum werd hij met ingang van 1 november 1992 in het belang van de dienst samen met zijn ambt herplaatst bij het directoraat-generaal Werkgelegenheid, industriële betrekkingen en sociale zaken te Brussel.

8. Op 30 oktober 1992 diende hij een klacht in in de zin van artikel 90, lid 2, van het Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen (hierna: „Statuut").

9. Op 1 juni 1993 stelde hij bij het Gerecht van eerste aanleg beroep in tegen de stilzwijgende afwijzing van zijn klacht per 1 maart 1993.

2 — Bedoeld in de bekendmaking van de Commissie van 26 juli 1988 getiteld „Orientations sur le nouveau système de rotation du personnel hors Communauté".

*Het arrest van het Gerecht*

10. Ojha verzocht het Gerecht:

— het besluit van de Commissie van 20 oktober 1992 en voor zoveel nodig het besluit van 9 oktober 1992 nietig te verklaren;

— de Commissie te veroordelen tot betaling aan hem van 500 000 BFR ter vergoeding van de geleden morele schade;

— hem akte te verlenen van zijn besluit, een afzonderlijke vordering in te stellen ter vergoeding van de geleden materiële schade;

— verweerster in de kosten te verwijzen.

11. Tot staving van zijn conclusies droeg hij middelen voor die waren ontleend aan schending van de rotatieprocedure en de motiveringsplicht, schending van de zorgplicht, het gewettigd vertrouwen en het recht van verweer, schending van de artikelen 24 en 26 van het Statuut, en ten slotte schending van de artikelen 86 en volgende van het Statuut.

12. Het Gerecht verwierp het beroep.

*De hogere voorziening*

13. Ojha verzoekt het Hof:

— het arrest van het Gerecht te vernietigen;

— het besluit van de Commissie van 20 oktober 1992 nietig te verklaren;

— de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht voor hernieuwde beslissing op zijn vordering tot vergoeding van de als gevolg van dit besluit door hem geleden morele schade;

— de Commissie te verwijzen in de kosten van de hogere voorziening en van de procedure voor het Gerecht.

**II — Bespreking van de middelen in hogere voorziening**

14. Voor een goede analyse behandel ik achtereenvolgens het eerste middel, het derde middel, het tweede onderdeel van het tweede middel, het eerste onderdeel van het tweede middel samen met het vierde en het zesde middel, en ten slotte het vijfde middel.

*Het eerste middel*

15. Requirant keert zich met een rechts- en een motiveringsklacht tegen de omvang van de motiveringsplicht van de Commissie die het Gerecht heeft aangenomen met zijn oordeel, dat het bestreden besluit voldoende met redenen was omkleed. In wezen beroept hij zich met dit middel op schending van artikel 25, tweede alinea, van het Statuut.

16. Ingevolge deze bepaling moet iedere nadelige beslissing met redenen zijn omkleed. In dit stadium gaat het niet om een verplichting de gegrondheid van de maatregel te motiveren, maar enkel om de verplichting, de redenen ervan uiteen te zetten.

17. Een besluit dat de onvrijwillige overplaatsing van een ambtenaar meebrengt, is een nadelige handeling in de zin van deze bepaling. [3]

18. Volgens vaste rechtspraak van het Hof [4] is een besluit voldoende gemotiveerd, wanneer het is genomen in een context die de betrokken ambtenaar bekend is, zodat deze de strekking van de hem betreffende maatregel kan begrijpen. Het Hof heeft herhaaldelijk verklaard, dat het volstaat dat aan de betrokkene, met name door dienstnota's en andere mededelingen, „de wezenlijke elementen bekend kunnen zijn waardoor de administratie zich bij haar besluitvorming heeft laten leiden". [5] Daarbij heeft het Hof ook wel „besprekingen" [6] en „gesprekken" [7] genoemd die aan het besluit vooraf waren gegaan en de ambtenaar in staat hadden gesteld, kennis te nemen van de redenen van de hem betreffende maatregel.

19. In casu is het besluit van het tot aanstelling bevoegde gezag uitsluitend genomen „in het belang van de dienst".

20. Uit het bestreden arrest blijkt evenwel het volgende:

— bij nota van 8 mei 1992 werd requirant ervan in kennis gesteld, dat tegen hem vier klachten waren ingediend over ongepast gedrag in de uitoefening van zijn functie bij de delegatie te Dacca;

3 — Zie met name arrest van 7 maart 1990, (gevoegde zaken C-116/88 en C-149/88, Hecq, Jurispr. 1990, blz. I-599, r. o. 26).

4 — Ibidem. Zie ook arrest van 29 oktober 1981 (zaak 125/80, Arning, Jurispr. 1981, blz. 2539, r. o. 13).

5 — Arresten van 14 juli 1977 (zaak 61/76, Geist, Jurispr. 1977, blz. 1419, r. o. 26); 17 december 1981 (zaak 791/79, Demont, Jurispr. 1981, blz. 3105, r. o. 12), en 13 december 1989 (zaak C-169/88, Prelle, Jurispr. 1989, blz. 4335, r. o. 10).

6 — Arrest van 21 juni 1984 (zaak 69/83, Lux, Jurispr. 1984, blz. 2447, r. o. 37).

7 — Arrest Hecq, reeds aangehaald (r. o. 27).

— met een aantal faxberichten en nota's van 15 en 28 juni en tussen 11 en 18 juli 1992 antwoordde requirant op de hem aldus ter kennis gebrachte beschuldigingen;

— op 13 juli 1992 deelde de directeur-generaal Noord-Zuidbetrekkingen bij DG I hem mee, dat hij voornemens was, diens overplaatsing naar Brussel aan te vragen, waarbij hij erop wees, dat deze maatregel geen tuchtmaatregel was en niet voortvloeide uit een negatieve beoordeling van requirants beschouwende en analytische capaciteiten, maar enkel berustte op de constatering dat deze bekwaamheden beter tot hun recht zouden komen binnen de Commissie dan in een delegatie, waar hij geen blijk had gegeven van het vermogen tot aanpassing aan een diplomatiek milieu dat men van hem mocht verwachten;

— Ojha verstrekte op 7 augustus 1992 uitleg aan de assistent van de directeur-generaal, op 7 september 1992 aan de directeur en op 9 september 1992 aan de directeur-generaal te Brussel;

— in zijn bij het rotatiecomité ingestelde hogere voorziening zette hij zijn argumenten tegen het herplaatsingsbesluit uiteen.

21. In die omstandigheden heeft het Gerecht artikel 25 van het Statuut juist toegepast en het arrest niet onjuist gemotiveerd door te oordelen, dat requirant in staat was gesteld, de wettigheid en gegrondheid van het bestreden besluit alsook de opportuniteit van rechterlijke toetsing daarvan als bedoeld in artikel 91 van het Statuut te beoordelen.

22. Het middel van schending van artikel 25, tweede alinea, van het Statuut moet derhalve worden afgewezen.

*Het derde middel*

23. Ojha komt in dit middel met een rechts- en een motiveringsklacht op tegen het oordeel van het Gerecht, dat de Commissie zich ter rechtvaardiging van het herplaatsingsbesluit in het belang van de dienst, kon beroepen op het enkele bestaan van klachten tegen hem, ongeacht hun gegrondheid. Er zou geen rechtsregel zijn die een dergelijke oplossing kan rechtvaardigen, en de Commissie beroept zich trouwens ook niet daarop. Requirant acht de opvatting van het Gerecht onverenigbaar met de beginselen van rechtszekerheid en behoorlijk bestuur.

24. Ik herinner er in de eerste plaats aan, dat het Statuut geen *specifieke* regeling voor overplaatsing of herplaatsing kent met de titel „overplaatsing of herplaatsing in het belang van de dienst".

25. Artikel 7, lid 1, van het Statuut bepaalt:

„Het tot aanstelling bevoegde gezag stelt de ambtenaar, *uitsluitend in het belang van de dienst* en ongeacht zijn nationaliteit, bij wege van aanstelling of overplaatsing, *overeenkomstig zijn rang te werk in een tot zijn categorie of groep behorend ambt.*

De ambtenaar kan verzoeken binnen zijn instelling te worden overgeplaatst." [8]

26. Het belang van de dienst ligt derhalve ten grondslag aan *elke* tewerkstelling van een ambtenaar in een ambt, of het nu een eerste tewerkstelling, een herplaatsing of een overplaatsing betreft, en ongeacht of in de laatstgenoemde twee gevallen de nieuwe tewerkstelling op verzoek of ambtshalve geschiedt.

27. Het dienstbelang moet in overeenstemming worden gebracht met de eveneens uit artikel 7 voortvloeiende verplichting, de gelijkwaardigheid tussen rang en ambt te eerbiedigen.

28. Dit vereiste daargelaten, beschikt het tot aanstelling bevoegde gezag volgens vaste rechtspraak over een ruime beoordelingsvrijheid bij de organisatie van de diensten [9], dat wil zeggen bij het zoeken naar oplossingen die in het dienstbelang zijn.

29. Bijgevolg is het een beperkt toezicht dat de gemeenschapsrechter, na zich ervan te hebben vergewist dat de gelijkwaardigheid tussen rang en ambt is geëerbiedigd, uitoefent op de bevoegdheidsuitoefening van het tot aanstelling bevoegde gezag, namelijk beperkt tot de toetsing, of er sprake is van een kennelijke beoordelingsfout of misbruik van bevoegdheid.

30. Is het enkele bestaan van klachten van buitenstaanders, ongeacht hun gegrondheid, voldoende om een nieuwe tewerkstelling of overplaatsing van een ambtenaar te rechtvaardigen?

31. Wat de verhoudingen binnen een dienst betreft, heeft het Hof verklaard, dat wanneer problemen in de onderlinge verhoudingen leiden tot spanningen die schadelijk kunnen zijn voor het goed functioneren van de dienst, overplaatsing van een ambtenaar in het belang van de dienst gerechtvaardigd is. [10]

8 — Cursivering van mij.

9 — Zie met name aangaande herplaatsingsbesluiten arrest Lux, reeds aangehaald (r. o. 17), en arrest van 23 maart 1988 (zaak 19/87, Hecq, Jurispr. 1988, blz. 1681, r. o. 6).

10 — Arresten van 27 juni 1973 (zaak 35/72, Kley, Jurispr. 1973, blz. 679, r. o. 37 en 38); 10 juli 1975 (gevoegde zaken 4/74 en 30/74, Scuppa, Jurispr. 1975, blz. 919, r. o. 25 en 28); 12 juli 1979 (zaak 124/78, List, Jurispr. 1979, blz. 2499, r. o. 13), en 7 maart 1990, Hecq, reeds aangehaald (r. o. 22).

