FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MARCO DARMON

fremsat den 22. januar 1987 *

Høje Domstol.

1. Med henblik på at udvælge lederne af de oversættergrupper, der blev oprettet inden for hver enkelt oversættelsesafdeling som led i den omstrukturering af tjenestegrenene, der blev vedtaget den 23. februar 1983, havde Kommissionen for De europæiske Fællesskaber fastsat regler, hvorefter der i oversættelsesafdelingerne i Luxembourg kunne anvendes en »rotationsordning for lederemner... på forsøgsbasis«.

På grundlag af indkomne ansøgninger kunne hver enkelt afdelingsleder tage stilling til, hvem af revisorerne og de ledende oversættere — stillingen som gruppeleder er på et tilsvarende niveau — der skulle fungere som gruppeleder i en forsøgsperiode på 6 måneder.

I gruppen »økonomi og finans« i den italienske oversættelsesafdeling har kun sagsøgeren, Anna Bonino, og C. Tutzschky successivt på forsøgsbasis beklædt den pågældende stilling, nemlig i perioden 1. juni 1983 — 31. maj 1984.

De indgav naturligvis begge ansøgning, da der i juni 1984 blev offentliggjort en meddelelse om, at den pågældende stilling var ledig; i meddelelsen hed det med hensyn til kvalifikationskravene blandt andet:

»2) Indgående kendskab til spørgsmål i forbindelse med ledelse af arbejdet i en oversættergruppe«.

Som det fremgår både af skrivelsen af 12. juli 1984 fra lederen af den italienske oversættelsesafdeling og af den derpå følgende skrivelse fra chefen for direktoratet for personale, administration og oversættelse, var det for valget af C. Tutzschky afgørende, at hans evner for »ledelse« af den pågældende gruppe fandtes bedre end A. Bonino's.

2. Til støtte for sin påstand om annullation af udnævnelsen af Tutzschky har sagsøgeren fremført anbringender, der i det væsentlige kan opdeles i to grupper; den ene vedrører spørgsmålet om tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter, mens den anden vedrører spørgsmålet om, hvorvidt den afgørelse, Kommissionen har truffet i sin egenskab af ansættelsesmyndighed, er holdbar.

Inden jeg behandler de nævnte anbringender, skal jeg minde om, at ansættelsesmyndigheden ved besættelsen af en stilling, der er opslået ledig, har et vidt skøn, både ved vurderingen af hensynene til tjenestens interesse, og af de forskellige ansøgeres fortjenester. Dette synspunkt, som Domstolen navnlig har lagt til grund i forbindelse med afgørelser om forfremmelse, og som til stadighed fastslås i Domstolens praksis [1], må finde anvendelse på en forflyttelse, når der — som i den foreliggende sag — skal foretages en sammenlignende vurdering af de forskellige ansøgeres fortjenester.

Som Domstolen fastslog i den nyligt afsagte Vaysse-dom, er Domstolens kontrol begrænset

»til, om administrationen på baggrund af den fulgte fremgangsmåde og de forhold, den kan have lagt til grund for vurderingen, kan antages at have holdt sig inden for

* Oversat fra fransk.

1 — Jfr. sag 26/85, Vaysse, dom af 23. oktober 1986, Sml. s. 3131, præmis 26.

grænser, som ikke kan anfægtes, og ikke har anvendt sine beføjelser åbenbart fejlagtigt« [1].

Som fremhævet af generaladvokat Dutheillet de Lamothe i hans forslag til afgørelse i Marcato-sagen [2] kan Domstolen med andre ord ikke kontrollere rigtigheden af administrationens bedømmelse af ansøgernes faglige egnethed, men udelukkende

— at den procedure, der har ført til den anfægtede afgørelse, i formen er korrekt,

— at de faktiske omstændigheder, der er lagt til grund, materielt er rigtige, og at ansættelsesmyndigheden ikke har vurderet dem åbenbart fejlagtigt, og

— endelig, at der ikke foreligger en retsvildfarelse eller er begået magtfordrejning.

Ud fra de synspunkter vil jeg nu behandle sagsøgerens anbringender.