32. Het Hof achtte het bestaan van spanning voldoende, zelfs los van de vraag, wie voor de betrokken incidenten verantwoordelijk was. [11]

33. Hetzelfde moet mutatis mutandis worden aangenomen voor de externe betrekkingen van een dienst, in het bijzonder waar het diplomatieke betrekkingen betreft; op dat gebied zijn schadelijke externe spanningen nog minder aanvaardbaar dan elders.

34. Behoudens kennelijke beoordelingsfouten en misbruik van bevoegdheid is het enkele feit dat klachten van buiten, ongeacht hun gegrondheid, in aanmerking worden genomen wanneer zij het goed functioneren van de dienst verstoren, geen schending van de beginselen van rechtszekerheid en behoorlijk bestuur, maar blijft binnen het kader van een concrete toepassing van artikel 7 van het Statuut.

35. Aangezien er derhalve geen sprake is van een schending van het recht en van een onvoldoende motivering door het Gerecht, moet het derde middel worden afgewezen.

11 — Arrest List, reeds aangehaald (r. o. 13).

*Het tweede onderdeel van het tweede middel*

36. In het tweede onderdeel van het tweede middel klaagt requirant erover, dat het Gerecht heeft beslist dat de Commissie het recht van verweer niet heeft geschonden, zonder evenwel daarbij na te gaan, of gelet op de relevante feiten het bestreden besluit werd dan wel redelijkerwijs kon worden gerechtvaardigd door het dienstbelang.

37. Zoals bij de bespreking van het derde middel gebleken, kan, gelet op artikel 7 van het Statuut, het enkele bestaan van klachten, los van de juistheid van de feiten waarover wordt geklaagd, in bepaalde omstandigheden het bestaan van spanningen in de externe betrekkingen van de dienst aantonen, die het goed functioneren daarvan verstoren en een maatregel van overplaatsing of herplaatsing rechtvaardigen. Door het bestaan van klachten in aanmerking te nemen — daargelaten of het dit ook mocht doen ten aanzien van de klachten die de ambtenaar niet waren meegedeeld [12] — heeft het Gerecht het beginsel van eerbiediging van het recht van verweer derhalve niet onjuist toegepast en evenmin een motiveringsfout begaan.

38. Bijgevolg moet het tweede onderdeel van het tweede middel worden afgewezen.

12 — Deze vraag wordt hierna onderzocht bij het eerste onderdeel van het tweede middel en het vierde en het zesde middel.

*Het eerste onderdeel van het tweede middel en het vierde en het zesde middel*

39. In het eerste onderdeel van het tweede middel keert requirant zich met een rechts- en een motiveringsklacht tegen het oordeel van het Gerecht, dat de Commissie het recht van verweer van requirant niet heeft geschonden door de stukken waarop zij het bestreden besluit had gebaseerd, niet aan hem over te leggen. Het Gerecht zou ten onrechte hebben aangenomen, dat een dergelijke overlegging niet vereist is wanneer het besluit op het dienstbelang is gebaseerd en de rechtspositie van de ambtenaar niet aantast. Volgens requirant daarentegen heeft een maatregel van voortijdige herplaatsing die wordt ingegeven door overwegingen verband houdend met de persoonlijkheid van de ambtenaar, gevolgen die in hoge mate vergelijkbaar zijn met een disciplinaire maatregel, zodat het recht van verweer dient te worden geëerbiedigd.

40. In het vierde middel klaagt Ojha erover, dat het Gerecht op basis van een niet aan hem overgelegd rapport van 21 mei 1992 heeft aangenomen, dat het bestreden besluit door het dienstbelang gerechtvaardigd kon zijn, gezien de gespannen situatie binnen de delegatie te Dacca.

41. In zijn zesde middel verwijt requirant het Gerecht schending van artikel 26 van het Statuut door te aanvaarden, dat niet aan het persoonsdossier van een ambtenaar toegevoegde stukken hem worden tegengeworpen.

42. Het eerste onderdeel van het tweede middel en de twee andere middelen, die ik te zamen wil onderzoeken, betreffen in wezen het gebied dat door artikel 26 van het Statuut wordt geregeld.

43. Deze bepaling legt immers verband tussen de inhoud van het persoonsdossier van de ambtenaar en de verplichting van de instelling om bescheiden die betrekking hebben op zijn positie als ambtenaar en op zijn kundigheden, prestaties of gedrag, over te leggen wanneer het tot aanstelling bevoegde gezag dergelijke stukken tegen de ambtenaar wil inroepen; zoals het Hof heeft beklemtoond in het arrest van 28 juni 1972 (Brasseur) [13] en wederom in de arresten van 12 februari 1987 (Bonino) [14] en 7 oktober 1987 (Strack) [15], is het doel van dit artikel „het recht van verweer van de ambtenaar te waarborgen".

44. Ik voeg hieraan toe, dat deze bepaling op het specifieke gebied van het communautaire ambtenarenrecht de uitdrukking is van het beginsel van eerbiediging van het recht van verweer, dat het Hof als grondbeginsel van gemeenschapsrecht heeft erkend. [16]

13 — Zaak 88/71, Jurispr. 1972, blz. 499, r. o. 11.

14 — Zaak 233/85, Jurispr. 1987, blz. 739, r. o. 11.

15 — Zaak 140/86, Jurispr. 1987, blz. 3939, r. o. 7.

16 — Zie arrest van 10 juli 1986 (zaak 40/85, België/Commissie, Jurispr. 1986, blz. 2321, r. o. 28): „(...) de eerbiediging van de rechten van de verdediging in iedere procedure tegen een persoon, die tot een voor deze laatste nadelige handeling kan leiden, is te beschouwen als een grondbeginsel van gemeenschapsrecht, dat zelfs bij gebreke van enig voorschrift omtrent de te volgen procedure in acht moet worden genomen". Zie voorts met name arresten van 14 februari 1990 (zaak C-301/87, Frankrijk/Commissie, Jurispr. 1990, blz. I-307, r. o. 29), en 29 juni 1994 (zaak C-135/92, Fiskano, Jurispr. 1994, blz. I-2885, r. o. 39).

45. Artikel 26 van het Statuut bepaalt:

„Het persoonsdossier van de ambtenaar dient in te houden:

a) *alle bescheiden welke betrekking hebben op zijn positie als ambtenaar, alsmede alle beoordelingen van zijn kundigheden, zijn prestaties of zijn gedrag;*

b) *de opmerkingen welke de betrokken ambtenaar ten aanzien van bovengenoemde stukken heeft gemaakt.*

Elk dezer stukken dient te zijn ingeschreven, genummerd en opgeborgen in ononderbroken volgorde; *stukken bedoeld onder a, kan de instelling niet tegen de ambtenaar aanvoeren, noch te zijnen nadele gebruiken, indien zij hem niet zijn medegedeeld voordat ze aan zijn dossier worden toegevoegd.*

De mededeling van elk stuk blijkt uit de handtekening die de ambtenaar hieronder heeft gesteld; bij gebreke daarvan geschiedt zij per aangetekende brief.

Het persoonsdossier mag geen enkele aanduiding bevatten van de politieke, wijsgerige of godsdienstige opvattingen van de ambtenaar.

*Voor iedere ambtenaar mag slechts één dossier worden aangelegd.*

*Iedere ambtenaar heeft,* ook na beëindiging van de dienst, *het recht kennis te nemen van alle stukken die zich in zijn dossier bevinden.*

Het persoonsdossier is van vertrouwelijke aard en kan slechts in de dienstlokalen worden geraadpleegd. *Het wordt echter aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen toegezonden, wanneer een beroep waarbij de ambtenaar is betrokken, bij het Hof wordt ingesteld."* [17]

46. Beslissend voor het recht om mededeling te eisen is de verplichte inhoud van het persoonsdossier volgens artikel 26, eerste alinea, sub a.

47. Het verbod in de tweede alinea van deze bepaling, waarom het hier gaat, betreft naar wij mogen aannemen die stukken die voor de ambtenaar min of meer ongunstig zijn.

17 — Cursivering van mij.

48. Wat is te verstaan onder „alle bescheiden welke betrekking hebben op zijn positie als ambtenaar", en „alle beoordelingen van zijn kundigheden, zijn prestaties of zijn gedrag"?

49. De „bescheiden welke betrekking hebben op zijn positie als ambtenaar" moeten mijns inziens tamelijk breed worden opgevat.

50. De term „bescheiden" is ruim. [18] Hij omvat in de eerste plaats de formele administratieve handelingen die de achtereenvolgende wijzigingen in de rechtspositie van de ambtenaar vastleggen. Ook moet hij alle stukken omvatten die tot dergelijke wijzigingen aanleiding geven, aangezien zulke stukken de persoon van de ambtenaar en zijn capaciteiten betreffen en niet enkel objectieve overwegingen van de organisatie der diensten.

51. De betekenis van het begrip „betrekking hebben op" is immers ruimer dan „van invloed zijn op". Dit kan een stuk betreffen dat *mogelijk* van invloed is op de ambtelijke positie. In dat geval moet het stuk in beginsel onmiddellijk aan het dossier worden toegevoegd en meegedeeld ingevolge artikel 26. Een eventuele latere handeling van het tot aanstelling bevoegde gezag kan, indien zij *van invloed* is op de positie van de ambtenaar, worden aangevochten krachtens de tweede alinea van deze bepaling, indien zij op basis van dit stuk is vastgesteld en niet ten laatste vóór het besluit is medegedeeld en aan het dossier toegevoegd. [19]

52. Ten slotte omvat de uitdrukking „positie als ambtenaar" de voornaamste gebeurtenissen in de loopbaan van de ambtenaar, namelijk de aanwerving, de actieve dienst, de detachering, het verlof om redenen van persoonlijke aard, de beschikbaarheid, het verlof wegens militaire dienst, de beoordeling, de plaatsing in een hogere salaristrap en de bevordering en de definitieve beëindiging van de dienst [20], maar ook andere gebeurtenissen die bepaalde in het Statuut erkende rechten betreffen.

53. De „beoordelingen" van de kundigheden, de prestaties of het gedrag van de ambtenaar zijn ongetwijfeld stukken die informatie, analyses of beschouwingen bevatten over de activiteit van de ambtenaar en de wijze waarop hij zijn werk verricht. Het meest sprekende voorbeeld van dit type stuk is het periodieke beoordelingsrapport bedoeld in artikel 43 van het Statuut, dat overeenkomstig artikel 45 een belangrijke rol speelt bij de

18 — Overigens wordt deze term ook gebruikt in artikel 26, eerste alinea, sub b, en tweede alinea, ter aanduiding van zowel de „stukken" als de „beoordelingen" bedoeld sub a.

19 — In het arrest van 12 juli 1973 (zaak 74/72, Di Blasi, Jurispr. 1973, blz. 847, r. o. 11) is gepreciseerd, dat uit het verbod van artikel 26, tweede alinea, van het Statuut niet volgt, dat het persoonsdossier uitsluitend stukken kan bevatten die tevoren zijn meegedeeld; zolang zij niet tegen de ambtenaar worden aangevoerd of tegen hem worden gebruikt en voor zover de onjuistheid ervan niet is bewezen, kunnen zij zonder bezwaar aan het persoonsdossier worden toegevoegd.

20 — Zie titel III van het Statuut, genaamd „Loopbaan van de ambtenaar".

bevordering. Ook kan het gaan om een specifieke beoordeling die om een of andere bijzondere reden is opgesteld.

54. Op grond van deze overwegingen, die zijn ingegeven door de letter en de geest van artikel 26 van het Statuut, ben ik van mening, dat het tot aanstelling bevoegde gezag behalve de formele handelingen die een wijziging in de situatie van de betrokkene vastleggen, de ambtenaar alle stukken betreffende zijn gedrag, zijn kundigheden en zijn prestaties moet meedelen en aan zijn persoonsdossier toevoegen, wanneer de inhoud ervan wordt gebruikt als grondslag voor een tegen de ambtenaar genomen besluit. Aldus kan hij kennis nemen van informatie en beweringen over hem en elk commentaar leveren dat zijn verweer ten goede kan komen, eventueel om de juistheid van de feiten aan te vechten of de strekking ervan te beperken, als hij ze niet eenvoudigweg erkent.

55. Zo heeft het Hof in verband met benoemingsprocedures in vacante ambten reeds beslist, dat om in aanmerking te worden genomen, in het persoonsdossier van de ambtenaar moeten voorkomen en aan hem moeten zijn meegedeeld:

— een telexbericht waarin een beoordeling van de bekwaamheid van een ambtenaar werd gegeven die voor de betrokkene weinig gunstig was en in flagrante strijd was met het oordeel waartoe men bij lezing van het beoordelingsrapport zou komen [21];

— een rapport betreffende een proefperiode van een ambtenaar. [22]

56. Ook heeft het Hof ten aanzien van stukken die feitelijke constateringen of onderzoeksgegevens bevatten, geoordeeld, dat deze zelfs indien zij tevens een medisch karakter dragen, in het persoonsdossier van de ambtenaar moeten worden opgenomen en te zijner kennis gebracht, wanneer zij worden gebruikt voor het opstellen van „beoordelingen van zijn kundigheden, prestaties of gedrag" dan wel „ter beoordeling of wijziging van de administratieve positie van de ambtenaar". [23]

57. In de onderhavige zaak zijn twee essentiële vragen aan de orde.

58. Moeten klachten tegen een ambtenaar en/of interne rapporten die daarvan melding maken, in het persoonsdossier worden opgenomen en aan de ambtenaar meegedeeld, wanneer het tot aanstelling bevoegde gezag ze tegen hem wenst te gebruiken? Betreffen deze stukken zijn „positie als ambtenaar" in de zin van artikel 26 van het Statuut, zelfs wanneer zij in aanmerking worden genomen voor een overplaatsing of nieuwe tewerkstelling zonder dat iets in de rangindeling en dus in de materiële situatie van de ambtenaar verandert?

21 — Arrest van 3 februari 1971 (zaak 21/70, Rittweger, Jurispr. 1971, blz. 7, r. o. 39 en 40).

22 — Arrest Bonino, reeds aangehaald (r. o. 10).

23 — Zie arrest Strack, reeds aangehaald (r. o. 13), en arrest van 1 oktober 1991 (zaak C-283/90 P, Vidrányi, Jurispr. 1991, blz. I-4339, r. o. 25).

59. In het arrest Brasseur (reeds aangehaald) heeft het Hof zich reeds uitgesproken over tegen een ambtenaar ingediende klachten en het gebruik van dergelijke klachten voor zijn beoordeling. [24]

60. In zijn conclusie [25] bij dit arrest verwees advocaat-generaal Roemer naar het commentaar van Euler op het Europese Ambtenarenstatuut [26]: „(...) wijst deze schrijver met klem op de ontoelaatbaarheid van ‚tweede' dossiers met beoordelingen over de ambtenaren. Ook betoogt hij dat *klachten over ambtenaren die in het algemeen zijn houding binnen of buiten de dienst betreffen in de persoonsdossiers moeten worden opgenomen, omdat het belangrijke gegevens ter beoordeling van betrokkene zijn.*" De advocaat-generaal schaarde zich achter deze uitlegging. Hij was van mening, dat het tot aanstelling bevoegde gezag in een intern vergelijkend onderzoek ten nadele van de verzoeker gebruik had gemaakt van een advies van de directeur-generaal Administratie, dat verwees naar een kritische nota van een afdelingshoofd over een voorval tijdens de dienst alsook naar een mondelinge klacht van een lid van het Parlement die aan de directeur-generaal was overgebracht. Roemer wees erop, dat deze kritische uitlatingen niet aan het persoonsdossier van de verzoeker waren toegevoegd en concludeerde, dat het besluit tot benoeming van een andere deelnemer aan het vergelijkend onderzoek op de vacante post moest worden nietig verklaard.

61. Het Hof ging evenwel niet over tot de door de verzoeker gevraagde nietigverklaring. Niettemin nam het stilzwijgend maar ontegenzeglijk de opvatting van de advocaat-generaal over, dat de in de kritische nota en de mondelinge klacht genoemde feiten aan het dossier hadden moeten worden toegevoegd, met het advies van de directeur-generaal Administratie. Het Hof verwierp het beroep immers niet op grond dat er geen verplichting tot mededeling en toevoeging aan het dossier zou hebben bestaan, maar enkel op grond dat het advies van de directeur-generaal geen *beslissende invloed* leek te hebben gehad op de keuze van het tot aanstelling bevoegde gezag [27], de tweede voorwaarde die in de rechtspraak van het Hof wordt gesteld voor nietigverklaring van een handeling waarbij artikel 26 is geschonden. [28]

62. In het arrest van het Hof wordt niet met zoveel woorden uitgesproken, dat niet alleen het advies van de directeur-generaal maar ook de klachten in het dossier hadden moeten worden opgenomen.

63. Het lijkt mij evenwel niet terecht, in geval van een schriftelijke klacht de verplichting tot mededeling en toevoeging aan het dossier te beperken tot een eenvoudig verslag van de administratie. Steeds wanneer dit mogelijk is, moet de ambtenaar zelf het bestaan en de inhoud van de klacht kunnen nagaan en behoeft hij geen genoegen te nemen met een samenvatting die meer of

24 — Anders dan in casu kwam deze vraag aan de orde in een intern vergelijkend onderzoek en niet in een besluit tot ambtshalve overplaatsing.

25 — Met name blz. 509, tweede kolom.

26 — Deel I, blz. 238.

27 — Er werd geoordeeld dat het tot aanstelling bevoegde gezag, ofschoon verzoeker twee punten hoger op de lijst stond dan de tweede kandidaat, deze laatste kon benoemen; deze had, wat de „geschiktheid voor de functie" betreft, het hoogst mogelijke aantal punten behaald en was zes punten hoger uitgekomen dan verzoeker.

28 — Arrest Rittweger, reeds aangehaald (r. o. 35). Zie ook later het arrest Bonino, reeds aangehaald (r. o. 13).

minder volledig en dus ook meer of minder objectief kan zijn. Indien een klacht mondeling is geuit, zo kan men weliswaar tegenwerpen, kan de ambtenaar van de inhoud daarvan slechts indirect kennis nemen en kan hij in dat stadium niet eisen te worden gehoord in de vorm van een onderzoek of een confrontatie. Niettemin kan de mogelijkheid dat een klacht mondeling wordt ingediend en de feitelijke situatie die daardoor ontstaat, niet rechtvaardigen dat een schriftelijke klacht, zo deze bestaat, niet wordt meegedeeld.

64. Zelfs een mondelinge klacht zal immers normaal gesproken in een schriftelijk stuk van de administratie worden weergegeven, hetzij in een verzoek om toelichting, hetzij in een intern rapport ter onderbouwing van een besluit van het tot aanstelling bevoegde gezag. Als zodanig zal de klacht worden meegedeeld en aan het dossier toegevoegd.

65. Valt te vrezen dat de toevoeging aan het persoonsdossier van klachten over de ambtenaar al te licht en onnodig diens aanzien zal schaden? Ik meen van niet, daar in het dossier enkel die stukken absoluut moeten worden opgenomen waarvan het tot aanstelling bevoegde gezag werkelijk gebruik denkt te maken.

66. Mijns inziens moet de hiervoor in punt 58 gestelde eerste vraag derhalve bevestigend worden beantwoord in die zin, dat tegen een ambtenaar ingebrachte klachten en/of interne rapporten waarin deze worden vermeld, aan het persoonsdossier moeten worden toegevoegd en aan de ambtenaar meegedeeld, wanneer het tot aanstelling bevoegde gezag deze tegen hem denkt te gebruiken.

67. Ik geef het Hof in overweging, hieraan toe te voegen dat dit eveneens geldt wanneer de stukken in aanmerking worden genomen met het oog op overplaatsing of herplaatsing zonder wijziging van de indeling in rang van de ambtenaar.

68. De in de artikelen 35, sub a, en 36, van het Statuut bedoelde actieve dienst is tijdens de loopbaan van de ambtenaar de belangrijkste stand van zijn „positie als ambtenaar". Zij impliceert de tewerkstelling in een ambt en de uitoefening van de daarbij behorende functie.

69. Een overplaatsing of een herplaatsing, waardoor deze tewerkstelling wordt gewijzigd, werkt dus door op de positie van de ambtenaar, ook indien de rangindeling van het beklede ambt niet wordt gewijzigd. Zij kan tot op zekere hoogte van invloed zijn op het carrièreverloop van een ambtenaar, dit wil zeggen op zijn beroepsvooruitzichten, want niet valt te ontkennen dat bij gelijke rangindeling sommige ambten wegens de aard van de daaraan verbonden verantwoordelijkheden eerder tot bevordering kunnen leiden dan andere. In elk geval kan moeilijk worden betwist, dat de plaats waar de functie wordt uitgeoefend en de aard van de functie voor de loopbaan van wezenlijke betekenis zijn en dat deze loopbaan een van de gerechtvaardigde belangen van de ambtenaar is, die het Hof steeds heeft willen beschermen.