Formaliteten

3. Anna Bonino har i det væsentlige gjort gældende, at henses til, at udnævnelsen af Tutzschky er så »overraskende«, og der er under-repræsentation af kvinder på de pågældende ledende poster, burde ansættelsesmyndighedens afgørelse have indeholdt en »særlig detaljeret« begrundelse. Forholdet er imidlertid det, at sagsøgeren ikke officielt har modtaget meddelelse om grunden til ansættelsesmyndighedens afgørelse, navnlig ikke i ovennævnte skrivelse af 12. juli 1984. For så vidt angår den heri indeholdte vurdering, kan den ikke gøres gældende imod sagsøgeren, da hun ikke forinden er blevet gjort bekendt med dem, jfr. vedtægtens artikler 26 og 43.

Sagsøgerens første anbringende, der vedrører begrundelsens omfang, giver næppe anledning til problemer, idet ansættelsesmyndigheden ikke over for en forbigået ansøger har pligt til at begrunde den afgørelse, hvorved den ved forflyttelse udnævner en anden tjenestemand.

Ifølge Domstolens faste praksis er forholdet det, at

»ansættelsesmyndigheden er ikke pligtig at begrunde beslutningerne om forfremmelse over for de ansøgere, der ikke er blevet forfremmet, da betragtningerne i en sådan begrundelse kan få skadevirkninger for disse eller i det mindste nogle af disse« [3].

Det skøn, ansættelsesmyndigheden anerkendes at have, medfører således, at

»da de omstændigheder, den lægger til grund ved vurderingen, og ikke alene dem, der afhænger af ansøgernes kundskaber og faglige egnethed, men også den, der afhænger af deres karakteregenskaber, deres adfærd og deres personlige egenskaber som helhed, ikke er omfattet af begrundelsespligten, hvis virkninger i øvrigt kunne få skadevirkninger for de forbigåede ansøgere« [4].

Det samme princip må finde anvendelse på afgørelser om udnævnelse ved forflyttelse, der træffes efter en sammenligning af de forskellige ansøgeres fortjenester.

Herefter er det unødvendigt at tage stilling til, om begrundelsen burde have været detaljeret, og sagsøgerens første anbringende kan ikke lægges til grund.

4. Sagsøgerens argument, hvorefter ansættelsesmyndigheden ikke kan gøre skrivelsen

1 — Jfr. sag 26/85, Vaysse, dom af 23. oktober 1986, Sml. s. 3131, præmis 26.

2 — Sag 29/70, Marcato, Sml. 1971, s. 37; org. ref. Rec. 1971, s. 243, navnlig s. 250.

3 — Sag 188/73, Grassi, Sml. 1974, s. 1099, præmis 12.

4 — Sag 27/63, Raponi, Sml. 1964, s. 467; org. ref. Rec. 1964, s. 247, navnlig på s. 268.

af 12. juli 1984 fra de to ansøgeres overordnede gældende mod hende, bør undersøges nærmere. Det vedrører således spørgsmålet om *lovligheden af den procedure*, der har ført til den anfægtede afgørelse, og berører et væsentligt princip i vedtægten.

Det fremgår således af sagen, at chefen for den italienske oversættelsesafdeling har bedømt, hvilken af de to ansøgere, der var bedst egnet, på grundlag af en sammenligning mellem de egenskaber som gruppeleder, som de hver for sig havde udvist i forsøgsperioden. De respektive vurderinger af den måde, de havde fungeret som gruppeleder på, blev ved udløbet af forsøgsperioden hverken meddelt dem eller lagt i deres personlige aktmappe, hvorfor ingen af dem har kunnet fremsætte deres bemærkninger heril.

Vedtægtens artikel 26 bestemmer:

»Akterne vedrørende den enkelte tjenestemand skal omfatte:

a) samtlige dokumenter, der vedrører hans tjenesteforhold samt enhver bedømmelse af hans kvalifikationer, indsats eller adfærd;

b) tjenestemandens bemærkninger til disse dokumenter.«

Det hedder videre i artiklen:

»Institutionen kan ikke mod en tjenestemand påberåbe sig eller gøre gældende de under litra a) nævnte dokumenter, medmindre tjenestemanden er blevet gjort bekendt med dem, før de blev indsat i akterne«.

Følgelig bestemmes det i vedtægtens artikel 43:

»Regelmæssigt... udfærdiges der for hver tjenestemand... en udtalelse vedrørende hans kvalifikationer, tjenstlige indsats og adfærd... Han har ret til at tilføje enhver bemærkning, han finder nødvendig.«

I den principielle dom i Rittweger-sagen anvendte Domstolen ovennævnte bestemmelser i et tilfælde, hvor administrationen under en intern ansættelsesprocedure var fremkommet med negative vurderinger af én af de forbigåede ansøgere, og de nævnte vurderinger

— havde haft »afgørende indflydelse på indholdet« af afgørelsen om udnævnelse

og

— »hverken havde været indføjet i [den pågældende tjenestemands] personlige aktmappe eller [var] bragt til hans kundskab« og var i »åbenbar modstrid med den vurdering, der kunne udledes af tjenestemandens bedømmelse« [5].