70. Vergeten wij in dit verband niet, dat naar het Hof heeft aanvaard bij zijn uitlegging van het begrip „nadelige beslissing" of „bezwarend besluit" in de artikelen 25 en 91 van het Statuut, respectievelijk als criterium voor de verplichting een handeling met redenen te omkleden en als voorwaarde voor de ontvankelijkheid van een beroep, een overplaatsingsbesluit, zelfs wanneer het „de materiële belangen of de rang van een ambtenaar niet raakt, nochtans — in verband met de aard van de functie en de omstandigheden in aanmerking genomen — aan de *immateriële belangen* en *toekomstverwachtingen* van het betrokken personeelslid afbreuk [kan] doen". [29]

71. Met betrekking tot artikel 26 van het Statuut oordeelde het Hof in de reeds aangehaalde arresten Brasseur [30], Bonino [31] en Strack [32], dat deze bepaling beoogt het voorkómen van „besluiten van het tot aanstelling bevoegde gezag welke [de] ambtelijke positie en *loopbaan* [van de ambtenaar] raken, doch berusten op gegevens betreffende zijn gedrag die niet in zijn persoonsdossier zijn opgenomen" [33], en die dus, naar ik moge aanvullen, niet aan de betrokkene zijn meegedeeld.

72. Indien de formulering „betrekking hebben op zijn positie als ambtenaar" in artikel 26 volgens het Hof uitsluitend op de stukken doelde die in aanmerking worden genomen voor een daadwerkelijke wijziging van de statutaire rechten in strikte zin, dan had het Hof ongetwijfeld de woorden „en loopbaan" niet toegevoegd.

73. Indien men niettemin zou willen verdedigen dat de bewoordingen van artikel 26 restrictief moeten worden uitgelegd, moet om te beginnen worden erkend, dat het begrip „loopbaan", dat het Hof bij zijn uitlegging van dit artikel noemt, iets heel anders is dan het begrip „toekomstverwachtingen", dat het Hof in de analyse van het begrip bezwarend besluit hanteert. Dan kan men zich echter afvragen, welk besluit wel de toekomstperspectieven maar niet de loopbaan van een ambtenaar beïnvloedt.

74. En indien men desondanks een restrictieve uitlegging van artikel 26 zou voorstaan, op grond van de gedachte dat de begrippen „toekomstperspectieven" en „loopbaan" elkaar dekken, valt toch moeilijk te verklaren, waarom de ambtenaar zich in een en hetzelfde geval wel kan beroepen op de artikelen 25 en 91 van het Statuut, maar niet op artikel 26, hoewel deze drie artikelen dezelfde belangen beogen te beschermen.

75. De voorgaande overwegingen lijken mij reeds voldoende om de door mij voorgestelde oplossing te schragen.

29 — Arrest Kley, reeds aangehaald (r. o. 4, cursivering van mij). In zijn conclusie bij dit arrest beklemtoonde advocaat-generaal Trabucchi reeds (blz. 698): „Het lijdt geen twijfel dat de overplaatsing van een ambtenaar zijn rechtspositie raakt (...)" Zie ook arrest Geist, reeds aangehaald: een impliciete beslissing, aangezien het Hof in casu onmiddellijk naging of de overplaatsing toereikend was gemotiveerd; arrest van 28 mei 1980 (gevoegde zaken 33/79 en 75/79, Kuhner, Jurispr. 1980, blz. 1677, r. o. 12 en 13): een maatregel van tewerkstelling in een nieuwe functie, die soortgelijke gevolgen had als een overplaatsing; arresten Demont, reeds aangehaald (r. o. 12-14): herplaatsing in het kader van een roulatiesysteem (impliciete beslissing), en Arning, reeds aangehaald (r. o. 12 e. v. ): maatregel van herplaatsing (impliciete beslissing); arrest van 1 juni 1983 (gevoegde zaken 36/81, 37/81 en 218/81, Seton, Jurispr. 1983, blz. 1789, r. o. 46-49): herplaatsing (impliciete beslissing); arrest Lux, reeds aangehaald (r. o. 34 en 36-38): herplaatsing in een andere sector (impliciete beslissing), en arrest van 7 maart 1990, Hecq, reeds aangehaald (r. o. 26 en 27): besluit dat overplaatsing meebrengt (impliciete beslissing).

30 — R. o. 11.

31 — R. o. 11.

32 — R. o. 7.

33 — Cursivering van mij.

76. Niettemin meen ik in de rechtspraak van het Hof nog een laatste element te hebben ontdekt, dat beslissend zou kunnen zijn.

77. In de arresten Rittweger en Bonino (reeds aangehaald) verklaarde het Hof de besluiten van het tot aanstelling bevoegde gezag nietig wegens strijd met artikel 26, tweede alinea, van het Statuut.

78. In beide gevallen had de verzoekster gesolliciteerd naar een ambt [34] dat voor haar geen bevordering betekende in de zin van artikel 45 van het Statuut. De gewenste tewerkstelling bracht immers geen benoeming in een hogere rang mee en was derhalve slechts een overplaatsing geweest.

79. Met zijn oordeel, dat de in geding zijnde bescheiden in het persoonsdossier hadden moeten worden opgenomen en aan de betrokken ambtenaar meegedeeld, *erkende het Hof noodzakelijkerwijs, dat artikel 26 van het Statuut moet worden geëerbiedigd, ook wanneer de stukken worden gebruikt voor een besluit dat niet leidt tot een wijziging in de statutaire rechten en de materiële situatie van de betrokkenen.*

34 — Waarin uiteindelijk een andere sollicitant was benoemd.

80. Kan men derhalve in gemoede stellen, dat artikel 26 van toepassing is wanneer de ambtenaar verzoekt om overplaatsing, maar niet wanneer een besluit tot overplaatsing wordt genomen tegen de wil van de betrokkene?

81. Voor mij staat vast, dat in het tweede geval artikel 26 des te meer moet worden geëerbiedigd.

82. Men zal wellicht tegenwerpen, dat aanvaarding van een dergelijke oplossing, ook wanneer de administratie zich uitsluitend op het dienstbelang beroept voor een besluit dat geen disciplinaire bijbetekenis heeft en geen enkel gevolg heeft voor de situatie van de ambtenaar, nadelige gevolgen zou kunnen hebben voor zijn verdere carrièreverloop, aangezien het dossier dan met ongunstige gegevens „besmet" blijft, wat niet het geval zou zijn, indien deze gegevens niet in het dossier waren opgenomen en niet waren meegedeeld.

83. In deze opvatting zou juist degene worden geschaad die men eigenlijk wilde beschermen.

84. Ik geloof niet, dat aan deze bedenking, die op zichzelf alleszins gerechtvaardigd is, de facto het recht van verweer van de ambtenaar mag worden opgeofferd.

85. Laten wij niet vergeten, dat het in casu gaat om stukken die de persoon van de betrokkene zelf betreffen. In een geval als dat van requirant gaat het niet enkel om de constatering, dat er in een bepaalde arbeidsomgeving sprake was van relationele problemen waarvan de oorzaak niet méér bij de een kon worden gelegd dan bij een ander, en die konden worden opgelost door simpelweg een of meer ambtenaren over te plaatsen, los van de vraag wie in het bijzonder verantwoordelijk was. Op basis van meerdere incidenten wordt in wezen gesteld, dat requirant bepaalde karaktertrekken vertoont waardoor hij in de eerste plaats ongeschikt is om een diplomatieke functie te vervullen, maar ook om bepaalde verantwoordelijkheden te dragen.

86. Het gaat er hier uiteraard niet om, de juistheid van deze beweringen te beoordelen. Een dergelijke situatie toont evenwel heel duidelijk aan, dat de ambtenaar zich exact op de hoogte moet kunnen stellen van de tegen hem ingebrachte bezwaren, zodat hij zo nodig daartegen stelling kan nemen.

87. In een conflictsituatie tussen het tot aanstelling bevoegde gezag en de ambtenaar moet het dossier derhalve niet alleen de bezwaren van de administratie, maar ook de opmerkingen van de ambtenaar bevatten, eventueel met alle relevante bewijsmateriaal. In plaats van uitsluitend „besmet" te zijn, zal het dossier van een grotere doorzichtigheid getuigen en het beginsel van hoor en wederhoor weerspiegelen.

88. Is deze oplossing niet te verkiezen boven die waarin men pretendeert de ambtenaar, door voor hem ongunstige stukken niet in het dossier op te nemen en hem niet mee te delen, negatieve gevolgen voor zijn verdere loopbaan te willen besparen?

89. Laten wij ons immers geen illusies maken.

90. Kan men zich ook maar één ogenblik voorstellen, dat stukken die bij voorbeeld karaktertrekken van een ambtenaar aan het licht brengen die, indien zij aanwezig blijken te zijn, een negatieve uitwerking zouden hebben op de wijze van vervulling van bepaalde functies door hem en die al eens hebben geleid tot een overplaatsing of herplaatsing, uit het „administratieve geheugen" van het tot aanstelling bevoegde gezag kunnen verdwijnen? Kan men geloven, dat ze nooit meer heimelijk een rol zullen spelen wanneer moet worden beslist over een bevordering of een verzoek tot overplaatsing van de betrokkene naar een ambt, identiek aan dat wat tot het eerste over- of herplaatsingsbesluit heeft geleid?

91. Mijns inziens bestaat het gevaar, dat informatie die uit het persoonsdossier wordt weggelaten, in een parallel dossier terechtkomt, in weerwil van het in artikel 26, vijfde alinea, van het Statuut neergelegde uitdrukkelijke verbod op schaduwdossiers.

92. In dat geval, evenals wanneer die informatie uitsluitend in het menselijk geheugen en niet tevens in een dossier is opgeslagen, zal die informatie hoogstwaarschijnlijk telkens weer wordt gebruikt wanneer het tot aanstelling bevoegde gezag een daarmee samenhangende vraag onderzoekt.

93. Laat ik elk misverstand uit de weg ruimen.

94. Mijns inziens mogen alle informatie en beoordelingen in verband met de kundigheden, de prestatie of het gedrag van een ambtenaar, die bepalend zijn geweest voor een eerste besluit dat gevolgen heeft gehad voor zijn positie als ambtenaar en zijn loopbaan, indien zij relevant zijn, zeer wel opnieuw in aanmerking worden genomen bij een later besluit.

95. Wat echter moet worden voorkomen, of het nu een eerste of een tweede besluit betreft, is dat van ongunstige gegevens over de persoon van de ambtenaar gebruik wordt gemaakt, zonder dat hij in staat is geweest persoonlijk kennis te nemen van de stukken waarin deze staan en ter zake stelling te nemen.

96. Uiteraard kan het tot aanstelling bevoegde gezag, indien het — na aan de vereisten van artikel 26 te hebben voldaan — de informatie juist acht, in het kader van de ruime beoordelingsbevoegdheid waarover het bij de organisatie van zijn diensten beschikt, de in de omstandigheden van het geval passende beslissing nemen. En vanzelfsprekend kan diezelfde informatie naast andere beoordelingselementen worden gebruikt voor een eventuele latere nieuwe beslissing.

97. In wezen is het zaak het doel en de middelen uit elkaar te houden.

98. De beoordelingsbevoegdheid van de administratie moet duidelijk worden erkend en bewaard, gezien de thans geldende bepalingen en de rechtspraak. Dit is de prijs die voor een consistent en doeltreffend optreden van de administratie moet worden betaald. Maar wanneer dit optreden meebrengt, dat uit overwegingen die voor de persoon van de ambtenaar ongunstig zijn, negatieve consequenties voor hemzelf voortvloeien, dan is de administratie verplicht het middel te eerbiedigen dat artikel 26 haar ter beschikking stelt.

99. Dat zij dit middel moet gebruiken, wil niet zeggen, dat zij vervolgens haar bevoegdheid niet meer kan uitoefenen.

100. Dat wil niet zeggen, dat het doel aan de middelen ondergeschikt wordt gemaakt, maar dat ze deel uitmaken van de weg naar dit doel.

101. Ik zou hierover nog het een en ander willen opmerken.

102. Stel het geval, dat de administratie meent, dat het gedrag van een ambtenaar consequenties heeft voor het interne en/of externe functioneren van de dienst.

103. Indien het tot aanstelling bevoegde gezag de veroorzaakte problemen geen overplaatsing waard acht, dan moet het normaal gesproken bij de eerstvolgende beoordeling aanmerkingen op dat gedrag in het beoordelingsrapport en dus in het persoonsdossier opnemen, met mededeling aan de betrokkene, zodat de ambtenaar zich zijn tekortkoming bewust kan worden en daarin verbetering kan brengen. De beoordeling heeft immers de functie, zowel de kwaliteiten als de eventuele tekortkomingen van de ambtenaar aan te wijzen. Wat de laatste betreft, moet de beoordeling door een dialoog met de beoordeelde ambtenaar ertoe bijdragen, dat hij beter aan de eisen van de dienst kan voldoen.

104. Dan is het echter van tweeën één.

105. Hetzij de aanmerkingen zijn gegrond, en in dat geval vormen zij, ongeacht hetgeen de ambtenaar heeft op te merken, gewoon een deel van het beeld van de beroepsuitoefening van de ambtenaar, overeenkomstig één van de doelstellingen van het persoonsdossier waarin zij voorkomen.

106. Hetzij zij zijn niet gegrond, en dan rest de ambtenaar niets anders dan door middel van zijn opmerkingen trachten aan te tonen dat zij onjuist zijn. Indien hij vervolgens geen beroep instelt [35], zal zijn dossier helaas de sporen vertonen van onterechte aanmerkingen.

107. De uitzonderlijke schadelijkheid is er dus niet in gelegen, dat het persoonsdossier ongunstige gegevens bevat, maar dat die gegevens ongegrond zijn.

108. Dit risico bestaat echter altijd. Het bestaat evengoed bij een overplaatsingsbesluit als bij de opstelling van een beoordelingsrapport.

35 — Zie arrest van 25 november 1976 (zaak 122/75, Küster, Jurispr. 1976, blz. 1685, r. o. 9).

109. Zo kan de administratie, naar gelang zij al dan niet tot overplaatsing besluit, jegens dezelfde ambtenaar een beoordelingsfout maken zowel bij het besluit tot overplaatsing als bij het volgende beoordelingsrapport.

110. Zou het logisch zijn, dat hij in het tweede geval zijn recht van verweer onder artikel 26 van het Statuut kan uitoefenen, maar in het eerste geval niet, hoewel de fout dan grotere en directere gevolgen voor hem heeft?

111. Om af te sluiten met een meer algemene overweging, de mededeling van de gegevens die op de persoon van de ambtenaar betrekking hebben, kan nog voordat er van een klacht of een beroep sprake is, juist bepaalde procedurele onduidelijkheden vermijden, omdat zo elke bij de ambtenaar mogelijk opkomende verdenking, dat men hem voortdurend informatie wil onthouden, wordt ondervangen.

112. Indien een geding niettemin niet te vermijden is, zal de administratie overeenkomstig artikel 26, zevende alinea, van het Statuut de gemeenschapsrechter een dossier toezenden dat alle voor het geschil relevante gegevens bevat.

113. De ambtenaar wordt echter niet gedwongen, beroep in te stellen om uiteindelijk bij de gemeenschapsrechter de mededeling te verkrijgen die hij oorspronkelijk verlangde.

114. Wanneer een besluit tot overplaatsing of herplaatsing berust op redenen van organisatie van de diensten, die volstrekt los staan van de persoon van de ambtenaar, kan deze weliswaar niet met een beroep op enige bepaling van het Statuut mededeling eisen van stukken die verband houden met het betrokken organisatieprobleem. Dit verschil is evenwel terecht. Hoe begrijpelijk het ook is, dat wanneer het om zijn persoonlijke kwaliteiten gaat, zijn rechten juist daarom sterker zijn, de ambtenaar behoeft niet reeds bij de vaststelling van het besluit een soort inzage- en controlerecht te hebben om te kunnen nagaan, hoe de administratie haar ruime bevoegdheid bij de organisatie van de diensten heeft uitgeoefend.

115. Concluderend stel ik het Hof voor, te verklaren dat artikel 26 van het Statuut in casu toepasselijk was, anders dan het Gerecht in rechtsoverweging 102 van zijn arrest heeft geoordeeld.

116. Dan nu de vraag, welke consequenties de toepasselijkheid van deze bepaling heeft.

117. Ik heb er reeds op gewezen [36], dat in de rechtspraak van het Hof als voorwaarde voor nietigverklaring van een in strijd met artikel 26 genomen handeling wordt gesteld, dat de betrokken stukken een „beslissende invloed" op het besluit hebben gehad.

118. Nietigverklaring is dus niet het automatisch gevolg van een schending van artikel 26.

119. Ik wijs er in de eerste plaats op, dat nietigverklaring alleen staat op de niet-mededeling van in deze bepaling bedoelde stukken. Het enkele feit dat stukken die wel zijn meegedeeld niet aan het persoonsdossier van de ambtenaar zijn toegevoegd, rechtvaardigt in beginsel geen nietigverklaring. In omstandigheden als de onderhavige is dit op zichzelf niet beslissend voor het genomen besluit.

120. Wat moet worden verstaan onder „beslissende invloed"?

121. Een niet-meegedeeld stuk zal beslissende invloed hebben gehad, wanneer het genomen besluit noodzakelijkerwijs op dat stuk moest worden gebaseerd. Dit zal niet het geval zijn, indien het besluit kan worden gerechtvaardigd door andere stukken die naar behoren ter kennis van de ambtenaar zijn gebracht.

122. Daartoe moeten derhalve de niet-meegedeelde stukken buiten beschouwing worden gelaten en moet worden nagegaan, of het bestreden besluit uiteindelijk onafhankelijk van die stukken op grond van andere, wel geldig meegedeelde stukken gerechtvaardigd is. [37]

123. Deze oplossing lijkt mij in overeenstemming met een zowel juridische als pragmatische visie op het probleem.

124. Op het bijzondere gebied van het Statuut is zij in harmonie met de oplossing die reeds door het Hof [38] en het Gerecht [39] werd aanvaard op het gebied van de mededinging.

36 — Zie hiervoor, punt 61.

37 — Vermeden dient mijns inziens te worden een benadering waarin, met het oog op eventuele uitsluiting van de nietigverklaring, de niet-meegedeelde stukken niet buiten beschouwing worden gelaten en *in wezen wordt nagegaan*, of de ambtenaar de mogelijkheid heeft gehad, ondanks het feit dat mededeling achterwege is gebleven, zijn recht van verweer uit te oefenen, wanneer hem de inhoud van de in geding zijnde stukken *in essentie* is meegedeeld. Deze benadering zou de in artikel 26 van het Statuut gestelde verplichting tot daadwerkelijke mededeling zinloos maken. Kan men zich in een nationale rechtsorde de omzetting van een dergelijke oplossing op een bijzonder gebied als het strafprocesrecht voorstellen?

38 — Arrest van 25 oktober 1983 (zaak 107/82, AEG, Jurispr. 1983, blz. 3151, r. o. 30).

39 — Arrest van 29 juni 1995 (zaak T-30/91, Solvay, Jurispr. 1995, blz. II-1775, r. o. 58).

125. Rest een laatste, belangrijke vraag: kan een schending van het recht van verweer in verband met de niet-mededeling van een ongunstig gegeven, in de loop van het geding worden gedekt? Anders gezegd, heeft het nog zin, de omstreden stukken mee te delen tijdens de contentieuze procedure?

126. Mijns inziens is dit juridisch niet mogelijk.

127. De gemeenschapsrechter bij wie een beroep tot nietigverklaring wordt ingesteld, toetst de handeling naar het tijdstip van de totstandkoming ervan. Het voorwerp van het geschil kan niet naderhand worden „bijgewerkt". De communautaire rechtszaal is niet de plaats waar het voorafgaande administratieve onderzoek kan worden overgedaan. Hoogstens kan de rechter, zoals wij in punt 122 hebben gezien, het verleden op een bepaalde manier met voorbijgaan van sommige onregelmatigheden reconstrueren.

128. Deze oplossing heeft het Gerecht zelf reeds aanvaard in geval van schending van het recht van verweer op mededingingsgebied. [40] Het is ook de oplossing die het Hof heeft gekozen met betrekking tot de motiveringsverplichting van artikel 25 van het Statuut; het Hof verklaarde immers, dat „(...) het ontbreken van een motivering niet kan worden geregulariseerd door de omstandigheid dat de betrokkene tijdens de procedure voor het Hof kennis krijgt van de redenen van het besluit" [41]; in bepaalde gevallen heeft het Hof aanvaard, dat aan de motiveringsverplichting ten laatste kon worden voldaan in de fase van de afwijzing van de krachtens artikel 90 van het Statuut ingediende klacht. [42]

129. Het op het beroep van Ojha gewezen arrest moet worden onderzocht in het licht van de voorgaande overwegingen.

130. In casu zijn om te beginnen specifiek zes klachten van buiten tegen requirant in het geding:

— vier klachten zijn samengevat in een nota van 8 mei 1992 van de directeur van de directie „Azië" van het directoraat-generaal Buitenlandse betrekkingen van de Commissie aan requirant met het verzoek om commentaar;

40 — Ibidem (r. o. 98 en 103).

41 — Arrest van 26 november 1981 (zaak 195/80, Michel, Jurispr. 1981, blz. 2861, r. o. 22).

42 — Arrest van 9 december 1993 (zaak C-115/92 P, Volger, Jurispr. 1993, blz. I-6549, r. o. 22-24).

— een klacht van 22 april 1992 van een vertegenwoordigster van de organisatie „Artsen zonder grenzen" betreffende een vergadering van 2 april 1992;

— een klacht van 18 juni 1992 van het Ministerie van Jute van Bangladesh, gericht aan het hoofd van de delegatie van de Commissie te Dacca.

131. Verder is aan de orde een zeer uitvoerig rapport van 21 mei 1992 van het hoofd van de delegatie van de Commissie te Dacca aan de directeur-generaal Noord-Zuidbetrekkingen bij DG I, waarin een gespannen situatie binnen de delegatie wordt beschreven, waarvan de oorzaak bij de persoonlijkheid van Ojha wordt gelegd.