Tilsvarende bemærkede generaladvokat Dutheillet de Lamothe i sit forslag til afgørelse i den sag, at

»hvis det i forbindelse med en forfremmelse eller en forflyttelse ikke er de karakterer, som regelmæssigt tildeles tjenestemændene, og som de kender, der tages i betragtning, men andre og hemmelige vurderinger, forsvinder den garanti, som vedtægtens forfattere har villet give de ansatte med artikel 43, fuldstændigt« [6].

På linie hermed fastslog Domstolen med hensyn til ovennævnte artikel 26 i dommen i Brasseur-sagen:

»Formålet med de nævnte bestemmelser er at sikre tjenestemændenes ret til forsvar ved

5 — Sag 21/70, Rittweger, Sml. 1971, s. 1; org. ref. Rec. 1971, s. 7, præmisserne 35 ff.

6 — Sag 21/70, jfr. ovenfor; org. ref. Rec. 1971, s. 21.

at forhindre, at afgørelser fra ansættelsesmyndigheden vedrørende deres tjenesteretlige stilling og karriere træffes på grundlag af omstændigheder ved deres adfærd, der ikke er omtalt i deres akter«[7].

Forholdet er reelt det, at hvis ikke kravene i artikel 26 og de dermed klart forbundne krav i henhold til artikel 43 skal miste enhver betydning, er det nødvendigt, at der på dette punkt er *gennemsigtighed.* Ansættelsesmyndigheden skal imidlertid ikke meddele indholdet og resultatet af den *sammenlignende vurdering* af de forskellige ansøgeres respektive egnethed, som den har foretaget med henblik på at træffe sin afgørelse. Dette synspunkt er det centrale i den diskretion, den på det punkt bør udvise, og det kunne, som jeg har understreget, medføre skadevirkninger for de forbigåede ansøgere, hvis de fik meddelelse herom. Derimod bør den umiddelbart overordnedes vurdering af, hvorledes *hver enkelt ansøger* isoleret betragtet *udfører sit arbejde* meddeles den pågældende, inden den sammenlignende vurdering foretages, ikke alene med henblik på, at den ansatte i givet fald kan fremkomme med sine bemærkninger, men navnlig for derved at sikre, at ansættelsesmyndigheden træffer sin afgørelse *på grundlag af en fuldt oplyst sag.* Modstykket til det skøn, ansættelsesmyndigheden anerkendes at have, når den skal træffe endelig afgørelse, og den omstændighed, at den kan undlade at begrunde sin afgørelse over for de ansatte, der ikke udnævnes, er dens forpligtelse til at være bekendt med de forhold, der udgør hver enkelt ansøgers fortjenester, således som de på kontradiktorisk måde er vurderet af deres umiddelbart overordnede og drøftet af de pågældende ansatte selv forud for indledningen af den interne ansættelsesprocedure.

7 — Sag 88/71, Sml. 1972, s. 131; org. ref. Rec. 1972, s. 499, præmis 11.

5. Hvordan forholder det sig i den foreliggende sag? Det fremgår utvetydigt af skrivelsen fra lederen af den italienske oversættelsesafdeling, at den *afgørende* faktor ved valget af Tutzschky har været hans egenskaber som »leder« af gruppen »økonomi og finans«, der fandtes at være bedre end sagsøgerens. Af de ovenfor angivne grunde skulle indholdet af den nævnte skrivelse, hvori den umiddelbart overordnede foretager en sammenligning af de to ansøgeres indsats, ikke meddeles. For så vidt angår den umiddelbart overordnedes vurdering af deres individuelle indsats ved forsøgsperiodens udløb, blev den ikke meddelt ansøgerne. Når forholdet er det, at ansættelsesmyndigheden kunne udnævne lederen af gruppen »økonomi og finans« uden at gennemføre en forsøgsperiode, men alene på grundlag af ansøgernes personlige aktmappe, herunder deres bedømmelser, burde ansættelsesmyndigheden — når hver af de to ansøgere på tur var »i stolen« — som led i gennemførelsen af denne usædvanlige ordning, der skulle give den afgørende vejledning med henblik på den senere afgørelse, udarbejde en skriftlig bedømmelse om hver enkelt ansøgers indsats. Da der ikke er foretaget en sådan individuel vurdering, som er nødvendig på grundlag af karakteren af og formålet med den anvendte metode, og da den følgelig ikke i rette tid er meddelt sagsøgeren, har den fulgte procedure således bevirket, at sagsøgeren ikke har kunnet fremsætte sine bemærkninger til en sådan vurdering, ligesom ansættelsesmyndigheden ikke ud fra en sådan eventuel konfrontation kunne træffe sin afgørelse med fuldt kendskab til sagens omstændigheder.