132. Bij lezing van de nota van 8 mei 1992 blijkt niet, dat de daarin bedoelde klachten schriftelijk waren ingediend. Er is sprake van bezoeken en gesprekken. De inhoud daarvan is requirant ter kennis gebracht met de nota zelf.

133. Ojha erkent, dat de klacht van 18 juni 1992 hem op 30 juni 1992 door het hoofd van de delegatie te Dacca is meegedeeld. [43]

43 — Replick ingediend bij het Gerecht (blz. 12).

134. Ten aanzien van deze vijf klachten is hij dus volledig in staat geweest zijn recht van verweer uit te oefenen in de verschillende gesprekken die hij met zijn meerderen geeft gevoerd.

135. Daarentegen blijkt uit de stukken, dat:

— de schriftelijke klacht van 22 april 1992 hem ter kennis is gebracht tijdens de procedure voor het Gerecht, als bijlage 2 bij het verweerschrift van de Commissie van 6 januari 1994 [44];

— het rapport van 21 mei 1992 is hem eveneens in de loop van het geding ter kennis gebracht, als bijlage bij een antwoord van de Commissie van 19 december 1994 op een vraag van het Gerecht, na de sluiting van de schriftelijke behandeling.

136. Ingevolge de eerdergenoemde beginselen hadden deze twee documenten van 22 april en 21 mei 1992 niet in aanmerking

44 — Deze bewering van verzoeker is stilzwijgend door de Commissie bevestigd in haar dupliek voor het Gerecht (punt 11). Bovendien heeft zij in antwoord op een vraag van het Gerecht erkend, dat zij van de betrokken personen niet had vernomen of het bestaan van deze klacht ter sprake was gekomen tijdens de verschillende gesprekken met Ojha.

mogen worden genomen door de Commissie bij het nemen van het besluit noch door het Gerecht bij zijn toetsing van de reden van de herplaatsing.

137. Geïntimeerde verklaart, dat zij deze niet in aanmerking heeft genomen.

138. Niettemin heeft zij wat de klacht van 22 april 1992 betreft, in haar verweerschrift [45] ter rechtvaardiging van haar besluit met name geschreven:

„Aan deze lijst van klachten [in de nota van 8 mei 1992] moet worden toegevoegd de klacht [van 22 april 1992 betreffende de vergadering] van 2 april 1992 van Artsen zonder grenzen/Frankrijk, die helaas maar al te duidelijk is over het sociale gedrag van requirant (...)"

139. Niettemin heeft geïntimeerde wat het rapport van 21 mei 1992 betreft beklemtoond:

„*Eind juni 1992* was het absoluut noodzakelijk geworden maatregelen te treffen om een einde te maken aan deze voor de goede werking van de dienst bijzonder schadelijke situatie" [46]

en

„(...) het in geding zijnde herplaatsingsbesluit werd in het belang van de dienst gerechtvaardigd door de volgende twee omstandigheden:

— het bestaan van klachten over het gedrag van requirant; en

— *de zeer gespannen situatie binnen de delegatie te Dacca.*" [47]

140. Geen enkel stuk en geen enkele informatie van vóór eind juni 1992 waaruit zou blijken van een gespannen situatie binnen de delegatie, is echter door de Commissie aangehaald en, met name, aan requirant meegedeeld voordat het besluit werd genomen. [48] Het valt dus bezwaarlijk aan te nemen, dat het litigieuze rapport niet in aanmerking is

45 — Punt 4, blz. 4.

46 — Ibidem, punt 7, cursivering van mij.

47 — Ibidem, punt 46, cursivering van mij.

48 — De overige stukken die door de Commissie in punt 51 van het verweerschrift worden genoemd als bewijs voor de interne spanning zijn zelf niet aan verzoeker meegedeeld. Bovendien is het tweede lang niet zo uitvoerig als het rapport van 21 mei 1992.

genomen, temeer daar bepaalde gezichtspunten uit dit rapport terugkomen in het verweer van de Commissie.

141. Het Gerecht heeft bedoelde klacht en rapport niet uitdrukkelijk buiten beschouwing gelaten.

142. Zoals requirant in zijn vierde middel beklemtoont, heeft het Gerecht zelf het rapport van 21 mei 1992 in aanmerking genomen in rechtsoverweging 85 van zijn arrest, waar het overweegt:

„De verklaringen van de Commissie dienaangaande worden gestaafd door de verschillende stukken in het dossier waaruit blijkt, dat de situatie binnen de delegatie zeer gespannen was (...)"

143. In geen enkel ander vóór het besluit naar behoren aan requirant meegedeeld stuk wordt immers gesproken van een zeer gespannen interne situatie.

144. Ik concludeer dan ook, dat het Gerecht het recht heeft geschonden:

— door te oordelen dat artikel 26 van het Statuut niet toepasselijk was en dat het recht van verweer niet was geschonden;

— door de klacht van 22 april 1992 en het rapport van 21 mei 1992 niet buiten beschouwing te laten, omdat die stukken in aanmerking waren genomen in strijd met artikel 26 van het Statuut en bijgevolg in strijd met het recht van verweer;

— door vervolgens niet na te gaan, of de vier klachten bedoeld in de nota van 8 mei 1992 en de klacht van 18 juni 1992 volstonden ter rechtvaardiging van het genomen besluit.

*Het vijfde middel*

145. Met zijn vijfde middel stelt Ojha, dat het Gerecht zijn persoonlijke belangen niet in aanmerking heeft genomen. De verplichting daartoe zou voortvloeien uit het arrest van het Hof van 7 maart 1990 in de zaak Hecq (reeds aangehaald). [49]

49 — Punt 23.

146. Ik zal dit middel in twee onderdelen splitsen.

Het eerste onderdeel

147. In het eerste onderdeel klaagt requirant erover, dat voor zijn herplaatsing in het belang van de dienst het enkele bestaan van klachten voldoende is geacht, ongeacht of deze gegrond waren.

148. Ik wijs erop, dat het Hof in het arrest van 7 maart 1990 in de zaak Hecq (reeds aangehaald) een redenering in twee fasen heeft gevolgd.

149. In de eerste plaats was het van oordeel, dat „de overplaatsing van een ambtenaar om een einde te maken aan een interne situatie die onhoudbaar is geworden, [moet] worden geacht te hebben plaatsgevonden om redenen van dienstbelang". [50] Het Hof beklemtoonde [51]: „In casu kon de administratie er terecht van uitgaan, dat *het dienstbelang vergde dat verzoeker* uit de betrokken afdeling *werd verwijderd*". Het Hof heeft daarmee het criterium van het dienstbelang eveneens betrokken op het „verwijderingsaspect" van een maatregel die een woonplaatswisseling van de ambtenaar meebrengt.

150. Vervolgens preciseerde het Hof [52]: „Een besluit tot herplaatsing van een ambtenaar, dat diens onvrijwillige verhuizing van Brussel naar Luxemburg impliceert, dient nochtans met de nodige zorgvuldigheid te worden genomen; inzonderheid moet rekening worden gehouden met het persoonlijk belang van de betrokken ambtenaar. De Commissie heeft verzoeker laten kiezen tussen een post te Zaventem en de post te Luxemburg, doch verzoeker heeft (...) nooit zijn standpunt kenbaar gemaakt. In die omstandigheden kan de administratie niet worden verweten dat zij niet de nodige zorgvuldigheid aan de dag zou hebben gelegd." Om die reden heeft het Hof de inaanmerkingneming van het persoonlijk belang van de ambtenaar verbonden met de keuze van een nieuwe tewerkstelling, die plaats heeft op het tijdstip dat in beginsel reeds tot verwijdering is besloten wegens het dienstbelang.

151. Met zijn klacht over niet-inaanmerkingneming van zijn persoonlijk belang, wil Ojha niet zozeer de keuze van zijn nieuwe tewerkstelling als wel zijn verwijdering uit Dacca ter discussie te stellen. De kwestie van de verwijdering mag daarmee echter niet in verband worden gebracht. Hoe dan ook liet de inaanmerkingneming van zijn persoonlijk belang, dat niet kan voorgaan boven het dienstbelang, slechts zeer weinig mogelijkheden open: nu het probleem was, dat de ambtenaar niet geschikt was voor een diplomatiek milieu, was een tewerkstelling

50 — R. o. 22.

51 — Ibidem, cursivering van mij.

52 — R. o. 23.

buiten de Gemeenschap moeilijk voorstelbaar, zodat de herplaatsing in Brussel, waar hij voorheen werkzaam was geweest, mijns inziens niet voor discussie vatbaar is.

152. Het eerste onderdeel van het vijfde middel is derhalve ongegrond.

Het tweede onderdeel

153. In het tweede onderdeel van zijn vijfde middel betoogt Ojha, dat het Gerecht artikel 24, eerste alinea, van het Statuut heeft miskend. Deze bepaling luidt:

„De Gemeenschappen verlenen bijstand aan de ambtenaar, inzonderheid bij rechtsvervolgingen van hen die zich hebben schuldig gemaakt aan bedreigingen, grove beledigingen, beschimpingen, smaad of vergrijpen tegen persoon of goed, waaraan hijzelf of de leden van zijn gezin uit hoofde van zijn hoedanigheid en zijn functie blootstaan."

154. Het Gerecht herinnerde aan de rechtspraak van het Hof, volgens welke de in artikel 24 gestelde verplichting van de administratie om in geval van ernstige beschuldigingen die de rechtschapenheid van de ambtenaar in de uitoefening van zijn beroep raken, de nodige maatregelen te nemen om vast te stellen, of die beschuldigingen gegrond zijn, en zo neen, deze te verwerpen en alle maatregelen te treffen om de geschonden reputatie te herstellen. [53]

155. Vervolgens verklaarde het Gerecht [54]: „Wanneer de Commissie evenwel (...) besluit geen gevolg te geven aan de tegen die ambtenaar ingebrachte beschuldigingen, zodat daaruit voor diens rechtschapenheid in de uitoefening van zijn beroep geen nadelige consequenties kunnen voortvloeien, impliceert dat besluit volgens de rechtspraak van het Hof, dat de tegen de verzoeker ingebrachte beschuldigingen van de hand worden gewezen en deze aldus wordt hersteld in de goede naam die hij in de uitoefening van zijn beroep genoot (arrest N./Commissie, reeds aangehaald, r. o. 13-15). In casu heeft de Commissie blijkens het persoonsdossier van verzoeker uit de klachten over hem geen consequenties getrokken die een disciplinaire procedure tegen hem hadden gerechtvaardigd, noch enig effect zouden kunnen hebben gehad op zijn rechtspositie, zodat zij niet was gehouden, een onderzoek in te stellen en de gegrondheid van de klachten te onderzoeken."

156. Volgens requirant heeft het Gerecht in de eerste plaats het recht geschonden door een dergelijke bijstandsverplichting voor de administratie slechts aan te nemen, wanneer zij besluit een disciplinaire procedure tegen de ambtenaar in te stellen en de daartoe nodige maatregelen te treffen. In werkelijkheid is het enige criterium dat telt, of de

53 — Arresten van 11 juli 1974 (zaak 53/72, Guillot, Jurispr. 1974, blz. 791, r. o. 3 en 4), en 18 oktober 1976 (zaak 128/75, N., Jurispr. 1976, blz. 1567, r. o. 10).

54 — R. o. 89.

rechtschapenheid van de ambtenaar in de uitoefening van zijn beroep is aangetast.

157. In de tweede plaats bestrijdt hij met een rechts- en een motiveringsklacht de opvatting van het Gerecht, dat artikel 24 niet van toepassing was, terwijl de Commissie, anders dan in het arrest N. (reeds aangehaald) het geval was, consequenties aan de tegen hem ingebrachte beschuldigingen heeft verbonden en de klachten zijn beroepseer en zijn loopbaan binnen de Commissie reeds hebben geschaad en ook in de toekomst nog zullen schaden.

158. Deze twee punten van kritiek van requirant lijken mij niet ongegrond.

159. In het arrest Guillot (reeds aangehaald) nam het Hof als vaststaand aan [55], dat de Commissie had besloten geen tuchtprocedure tegen de verzoeker in te leiden. Niettemin oordeelde het vervolgens [56], dat de Commissie, door niet alle noodzakelijke maatregelen te nemen om de gegrondheid van de beschuldigingen van de chef van verzoeker na te gaan en, meer in het bijzonder, niet tot een definitief onderzoek over te gaan, haar plicht tegenover de verzoeker had verzuimd. Uit deze beslissing blijkt derhalve duidelijk, dat de instelling niet van een onderzoek van de gegrondheid van beschuldigingen in de zin van artikel 24 van het Statuut mag afzien, alleen omdat zij niet voornemens is een tuchtprocedure in te leiden.

160. Overigens vertoont het door het Gerecht bedoelde arrest N. geen enkele relevante overeenkomst met het onderhavige geval. In die zaak [57] *had de Commissie een onderzoek ingesteld*, waarna zij het — aan de verzoeker meegedeelde — besluit had genomen om aan de beschuldigingen geen gevolg te geven, hetgeen voor hem *geen nadelige consequenties* had. In die bijzondere context merkte het Hof op [58] dat „in zulk een beslissing ten duidelijkste besloten ligt dat de tegen verzoeker ingebrachte beschuldigen worden ter zijde gelegd en de goede naam, door hem in de uitoefening van zijn beroep genoten, wordt hersteld". In casu is er evenwel geen onderzoek ingesteld, maar bovenal hebben de beschuldigingen wel consequenties gehad, aangezien tegen de wil van de ambtenaar werd besloten hem vervroegd naar Brussel te herplaatsen.

161. Uitgaande van deze stand van de redeneringen van requirant en het Gerecht zou men derhalve kunnen menen, dat het Gerecht artikel 24 van het Statuut onjuist heeft uitgelegd, wat vernietiging van de beslissing tot verwerping van het beroep tot nietigverklaring zou kunnen rechtvaardigen.

55 — R. o. 7.
56 — R. o. 12.
57 — Zie r. o. 13 van het arrest.
58 — R. o. 14.

162. Dit lijkt mij evenwel geen noodzakelijke consequentie.

163. Een arrest kan immers enkel wegens schending van het recht worden nietig verklaard, indien de uitspraak niet op een andere rechtsgrond gerechtvaardigd voorkomt. [59]

164. Alvorens echter toe te komen aan de gevolgen van een toepassing van artikel 24 moet eerst de vraag worden beantwoord, of de onderhavige klachten wel een aantasting als bedoeld in deze bepaling opleveren.

165. Mijns inziens mag de draagwijdte van artikel 24 niet verder worden opgerekt dan de tekst en de ratio van deze bepaling toelaten.

166. Wat staat er? De bijstandsverplichting van een instelling ontstaat wanneer sprake is van „bedreigingen, grove beledigingen, beschimpingen, smaad of vergrijpen tegen persoon of goed" van de ambtenaar.

167. Ik stel vast, dat deze begrippen in het nationale recht van de Lid-Staten overeenkomen met kwalificaties uit het strafrecht. De drempel om binnen de werkingssfeer van artikel 24 van het Statuut te vallen, moet dan ook niet te laag worden gesteld; het dient niet van toepassing te zijn bij elke krenking, elk kwaad woord over een ambtenaar. De begrippen die deze drempel uitmaken, moeten niet te ruim worden uitgelegd. Alleen feiten van een zekere ernst moeten daarbij in aanmerking worden genomen.

168. In casu is de vraag, of de naar behoren meegedeelde klachten smaad in de zin van de bepaling opleveren.

169. Naar mijn mening niet.

170. Onder smaad vallen beweringen of aantijgingen die de betrokkene *in zijn eer of goede naam* aantasten. Als smaad kan bij voorbeeld worden aangemerkt de beschuldiging van een strafbaar feit of, meer in het algemeen, van onwettig, onzedelijk of onwaardig gedrag.

171. Daarentegen valt onder het smaadbegrip niet eenvoudige kritiek op de persoonlijkheid of het gedrag van een ambtenaar

59 — Zie met name arrest van 9 juni 1992 (zaak C-30/91 P, Lestelle, Jurispr. 1992, blz. I-3755, r. o. 28).

in zijn beroepsuitoefening, voor zover geen concrete feiten worden genoemd die de eer of goede naam aantasten.

172. Voor zover ik weet, hebben de nationale rechtsorden van de Lid-Staten eenvoudige kritiek niet tot strafbaar feit verheven.

173. De vier mondelinge klachten genoemd in de nota van 8 mei 1992 behelzen hoofdzakelijk kritiek op de persoonlijkheid van requirant alsook op onhandige of twijfelachtige gedragingen en uitlatingen, die aanleiding hadden gegeven tot toenemende spanningen.

174. Bij de brief van het Ministerie van Jute van 18 juni 1992 is in kopie een brief van Ojha gevoegd, waarvan het Ministerie de inhoud en toonzetting kritiseert; volgens dat Ministerie zijn de grenzen van de wellevendheid overschreden. De klacht houdt kritiek in op een standpunt van requirant over de juistheid van notulen van vergaderingen waaraan hij had deelgenomen, maar er worden geen beweringen of aantijgingen in geuit, die zijn eer of goede naam aantasten.

175. Ik leid hieruit af, dat artikel 24 van het Statuut niet van toepassing kon zijn op de onderhavige rechtssituatie, aangezien de ambtenaar niet het mikpunt is geweest van een van de in die bepaling bedoelde krenkingen.

176. Op deze rechtsgrond, die in de plaats komt van de gronden die het Gerecht had aanvaard, moet het tweede onderdeel van het vijfde middel worden afgewezen.

177. Ten overvloede merk ik op, dat ik betwijfel of een schending van artikel 24 van het Statuut, wanneer het van toepassing is, door een instelling op zich wel een grond tot nietigverklaring van een besluit tot overplaatsing of herplaatsing kan zijn. Of eventueel het dienstbelang kennelijk onjuist is beoordeeld, wordt uitsluitend getoetst aan artikel 7 van het Statuut. In dat kader kan, zoals wij hebben gezien, tot overplaatsing of herplaatsing worden besloten op grond van het enkele bestaan van klachten, ongeacht of deze gegrond zijn, omdat in bepaalde omstandigheden het dienstbelang zonder meer voorgaat op het persoonlijk belang van de ambtenaar. De bijstandsverplichting van artikel 24 van het Statuut staat daar los van. Indien zij niet wordt nagekomen, kan dit leiden tot nietigverklaring van de weigering van de gevraagde bijstand. [60] Dit kan een dienstfout opleveren en dus de aansprakelijkheid van de Gemeenschap meebrengen. De nakoming van een bijstandsverplichting is evenwel geen voorwaarde voor de geldigheid van een besluit tot overplaatsing of herplaatsing.

60 — Arrest Guillot, reeds aangehaald (r. o. 14).

## III — Gevolgen van de geconstateerde schending van het recht

178. Na de analyse van de middelen in hogere voorziening stel ik vast, dat het Gerecht het recht heeft geschonden met zijn oordeel, dat artikel 26 van het Statuut niet van toepassing was en het recht van verweer niet was geschonden.

179. Een eventuele substitutie van rechtsgronden lijkt op dit punt niet mogelijk. In de derde fase van de hierboven in punt 144 weergegeven redenering moet worden nagegaan, hetgeen het Gerecht heeft nagelaten, of de vier klachten in de nota van 8 mei 1992 alsook de klacht van 18 juni 1992 volstonden ter rechtvaardiging van het besluit van de Commissie. Deze controle dient plaats te vinden in het kader van een beperkte toetsing op een kennelijke beoordelingsfout of misbruik van bevoegdheid. Zelfs in dit kader is daarvoor evenwel een beoordeling van de feiten vereist die onverenigbaar is met een substitutie van rechtsgronden. [61]

180. Bijgevolg kan niet anders dan een vernietiging worden uitgesproken.

181. Moet deze vernietiging geheel zijn of gedeeltelijk?

182. Wanneer een bij het Gerecht ingesteld beroep verschillende vorderingen omvat, levert de gedeeltelijke vernietiging van een onderdeel van de uitspraak, met afwijzing van de tegen de overige onderdelen gerichte middelen in hogere voorziening, geen bijzonder probleem op. [62]

183. Kan het Hof evenwel ook het enige onderdeel of een van de onderdelen van de uitspraak van een arrest van het Gerecht gedeeltelijk vernietigen en deze vernietiging beperken tot een of meer tegen dit gedeelte van de uitspraak gerichte middelen, dat wil in wezen zeggen, tot een of meer overwegingen waarop de uitspraak berust? Of betekent vernietiging steeds dat alle middelen die betrekking hebben op dit onderdeel van de uitspraak, met inbegrip van de middelen die het Gerecht heeft onderzocht en afgewezen, maar die in hogere voorziening niet opnieuw zijn voorgesteld, opnieuw moeten worden onderzocht?

184. Het Hof heeft naar mij voorkomt reeds uitgesproken, dat bij een gehele of gedeeltelijke vernietiging van een arrest geen heronderzoek noodzakelijk is van de middelen die het Gerecht heeft afgewezen en die de requirant in zijn hogere voorziening niet herhaalt. [63]

61 — Het komt mij voor, dat het Hof in het arrest van 17 januari 1992 (zaak C-107/90 P, Hochbaum, Jurispr. 1992, blz. I-157, r. o. 16 in fine) heeft verklaard, dat de aanwezigheid van misbruik van bevoegdheid een feitelijke vraag is, die uitsluitend ter beoordeling van het Gerecht staat en dus aan de beoordeling van het Hof onttrokken is.