En simpel og ikke helt klar mundtlig meddelelse, der i øvrigt blev givet *under ansættelsesproceduren og ikke ved udløbet af forsøgsperioden,* kan ikke i relation hertil anta-

ges at opfylde kravene i vedtægtens artikler 26 og 43, hvorefter der udtrykkeligt kræves en skriftlig udveksling af formaliserede oplysninger.

Da ansættelsesmyndigheden ikke har overholdt det væsentlige princip om, at en ansøger forud for indledningen af ansættelsesproceduren skal gives meddelelse om vurderingen af sin indsats som gruppeleder i forsøgsperioden på 6 måneder, har den således begået en procedurefejl, som bevirker, at den anfægtede afgørelse er ulovlig og derfor bør annulleres.

Det er derfor kun subsidiært, at jeg vil behandle de anbringender, sagsøgeren og intervenienten har fremført til støtte for, at den anfægtede afgørelse ikke er holdbar.

Realiteten

6. Sagsøgeren har her fremført tre anbringender, nemlig at der er tale om en åbenbar vildfarelse, en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder og af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at når Kommissionen har lagt særlig vægt på det kriterium, hvorefter Tutzschky i forsøgsperioden havde vist sig at have bedre egenskaber som »leder«, har Kommissionen begået en åbenbar skønsfejl. Således har Anna Bonino blandt andet højere anciennitet, bedre kvalifikationer og større erfaring end sin konkurrent. Desuden har hun rent faktisk arbejdet som gruppeleder for en oversættergruppe, som var specialiseret i økonomiske og statistiske oversættelser, og som var foreløberen for gruppen »økonomi og finans«.

Jeg har svært ved at følge den argumentation, som ifølge sagsøgeren desuden støttes af, at hun blev foreslået som leder af en anden gruppe. Jeg har allerede understreget, at ansættelsesmyndigheden i henhold til Domstolens faste praksis har et vidt skøn med hensyn til at bedømme en ansøgers egnethed til en ledig stilling. Selv om forholdet er det, som Kommissionen i øvrigt anerkendte under den mundtlige forhandling, at der ud fra en objektiv sammenligning af de to ansøgeres fortjenester er en del, der taler til fordel for sagsøgeren, tilkommer det ansættelsesmyndigheden og den alene at vurdere sådanne forskelle, dvs. at veje for og imod, inden den i tjenestens interesse træffer sin afgørelse.

Når ansættelsesmyndigheden i sidste instans lagde afgørende vægt på spørgsmålet om egnethed til at lede en sådan gruppe, et udvælgelseskritierium, som sagsøgeren stiltiende accepterede, idet hun deltog i rotationsordningen, kan den ikke antages at have overskredet grænserne for sit skøn, idet det nævnte kriterium udtrykkeligt var angivet blandt kvalifikationskravene i meddelelsen om ledig stilling. Ansættelsesmyndighedens forslag om, at hun skulle lede en anden gruppe, vidner netop om ansættelsesmyndighedens ønske om, at der som leder af gruppen »økonomi og finans« skulle udpeges den bedst egnede ansøger.

Den metode, der er anvendt i det øjemed, nemlig en rotation af ansøgere, der som led i en forsøgsordning arbejder i den stilling, der skal besættes, kan bestemt give anledning til diskussion. Man må således rejse det spørgsmål, hvad der under en sådan ordning vil ske, hvis en tjenestemand, som ikke har kunnet deltage i en sådan forsøgsperiode,

alligevel indgiver ansøgning efter offentliggørelse af stillingsopslaget. Uanset hvilken vurdering, man vil anlægge, opstår spørgsmålet ikke i den foreliggende sag. Sagsøgeren deltog i forsøget, i stillingsopslaget var udtrykkeligt angivet spørgsmålet om egnethed til at lade den pågældende gruppe, Anna Bonino har i et bilag til sin ansøgning udtrykkeligt henvist til det forsøg, hun havde afsluttet, og ansættelsesmyndigheden tog resultaterne af det således gennemførte eksperiment i betragtning.

Da forsøgsordningen principielt ikke er omtvistet, er den omstændighed, at ansættelsesmyndigheden ved valget mellem to ansøgere, hvis tidligere fortjenester den havde sammenlignet, lagde deres respektive indsats som gruppeleder, der var testet i en prøveperiode, til grund, ikke en åbenbar fejl.

7. Med sine to sidste anbringender har sagsøgeren gjort gældende, at ansættelsesmyndigheden ved forbigåelsen af hende, dvs. en kvindelig tjenestemand, ikke har overholdt det generelle princip om ligebehandling af mænd og kvinder inden for EF-administrationen, og de forpligtelser, Kommissionen har påtaget sig i den forbindelse, og at ansættelsesmyndigheden således har skuffet den berettigede forventning, hun havde som kvinde. Selv om hun med disse anbringender rejser et principielt spørgsmål, kan ingen af dem lægges til grund.

Således har sagsøgeren ikke fremlagt bevis for, at Kommissionen har udøvet forskelsbehandling på grundlag af køn over for hende[8]. Det er uomtvistet, at ansættelsesmyndigheden har vurderet de to ansøgeres fortjenester på grundlag af ensartede kriterier. Da princippet om lige muligheder således er blevet overholdt, er den foretrukne ansøger blevet valgt på grundlag af sin bedre egnethed som leder. Sagsøgerens argument, hvorefter dette netop er udtryk for en kønsdiskriminerende stereotypi, bygger ikke på konkrete oplysninger, og forekommer mig at være alt for generelt til, at det kan lægges til grund. Jeg skal i øvrigt endnu engang pege på, at Anna Bonino blev foreslået til en stilling som leder af en anden gruppe, hvilket for hendes vedkommende må udelukke enhver diskussion om kønsdiskrimination.

For så vidt angår det spørgsmål om »fortrinsret«, som intervenienten har gjort gældende, skal jeg fremsætte to bemærkninger. Som intervenienten har anerkendt i sine skriftlige indlæg og under den mundtlige forhandling, er der tale om et *helt nyt anbringende*, der supplerer sagsøgerens.

Imidlertid bestemmer artikel 37, sidste stykke, i statutten for Domstolen, at

»påstande, der fremsættes i en begæring om intervention, kan kun gå ud på at understøtte én af parternes påstande«.

Procesreglementets artikel 42, stk. 2, har følgende ordlyd:

»Nye søgsmålsgrunde og indsigelser må ikke fremføres under sagens behandling, medmindre disse støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under den skriftlige forhandling«,

hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag.

Da der er tale om en intervenient, er denne sidste betingelse af helt særlig betydning: hvis der kunne fremføres nye anbringender, ville der herved åbnes mulighed for en fordrejning af interventionsproceduren. Disse bemærkninger må efter min opfattelse føre

8 — Jfr. i den forbindelse sag 21/68, Huybrechts, Sml. 1969, s. 25.

til, at anbringendet ikke kan tages under påkendelse. Under alle omstændigheder kan det fastslås, at spørgsmålet om »fortrinsret« hviler på en forudsætning — nemlig at de to ansøgere har lige gode kvalifikationer — der ikke er opfyldt i sagen. Det er således ufornødendt at tage stilling til, om en argumentation, som i sidste instans vil være uden retsvirkning, er holdbar.

Tilbage står sagsøgerens sidste anbringende, som vedrører den berettigede forventning, som er opstået hos de kvindelige ansatte på grundlag af de forpligtelser, Kommissionen har påtaget sig med hensyn til gennemførelsen af ligebehandling af mænd og kvinder.

Efter min opfattelse kan sagsøgeren ikke påberåbe sig en generel tilkendegivelse med henblik på at anfægte en konkret afgørelse, som administrationen har truffet i overensstemmelse med de i vedtægten fastsatte betingelser og i henhold til sin skønsbeføjelse.

Sammenfattende skal jeg derfor foreslå, at

— udnævnelsen af Tutzschky annulleres på grund af procedurefejl,

— Kommissionen betaler sagens omkostninger, bortset fra intervenientens, som bør afholde sine egne omkostninger.