62 — Zie bij voorbeeld arrest van 19 juni 1992 (zaak C-18/91 P, V., Jurispr. 1992, blz. I-3997).

63 — Arrest van 29 juni 1994 (zaak C-298/93 P, Klinke, Jurispr. 1994, blz. I-3009): vier middelen waren ingediend bij het Gerecht, dat deze alle afwees; drie daarvan werden in hogere voorziening herhaald; het Hof aanvaardde ze alle drie; na vernietiging en onder toepassing van artikel 54 van 's Hofs Statuut-EG onderzocht het Hof uitsluitend die drie middelen, en het vierde niet. Zie ook arrest van 17 januari 1995 (zaak C-360/92 P, Publishers Association, Jurispr. 1995, blz. I-23, r. o. 34).

185. Deze rechtspraak kan in casu worden toegepast op verscheidene middelen die requirant wel voor het Gerecht, maar niet voor het Hof heeft aangevoerd.

186. Met betrekking tot de middelen die inderdaad in hogere voorziening zijn aangevoerd, kan men zich afvragen, of vernietiging van de uitspraak of van het desbetreffende onderdeel van de uitspraak hoe dan ook noopt tot heronderzoek van al deze middelen, dan wel enkel van het middel dat het Hof gegrond acht, wanneer het de andere heeft afgewezen.

187. In het eerste geval heeft alleen het onderzoek van het middel zin op grond waarvan de bestreden uitspraak of het bestreden onderdeel van de uitspraak kan worden vernietigd; in geval van terugverwijzing naar het Gerecht kan opnieuw hogere voorziening worden ingesteld ter zake van een van de andere door de rechter in eerste aanleg opnieuw onderzochte middelen. De tweede mogelijkheid heeft als voordeel, dat het aantal punten dat na terugverwijzing daadwerkelijk moet worden beoordeeld door het Gerecht, of door het Hof zelf indien het besluit artikel 54 van 's Hofs Statuut-EG toe te passen, beperkt wordt.

188. De tweede oplossing verdient dan ook mijns inziens de voorkeur uit een oogpunt van proceseconomie, vooral wanneer het bestreden arrest een afwijzend arrest is.

189. Mij dunkt, dat in het arrest Klinke (reeds aangehaald) ongetwijfeld voor deze oplossing zou zijn gekozen, indien het Hof in plaats van de drie middelen in hogere voorziening te aanvaarden en vervolgens ten gronde te beslissen [64] op de drie overeenkomstige middelen die voor het Gerecht waren aangevoerd, slechts een of twee middelen van de hogere voorziening had aanvaard. In rechtsoverweging 26 van het arrest verklaart het Hof immers: „(...) moet het bestreden arrest dus *gedeeltelijk, voor zover daarin de hiervoor genoemde drie middelen van requirant zijn verworpen*, worden vernietigd". [65]

190. Ik geef het Hof derhalve in overweging, het arrest van 6 juli 1995 gedeeltelijk te vernietigen, voor zover daarin is uitgesproken, dat artikel 26 van het Statuut niet van toepassing was en dat het recht van verweer niet was geschonden, en voor zover daaruit is afgeleid dat de vordering tot vergoeding van de morele schade ongegrond was.

191. Voor het overige kan de hogere voorziening worden verworpen.

192. Aangezien de zaak mij in staat van wijzen voorkomt, stel ik voor, deze op de vernietigde punten af te doen krachtens artikel 54 van 's Hofs Statuut-EG. Zou het Hof in het kader van de hierboven in punt 186 uiteengezette eerste oplossing een algehele vernietiging noodzakelijk achten, dan moet hetzij tevens op de overige middelen die eerst bij het Gerecht en vervolgens bij het Hof zijn ingediend, ten gronde worden beslist, hetzij de zaak worden terugverwezen

64 — Krachtens artikel 54 van 's Hofs Statuut-EG.
65 — Cursivering van mij.

naar het Gerecht met betrekking tot alle in hogere voorziening opnieuw aangevoerde middelen.

— deze bepaling is — onder voorbehoud van opneming in het persoonsdossier — in acht genomen met betrekking tot vier mondelinge klachten waarvan de inhoud de ambtenaar is meegedeeld bij de nota van 8 mei 1992;

**IV — De afdoening door het Hof van het geschil na gedeeltelijke vernietiging**

— eveneens onder voorbehoud van opneming in het dossier, is het in acht genomen met betrekking tot de klacht van het Ministerie van Jute van de regering van Bangladesh van 18 juni 1992, die verzoeker is meegedeeld op 30 juni 1992;

193. Na al het voorgaande kan ik op dit punt betrekkelijk kort zijn.

— dit artikel is niet in acht genomen met betrekking tot de klacht van 22 april 1992 van de organisatie Artsen zonder grenzen, noch met betrekking tot het intern rapport van 21 mei 1992 van het hoofd van de delegatie van de Commissie te Dacca, die verzoeker zijn meegedeeld nadat hij beroep had ingesteld;

194. De voor het Gerecht aangevoerde middelen, waarover te zamen dient te worden beslist, zijn het tweede middel, voor zover betrekking hebbend op schending van het recht van verweer, en het derde middel, voor zover dit schending van artikel 26 van het Statuut betreft.

— het feit dat de laatste twee stukken niet zijn meegedeeld, betekent een schending van artikel 26 van het Statuut en derhalve een schending van het recht van verweer, en is bijgevolg een grond voor nietigverklaring van het besluit van 20 oktober 1992;

195. In het kader van de afdoening door het Hof moet om te beginnen het volgende worden beslist:

— artikel 26 van het Statuut was op het onderhavige geval van toepassing;

— nietigverklaring kan evenwel slechts plaatsvinden, indien deze twee stukken

een beslissende invloed op het litigieuze besluit hebben gehad;

— anders gezegd, nietigverklaring is niet mogelijk, indien de vijf overige klachten over de ambtenaar volstaan voor het bewijs dat het tot aanstelling bevoegde gezag geen kennelijke beoordelingsfout of misbruik van bevoegdheid heeft begaan.

196. Vervolgens moeten de feiten worden beoordeeld zoals die blijken uit de nota van 8 mei 1992 en de klacht van 18 juni 1992.

197. Deze stukken bevatten een reeks onderling overeenstemmende indicaties waaruit blijkt van ernstige communicatiemoeilijkheden bij requirant in de externe betrekkingen van de delegatie. Dat die betrekkingen inderdaad gespannen waren, blijkt duidelijk bij lezing van de betrokken documenten. Nu behoort het echter juist tot de eigenheid van functies in een diplomatiek milieu, in de eerste plaats elke spanning te vermijden, en in de tweede plaats niettemin opkomende spanningen af te bouwen. Stellig behoort daar niet toe eventuele moeilijkheden die elk voor zich diplomatiek zouden moeten worden opgelost, zo te verscherpen dat algemene spanningen ontstaan.

198. Hoezeer de spanning was opgelopen, illustreert de brief van 18 juni 1992, waarin het betrokken Ministerie aan het slot het hoofd van de delegatie van de Commissie meedeelt dat Ojha voor geen enkele vergadering meer zal worden uitgenodigd, en voorstelt om een ander in zijn plaats te benoemen.

199. De ten tijde van het litigieuze besluit ontstane situatie was, los van de vraag of elk van de klachten op zich beschouwd gegrond was, het tegendeel van het functioneren van de diplomatie.

200. Zij impliceerde op korte termijn een breuk in bepaalde externe betrekkingen van de dienst, ingeval geen oplossing werd gevonden.

201. Zij bracht de goede werking van de dienst derhalve ernstig in gevaar.

202. In deze context geeft het besluit van de Commissie, zelfs indien dit uitsluitend was gebaseerd op de nota van 8 mei 1992 en de klacht van 18 juni 1992, geen blijk van een kennelijke beoordelingsfout of van misbruik van bevoegdheid.

203. De twee uitgesloten stukken vormden derhalve geen noodzakelijke grondslag voor het herplaatsingsbesluit.

204. Bijgevolg kan de met betrekking tot deze stukken geconstateerde schending van het recht van verweer niet leiden tot nietigverklaring van het besluit van de Commissie.

205. Derhalve moeten de vorderingen strekkende tot nietigverklaring, voor zover zij zijn gebaseerd op schending van het recht van verweer en schending van artikel 26 van het Statuut, worden verworpen. Hetzelfde geldt voor de schadevordering, die op dezelfde middelen gebaseerd is.

**V — Kosten**

206. Artikel 122, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering bepaalt, dat wanneer de hogere voorziening gegrond is en het Hof zelf de zaak afdoet, het Hof ten aanzien van de proceskosten beslist.

207. Artikel 70 van dit Reglement bepaalt, dat in de gedingen tussen de Gemeenschappen en hun personeelsleden de kosten door de instellingen gemaakt te hunnen laste blijven.

208. Blijkens artikel 122, tweede alinea, is deze regel evenwel niet van toepassing indien de hogere voorziening is ingesteld door een ambtenaar of ander personeelslid van een instelling. Volgens dezelfde bepaling kan het Hof echter in dat geval in afwijking van artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering de kosten over de partijen verdelen indien de billijkheid dit vergt.

209. In casu heeft de Commissie in haar verweerschrift geconcludeerd tot verwijzing van Ojha in de kosten.

210. In de bijzondere omstandigheden van dit geval moet worden aanvaard, dat de Commissie met het achterhouden van bepaalde onder artikel 26 vallende stukken deels heeft bijgedragen tot het ontstaan van een zekere achterdocht bij de ambtenaar. Aldus heeft zij derhalve tot op zekere hoogte zelf bijgedragen aan de instelling van het beroep en de hogere voorziening.

211. Ik geef het Hof dan ook in overweging, ingevolge artikel 122, tweede alinea, van het Reglement voor de procesvoering te bepalen dat de kosten voor twee derde worden gedragen door requirant en voor een derde door de Commissie.

## Conclusie

212. Op grond van voorgaande beschouwingen geef ik het Hof in overweging:

1) het arrest van het Gerecht van 6 juli 1995 in zaak T-36/93 te vernietigen voor zover daarin is geoordeeld, dat artikel 26 van het Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen niet van toepassing was en dat het recht van verweer niet was geschonden, alsook voor zover daaruit is afgeleid dat de vordering tot vergoeding van morele schade ongegrond was;

2) de hogere voorziening voor het overige af te wijzen;

3) ten principale rechtdoend, het beroep te verwerpen voor zover het is gebaseerd op schending van artikel 26 van het Statuut en schending van het beginsel van eerbiediging van het recht van verweer;

4) requirant in twee derde en de Commissie in een derde van de kosten te verwijzen.